

Gezinnen in de knel

Een analyse van het belang van het kind in het
Europese en Nederlandse gezinsmigratiebeleid

Jorg Werner
Martine Goeman



GEZINNEN IN DE KNEL

EEN ANALYSE VAN HET BELANG VAN HET KIND IN HET EUROPESE EN NEDERLANDSE GEZINSMIGRATIEBELEID

Jorg Werner
Martine Goeman

Juni 2015

DANKWOORD

Graag wil ik de volgende personen en organisaties bedanken die mee hebben geholpen, gedacht of anderszins betrokken zijn geweest bij dit onderzoek. Allereerst wil ik de Adessium Foundation hartelijk bedanken dat zij interesse hebben getoond in het voorstel van Defence for Children om onderzoek te doen naar de positie van het kind in het gezinsmigratiebeleid en dit onderzoek hebben willen financieren.

Het onderzoek is vanaf het begin begeleid door een externe begeleidingscommissie vanuit de wetenschap. Hierin hadden zitting: prof. mr. P. Boeles (emeritus hoogleraar immigratierecht aan de Universiteit van Leiden en gasthoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam), prof. mr. P.R. Rodrigues (hoogleraar immigratierecht aan de Universiteit van Leiden) en mr. dr. M.H.A. Strik (Universitair docent aan het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit). Niet onvermeld mag blijven dat toen aan het eind van de onderzoeksperiode de heer Rodrigues genoot van een welverdiend sabbatical, hij in de externe begeleidingscommissie is vervangen door M.A.K. Klaassen MA LLM (promovendus aan de Universiteit van Leiden, gespecialiseerd in gezinsmigratie). Graag bedank ik alle leden van de externe begeleidingscommissie voor het meedenken over en het becommentariëren van dit onderzoek.

Intern is het onderzoek in eerste instantie begeleid door mr. drs. E.C.C. van Os (programma-manager Kinderrechten & Migratie bij Defence for Children tot juli 2014). Na haar vertrek heeft haar opvolger mr. M. Goeman de interne begeleiding overgenomen. Ik wil zowel Carla als Martine hartelijk danken voor hun begeleiding en het meedenken gedurende het hele proces.

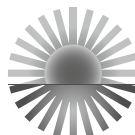
Graag dank ik ook twee stagiaires hartelijk voor hun nuttige bijdrages; Jurriaan de Jong en Stefania Boerci.

Tot slot heb ik zowel binnen als buiten Defence for Children veel hulp gehad:

graag bedank ik in alfabetische volgorde: Lieneke Slingenberg, Martin Vegter, Jantine Walst en Else Cerezo- Weijnsfeld.

Jorg Werner

Mr. J. Werner is juridisch adviseur Kinderrechten & Migratie bij Defence for Children



ADESSIUM
FOUNDATION

VOORWOORD

Weinig voelt zo vanzelfsprekend als het voorrang geven aan de belangen van een kind. Een kind vertegenwoordigt de toekomst en de voortzetting van de menselijke generaties. Geen betere investering in een stabiele maatschappij dan investering in de harmonieuze ontplooiing van een kind. Die vanzelfsprekendheid lijkt te vervagen zodra het om migratie gaat, om de kinderen van buitenlanders. Volgens de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie is het geen doel van het migratiebeleid de ontplooiing van kinderen te waarborgen (p. 19 van dit rapport). Daarmee lijkt het hele probleem geschetst. Het zou interessant zijn de vraag te stellen of de Staatssecretaris daarin gelijk heeft. Migratiebeleid heeft in zijn algemeenheid ten doel migratie te beheersen, maar wordt meestal mede geacht een aantal andere doelen te dienen: bevordering van economisch welzijn, bevordering van een geïntegreerde samenleving, bescherming van de openbare orde, de bescherming van fundamentele rechten en zo meer. Het waarborgen van de ontplooiing van kinderen zou bij dat rijtje doeleinden helemaal niet misstaan.

Jorg Werner en Martine Goeman laten in deze studie zien dat de legitieme wens van Staten om op de door henzelf gekozen wijze migratie te beheersen in de hiërarchie van belangen door nationale en Europese rechters nog steeds aanmerkelijk hoger wordt aangeslagen dan het evenzeer legitieme recht van een kind om regelmatig betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden. Dat wil zeggen: als die twee conflicteren. Het komt nooit voor, dat een rechter zegt, dat een Staat in het algemeen zijn migratiebeleid zodanig moet aanpassen dat het voor een kind en zijn ouders wordt vergemakkelijkt op zijn grondgebied legaal in gezinsverband te verblijven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de recente Jeunesse uitspraak (p. 33 van het rapport) al zijn overwegingen ten gunste van het kind weggerelativeerd door ze in de slotoverweging alleen van toepassing te achten in de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Rechters peuten aldus een beetje in de marge en laten de grote lijn van het migratiebeleid intact.

Het standaardvoorbeeld van een situatie, waarin het migratiebeleid zou moeten buigen voor de belangen van het kind, lijkt mij het geval van een Nederlands kind met één of twee buitenlandse ouders. Het zou vanzelfsprekend moeten zijn dat zo'n kind in het land van zijn nationaliteit mag wonen met zijn beide ouders, ongeacht hun nationaliteit. Dat kan ook best in het migratiebeleid worden opgenomen, als men maar wil. Dat de politieke wil daartoe in lidstaten van de EU ontbreekt kan blijken uit de commotie die werd veroorzaakt toen het Hof van justitie EU in de Ruiz Zambrano uitspraak (p. 55 van dit rapport) een aanzet in die richting gaf. Dat het Hof in de Dereci uitspraak (p. 56 van dit rapport) haastig op zijn schreden is teruggekeerd, geeft aan hoe weinig men in sommige landen van de EU geneigd is, zelfs aan een kind met de eigen nationaliteit van een lidstaat, in zijn eigen land, het recht op een volledig gezin te gunnen.

Hopelijk zullen de aanbevelingen die aan het eind van elk hoofdstuk zijn opgenomen ertoe leiden dat geleidelijk de belangen van het kind in het migratierecht een wezenlijk zwaarder gewicht krijgen dan tot dusverre.

Pieter Boeles

Prof. mr. P. Boeles (emeritus hoogleraar immigratierecht aan de Universiteit van Leiden en gasthoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam)

INHOUDSOPGAVE

Inleiding: Het recht op gezinsleven als onbereikbare droom	6
1. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind: het 'belang van het kind' bij gezinsleven	8
1.1 A primary consideration?	8
1.2 Achtergrond van het 'belang van het kind' en plaats binnen het IVRK	9
1.3 Visie VN-Kinderrechtencomité over toepassing op nationaal niveau	15
1.4 IVRK-artikelen over gezinsleven	16
1.5 IVRK en Nederlands gezinsmigratiebeleid	19
Conclusie	21
Aanbevelingen	22
2. Het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden: het 'belang van het kind' bij gezinsleven	23
2.1 Het recht op privé, familie- en gezinsleven	23
2.2 Toetsing aan artikel 8 EVRM (en kinderbelangen) bij gezinsmigratie: een jurisprudentieoverzicht	24
2.3 Analyse	34
2.3.1 Toetsingskaders	35
2.3.2 Het belang van het kind en de individuele belangenafweging	39
2.4 Artikel 8 EVRM in het Nederlands gezinsmigratiebeleid	41
Conclusie	45
Aanbevelingen	47
3. Het recht van de Europese Unie: het 'belang van het kind' bij gezinsleven	48
3.1 Kinderrechten binnen de EU	48
3.2 Gezinsherenigingsrichtlijn	50
3.2.1 Jurisprudentie	52
3.2.2 Van Groenboek-discussie naar Richtsnoeren	53
3.3 Afhankelijk verblijfsrecht bij Unieburgerkind: het Zambrano-criterium	55
3.4 Nadere uitwerking van het Zambrano-criterium in opvolgende zaken	56
3.5 Analyse Zambrano-criterium	57
3.6 EU-recht in het Nederlands gezinsmigratiebeleid	59
3.6.1 De Gezinsherenigingsrichtlijn	59
3.6.2 Het Zambrano-criterium	60
3.6.3 Illustraties uit andere Europese landen	63
Conclusie	64
Aanbevelingen	66
Samenvatting	67
Bijlage: overzicht aanbevelingen	71
Literatuurlijst	74
Colofon	

INLEIDING: HET RECHT OP GEZINSLEVEN ALS ONBEREIKBARE DROOM

Een advocaat belt de helpdesk van Defence for Children. Een driejarig Nederlands jongetje is met spoed uit huis geplaatst. Zijn Nederlandse moeder had een overdosis genomen en ligt in kritieke toestand in het ziekenhuis. Zijn buitenlandse vader kan prima voor hem zorgen, ware het niet dat hij in detentie is geplaatst omdat hij geen verblijfsvergunning heeft en moet terugkeren naar zijn land van herkomst. Tijdens de gezinshereningsprocedure van vader is steeds aangevoerd dat moeder niet in staat is om alleen voor haar kind te zorgen, maar daar is geen rekening mee gehouden. Gezien de complexiteit van de zaak ziet de rechter aanleiding om de zaak met twee bestuursrechters en een kinderrechtter te gaan beoordelen. Defence for Children vindt het veelbelovend dat de vreemdelingenrechtter in samenwerking met een kinderrechtter over deze zaak gaat oordelen en pleit voor een belangenafweging voor het kind en hereniging met zijn vader.

In het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) staat dat kinderen niet gescheiden mogen worden van hun ouders, tenzij deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind (artikel 9 IVRK). Volgens de Engelse tekst van artikel 3 IVRK moeten de belangen van kinderen altijd een *'primary consideration'* zijn. Voor veel kinderen met een migrantenachtergrond is het echter een onbereikbare droom om samen met hun ouder(s) te mogen leven in Nederland. Vele kinderen worden van hun ouders gescheiden door de Nederlandse overheid, vanwege het buitengewoon strenge gezinsmigratiebeleid.¹ Voor vluchtelingen die gezinshereniging willen aanvragen, geldt een speciaal nareisbeleid. Daar gaat dit onderzoek niet over. Dit onderzoek gaat over kinderen die nu in het buitenland zijn en geen toestemming krijgen om zich (op reguliere gronden) bij hun ouders in Nederland te voegen omdat zij niet voldoen aan de strenge eisen die het Nederlandse beleid stelt, of om kinderen die in Nederland zijn en hier bijvoorbeeld leven met één onrechtmatig verblijvende ouder. Zij leven in angst over de uitzetting van een van hun ouders. Deze groep is onzichtbaar omdat de Nederlandse regering niet registreert hoeveel ouders ieder jaar verblijfsrecht aanvragen op grond van hun gezinsleven bij hun kind. Onderstaande zaak van de juridische helpdesk van Defence for Children illustreert de spagaat waarin sommige gezinnen terecht komen:

Een vrouw uit Irak wilde, voordat de verschrikkingen van IS losbarstte, op vakantie naar Slowakije. Ze kreeg een Slowaaks visum dat ze in Bagdad had aangevraagd. Tot deze vakantie is het echter als gevolg van het oplaaiende geweld niet gekomen. Nadat haar broer door IS werd gemarteld en vermoord, vluchtte de vrouw. Ze heeft geen invloed op het bestemmingsland en komt uiteindelijk in Nederland terecht. Ze wordt verliefd op een Nederlandse man, ze krijgen een kindje en trouwen. Het kindje heeft de Nederlandse nationaliteit, de man voldoet aan het inkomensvereiste voor gezinshereniging en levert zijn bijdrage aan de Nederlandse maatschappij. Het gezin dreigt van elkaar gescheiden te worden als de baby nog maar zes weken oud is. De moeder moet van de

¹ Het vreemdelingenbeleid kent verschillende voorwaarden voor toelating tot Nederland voor het kunnen uitoefenen van gezinsleven: Allereerst is vereist dat iemand het land binnenkomt met een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv). Dit is een soort visum. Iemand moet een geldig document voor grensoverschrijding hebben. Iemand moet beschikken over zelfstandige, duurzame en voldoende inkomsten. Er geldt een minimumleeftijd van 21 jaar en iemand moet minimaal een jaar rechtmatig in Nederland zijn voordat een partner naar Nederland mag komen. Daarnaast moet op basisniveau de Nederlandse taal en kennis van de Nederlandse maatschappij zijn opgedaan voorafgaand aan de aanvraag voor een mvv.

Nederlandse autoriteiten naar Slowakije vertrekken voor een Machtiging tot Voorlopig Verblijf (een soort visum). Wanneer de vader mee zou gaan, verspelen ze de kansen op een vergunning voor de vrouw omdat hij dan zijn vaste inkomen verliest. Het ontbreekt in de besluitvorming aan een analyse en weging van de belangen van het kind en de vraag of de uitzetting van de moeder proportioneel is ten opzichte van het doel dat de Staat wil bereiken. In de praktijk betekent de scheiding dat het (Nederlandse) kind, één van beide ouders zal moeten missen in de periode die algemeen bekend staat als essentieel voor de hechting van het kind aan de ouders. Bovendien staat de mogelijkheid van het kind om borstvoeding te krijgen op het spel.²

Nederland heeft in de praktijk moeite om het belang van het kind een prominente plaats te geven in het gezinsmigratiebeleid. Het belang van de Staat blijft voorop staan, ondanks de verplichting om prioriteit te geven aan kinderbelangen. Dit onderzoek heeft tot doel om tot concrete aanbevelingen te komen om het 'belang van het kind' als '*primary consideration*' in het gezinsmigratiebeleid in te vullen. In dit onderzoek wordt aan de hand van deskresearch en een jurisprudentieanalyse antwoord gegeven op de hoofdvraag: **Op welke wijze dient het begrip 'primary consideration' uit artikel 3 IVRK te worden ingevuld in het gezinsmigratiebeleid?**

In hoofdstuk 1 wordt de betekenis van het begrip '*primary consideration*' onderzocht in de context van het IVRK en met het oog op gezinsmigratie. De bedoeling van de verdragsopstellers en de achtergrond van het begrip 'belang van het kind' worden besproken, de visie van het VN-Kinderrechtencomité op de toepassing op nationaal niveau en de IVRK-artikelen die met het oog op gezinsmigratie het meest relevant zijn. Vervolgens wordt de toepassing die Nederland geeft aan het IVRK in het gezinsmigratiebeleid geanalyseerd.

In hoofdstuk 2 wordt een overzicht en analyse gegeven van uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het belang van het kind. De baanbrekende uitspraak *Jeunesse tegen Nederland* neemt binnen dit hoofdstuk een belangrijke plaats in. Het gaat in deze zaak om een Surinaamse vrouw die klaagde over een schending van haar recht op gezinsleven met haar Nederlandse man en kinderen, omdat zij geen verblijfsvergunning kreeg. Het Hof oordeelde dat Nederland onvoldoende aandacht heeft besteed aan de belangen van de kinderen. Deze uitspraak is daarmee van grote invloed op het huidige gezinsmigratiebeleid in Nederland.

In hoofdstuk 3 wordt tot slot de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie besproken, de betekenis die toekomt aan de Gezinsherenigingsrichtlijn, het Unieburgerschap en de toepassing van EU-recht in het Nederlands gezinsmigratiebeleid.

Aan het einde van ieder hoofdstuk wordt getoetst in hoeverre het Nederlandse gezinsmigratiebeleid voldoet aan de eisen die op internationaal en Europees niveau worden gesteld.

Het onderzoek is uitgevoerd door mr. Jorg Werner, werkzaam als juridisch adviseur bij Defence for Children en stond onder begeleiding van een wetenschappelijke begeleidingscommissie bestaande uit prof. mr. P.R. Rodrigues (hoogleraar immigratierecht aan de Universiteit van Leiden), mr. M.A.K. Klaassen (promovendus aan de Universiteit van Leiden), prof. mr. P. Boeles (emeritus hoogleraar immigratierecht aan de Universiteit Leiden, gasthoogleraar migratierecht Vrije Universiteit Amsterdam) en mr. dr. M.H.A. Strik (docent/onderzoeker migratierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen).

Met de uitkomsten en aanbevelingen in dit onderzoek zal Defence for Children zowel op nationaal als Europees niveau voor richtlijnen pleiten om de belangen van de kinderen te wegen en er daarmee voor te zorgen dat het recht op gezinsleven geen onbereikbare droom is.

² De vrouw is uiteindelijk toch niet uitgezet naar Slowakije. Haar verblijfsprocedure loopt nog.

1. HET INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE DE RECHTEN VAN HET KIND: HET ‘BELANG VAN HET KIND’ BIJ GEZINSLEVEN

Inleiding

De hoofdvraag van dit onderzoek – op welke wijze dient het begrip ‘primary consideration’ uit artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) te worden ingevuld bij gezinsmigratiebeleid – verwijst naar een begrip uit artikel 3 IVRK. Artikel 3 IVRK luidt:

“Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.”

In dit hoofdstuk wordt de context en de betekenis van de begrippen ‘primary consideration’ en het ‘belang van het kind’ onderzocht in de context van het IVRK en met het oog op gezinsmigratie. In de navolgende paragrafen wordt op de volgende deelvragen ingegaan:

1. Welke bedoeling hadden de verdragsopstellers van het IVRK met het begrip ‘a primary consideration’?
2. Wat is de achtergrond van het begrip ‘belang van het kind’ en welke plaats heeft dit begrip binnen het IVRK?
3. Wat is de visie van het VN-Kinderrechtencomité op de toepassing van artikel 3 IVRK op nationaal niveau?
4. Aan de hand van welke IVRK-artikelen kan het begrip ‘belang van het kind’ worden ingevuld met het oog op gezinsmigratie?
5. Welke toepassing geeft Nederland aan het IVRK in het gezinsmigratiebeleid?

1.1 A primary consideration?

In de Nederlandse vertaling van het IVRK staat dat het belang van het kind ‘de eerste overweging’ dient te zijn bij alle maatregelen betreffende kinderen. Dat is echter een onnauwkeurige vertaling van de Engelse grondtekst. Daarin staat dat het belang van het kind ‘a primary consideration’ dient te zijn. Bij de totstandkoming van artikel 3 IVRK is er discussie geweest over de precieze betekenis die het ‘belang van het kind’ toe moest komen. Zo zijn er voorstellen geweest om het ‘belang van het kind’ in plaats van ‘a primary consideration’ te maken tot ‘the primary consideration’ of de ‘the paramount consideration’. Het laatste woordgebruik sluit ook aan bij de Verklaring voor de Rechten van het Kind³ en het VN-Vrouwenverdrag. Uiteindelijk hebben de genoemde voorstellen het niet gehaald.⁴ Artikel 3 IVRK laat daarmee ruimte voor een afweging van belangen waarbij het ‘belang van het kind’ het onderspit kan delven.

Welke betekenis geeft dit nu aan het ‘belang van het kind’ ten opzichte van andere, concurrerende belangen? Moet artikel 3 IVRK slechts een restrictieve betekenis worden toegekend? Dit zou betekenen dat artikel 3 IVRK in feite slechts verplicht tot het meewegen van het belang van het kind, zonder dat het artikel iets zegt over het gewicht dat aan het belang van het kind toegekend moet worden in de verdere belangenafweging. Van Bueren lijkt in die lijn te redeneren door de positie in te nemen dat een belangenafweging vooraf een onmogelijke positie is voor opstellers van verdragen.⁵ Smyth stelt daar echter tegenover dat het woord ‘primary’ zo uiteindelijk van zijn betekenis wordt ontdaan. Het gebruik van het woord ‘primary’ maakt duidelijk dat het ‘belang van het kind’ niet enkel gelijkwaardig is aan andere belangen, maar in beginsel voorgaat op die belangen.⁶

Deze uitleg lijkt ook het best aan te sluiten bij de bedoelingen van de verdragsluitende partijen. De discussie ging immers tussen ‘the paramount’ of ‘a primary consideration’ en dit geeft een duidelijke

3 De Verklaring van de Rechten van het Kind is de voorloper van het IVRK.

4 Hodgkin en Newell 2007, p. 38-39; Alston 1994, p. 12-13.

5 Van Bueren 1998, p. 47-8.

6 Smyth 2012, p. 150-151.

richting aan de interpretatie van de tekst. Het lijkt in overeenstemming met de bedoelingen van verdragsopstellers om het 'belang van het kind' in principe een groot gewicht toe te kennen, waarvan bij uitzondering afgeweken kan worden. Duidelijker nog blijkt dit uit de Travaux préparatoires van het IVRK waarin staat dat het 'belang van het kind' alleen terzijde geschoven kan worden in het geval van extreem noodzakelijke omstandigheden; als voorbeeld wordt hier aangehaald dat het 'belang van het kind' niet automatisch als het zwaarstwegende belang kan worden gezien bij een medische noodsituatie tijdens een bevalling.⁷

1.2 Achtergrond van het 'belang van het kind' en plaats binnen het IVRK

Het begrip 'belang van het kind' is waarschijnlijk het bekendste begrip uit het IVRK. Het beginsel uit het eerste lid van artikel 3 IVRK, dat bij maatregelen betreffende kinderen hun belangen een primaire overweging dienen te zijn, wordt vaak aangehaald als de meest kernachtige samenvatting van het IVRK als geheel.

Het begrip 'belang van het kind' als kinderrechtelijk begrip is echter ouder dan het IVRK zelf en wordt ook gebruikt buiten het IVRK. Het vormde al een belangrijk uitgangspunt van de Verklaring van de Rechten van het Kind uit 1959; in feite de voorganger van het IVRK. Maar ook daarvoor werd het – vaak op nationaal niveau – al als juridisch begrip gebruikt. Zo paste een Amerikaanse rechter het begrip reeds in 1815 toe in een familierechtelijke procedure.⁸ Van actuelere betekenis is het feit dat het begrip 'belang van het kind' ook tweemaal voorkomt in het Vrouwenrechtenverdrag, in verdragsartikelen⁹ die (mede) handelen over gezinsleven. Ook in artikel 24 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is een verplichting opgenomen tot het geven van prioriteit aan het belang van het kind (zie hiervoor hoofdstuk 3). De bepaling is rechtstreeks gebaseerd op artikel 3 IVRK.¹⁰ In het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) is geen bepaling opgenomen waarin het begrip 'belang van het kind' voorkomt. Toch heeft het begrip wel betekenis voor de uitleg van deze mensenrechtenverdragen. Zo past het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het begrip 'belang van het kind' regelmatig toe bij de toepassing van het recht op privé-, familie- en gezinsleven uit artikel 8 EVRM (zie hiervoor hoofdstuk 2).¹¹ Ook het VN-Mensenrechtencomité laat zich bij de uitleg van artikel 24 IVBPR, dat een recht op bescherming voor minderjarigen bevat, inspireren door het IVRK¹² en maakt gebruik van de term 'belang van het kind'.¹³

Om de context van artikel 3 IVRK binnen het IVRK te verkennen, is het allereerst belangrijk te zien dat artikel 3 IVRK in de literatuur¹⁴ en de General Comments¹⁵ over het IVRK van het VN-Kinderrechtencomité geldt als één van de vier kernbeginselen van het IVRK. Naast artikel 3 IVRK zijn de algemene beginselen van het verdrag neergelegd in de artikelen 2 (non-discriminatie),

7 Zie: Detrick 1992, p. 133 en Detrick, 1999, p. 91 en 98. In beide hiervoor genoemde boeken wordt verwezen naar: UN Doc. E/CN.4/L.1575, para 24 (1981).

8 Zie: Kohm 2008, p. 358.

9 Zo bepaalt artikel 5 aanhef en onder B Vrouwenverdrag: "De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om: ervoor zorg te dragen dat onderwijs over het gezin een juist begrip van het moederschap als sociale functie, en de erkenning van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van mannen en vrouwen bij het grootbrengen en de ontwikkeling van hun kinderen bevat, met dien verstande dat het **belang van de kinderen** in alle gevallen vooropstaat. In artikel 16 lid 1 aanhef en onder d is bepaald: De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie jegens de vrouw in alle aangelegenheden betreffende huwelijk en familiebetrekkingen uit te bannen, en verzekeren in het bijzonder, op basis van gelijkheid van de man en de vrouw: dezelfde rechten en verantwoordelijkheden als ouder, ongeacht de huwelijkse staat, in aangelegenheden met betrekking tot hun kinderen; in alle gevallen staat het **belang van de kinderen** voorop."

10 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrecht, (2007/C 303/02).

11 Reneman 2011, p. 350-360.

12 Joseph, Schultz en Castan 2004, p. 625.

13 Hodgkin en Newell 2007, p. 36.

14 Detrick 1999, p. 86.

15 UN Document CRC/GC/2003/5, par. 12; The Committee's general comment No. 5 (2003) on the general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, par. 12; and No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, par. 2; CRC/GC/2013/14, par. 41-45.

6 (recht op leven en ontwikkeling) en 12 (recht op participatie). Deze artikelen zullen hierna worden toegelicht omdat zij een belangrijke invulling geven aan het begrip 'belang van het kind':

Alle rechten gelden voor alle kinderen; het non-discriminatiebeginsel

Artikel 2 lid 1 IVRK bevat de verplichting voor Staten om de rechten uit het IVRK te eerbiedigen en te waarborgen voor ieder kind onder hun rechtsbevoegdheid zonder enige discriminatie van welke aard ook. Lid 2 bepaalt verder dat Staten verplicht zijn alle mogelijke maatregelen te nemen om te waarborgen dat kinderen niet worden gediscrimineerd of bestraft op basis van de status of de activiteiten van, de meningen geuit door of de overtuigingen van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.

Met name dit tweede lid is van fundamentele waarde als het gaat om de erkenning van het kind als zelfstandig rechtssubject. Vaak worden kinderen in het migratierecht als een juridisch aanhangsel van de ouders gezien. Terwijl in het IVRK de afhankelijkheidsrelatie tussen kinderen en hun ouders op meerdere plaatsen wordt erkend, benadrukt artikel 2 lid 2 IVRK dat dit niet betekent dat de rechtspositie van kinderen daarmee in de schaduw staat van degene van wie zij het meest afhankelijk zijn. Artikel 2 lid 2 IVRK benadrukt de zelfstandige rechtspositie van kinderen en verbiedt dat kinderen afwijkend of bestraffend worden behandeld op basis van het gedrag of de status van hun ouders.¹⁶

Artikel 2 IVRK bevat zowel de plicht tot het eerbiedigen als tot het waarborgen van de rechten uit het IVRK. Hieruit kan worden afgeleid dat artikel 2 IVRK strekt tot zowel negatieve als positieve verplichtingen op Staten in het nakomen van hun verplichtingen uit het IVRK.¹⁷ Artikel 2 IVRK stelt expliciet dat de verplichtingen uit het IVRK gelden ten opzichte van alle kinderen die onder de rechtsbevoegdheid van de Staat vallen. Daar vallen dus ook kinderen onder die onrechtmatig in Nederland verblijven. De verplichting kan bovendien ook extraterritoriale werking hebben, bijvoorbeeld voor een Nederlands kind dat zich in het buitenland bevindt.¹⁸

Artikel 2 IVRK geeft geen zelfstandige definitie van het begrip discriminatie. Voor een definitie van het begrip kan aansluiting worden gezocht bij de definitie die het VN-Mensenrechtencomité heeft gegeven aan het begrip discriminatie ter verduidelijking van het IVBPR. Onder discriminatie wordt volgens het IVBPR ieder onderscheid, iedere uitsluiting, belemmering of voorkeur verstaan dat is gebaseerd op iemand zijn ras, kleur, sekse, taal, religie, politieke of andere mening, nationaliteit of sociale afkomst, bezit of status met de bedoeling of het effect iemand te schaden in het gebruik van zijn rechten en vrijheden.

Het VN-Kinderrechtencomité benadrukt dat het discriminatieverbod uit het IVRK niet altijd moet worden opgevat als een recht op gelijke behandeling. Soms is het juist nodig dat er aparte maatregelen worden genomen om het maken van ongerechtvaardigd onderscheid te beëindigen.¹⁹

¹⁶ Werner 2015, p. 18.

¹⁷ Detrick, 1999, p. 68; Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013, p. 1420.

¹⁸ Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013, p. 1420.

¹⁹ Blaak, Bruning, Eijgenraam, Kaandorp en Meeuwese 2012, p. 721.

Het Kinderrechtencomité benadrukt hierbij bovendien dat elke vorm van discriminatie op grond van het feit dat een kind migrant is onder het bereik van artikel 2 IVRK valt.²⁰

De relevantie voor gezinsmigratie van artikel 2 lid 1 IVRK is dat dit artikel als norm stelt dat er geen ongerechtvaardigd onderscheid mag worden gemaakt bij de rechten uit het IVRK, zoals bijvoorbeeld het recht op gezinsleven uit artikel 16 IVRK. Het tweede lid verbiedt bovendien de discriminatie op basis van de gedragingen op grond van de status van de aan het kind verwante personen. De zelfstandige rechtspositie van het kind mag dus in beginsel niet worden ingeperkt vanwege de gedragingen van de ouder. De relevantie van deze bepaling voor het gezinsmigratiebeleid is erg groot gelet op jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over het recht op gezinsleven. Het EHRM heeft overwogen dat omwille van zwaarwegende redenen van migratiebeleid, gedrag van ouders aan kinderen toegerekend kan worden.²¹ Deze overweging van het Hof lijkt strijdig te zijn met artikel 2 lid 2 IVRK. Hier wordt uitvoeriger op ingegaan in hoofdstuk 2.

Het recht op overleven en ontwikkeling

Artikel 6 IVRK bevat het inherente recht voor het kind op leven en de plicht voor de Staat om het overleven en de ontwikkeling van het kind in de ruimst mogelijke mate te waarborgen. Het recht op leven is in meerdere mensenrechtenbepalingen erkend. Zo kent artikel 2 van het EVRM een recht op leven. Onderscheidend aan artikel 6 IVRK is echter dat het tweede lid een positieve verplichting voor de Staat bevat om het recht op leven daadwerkelijk te waarborgen.²²

Opvallend is ook het uit het tweede lid van artikel 6 IVRK volgende 'recht op ontwikkeling'. Dit geeft als enige van de kernbeginselen van het IVRK een materiële invulling aan het begrip 'belang van het kind', waar de andere kernbeginselen meer een procedurele functie hebben. Fundamenteel onderscheidend aan het belang van kinderen ten opzichte van de belangen van andere (groepen van) personen is immers dat het 'kind zijn' per definitie wordt gekenmerkt door het in ontwikkeling zijn naar volwassenheid.²³ De mate van ontwikkeling bepaalt mede de specifieke belangen die een kind heeft. Desalniettemin moet het recht op ontwikkeling niet beperkt worden tot de voorbereiding op volwassenheid. Juist omdat het 'kind zijn' zo verbonden is met het in ontwikkeling zijn moet het recht op ontwikkeling (mede) begrepen worden als de plicht van de Staat tot het creëren van de ideale levensomstandigheden voor kinderen.²⁴

Het VN-Kinderrechtencomité verwacht dat Staten 'ontwikkeling' zo ruim mogelijk interpreteren als een holistisch concept dat de fysieke, mentale, spirituele, morele, psychologische en sociale ontwikkeling van het kind omarmt.

20 UN Document CRC/GC/2005/6. Zie hierover ook: Hodgkin en Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF 2007, p. 23.

21 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks en RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 79 en EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, JV 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 86.

22 Bruning, Liefwaard, *Vlaardingerbroek* 2013, p. 1440.

23 Cardol 2007, p. 39.

24 Hodgkin en Newell 2007, p. 93.

Om de ontwikkeling van het kind in de ruimst mogelijke mate te waarborgen, is kennis van de pedagogiek onontbeerlijk. In 1989 hebben Bartels en Heiner een model ontwikkeld met condities waaraan de ontwikkeling van het kind afgemeten kan worden.²⁵ Kalverboer en Zijlstra hebben dit schema later aangepast en uitgebreid.²⁶ Het schema bevat veertien voorwaarden voor een gezonde ontwikkeling van kinderen. Een individuele situatie van het kind kan aan de hand van het model worden geanalyseerd en zo kan een inschatting worden gemaakt in welke situatie het kind het best tot ontwikkeling kan komen. Het model bestaat uit de volgende veertien voorwaarden:

	Actuele situatie verleden of toekomst	Conditie	IVRK-bepalingen die geschonden kunnen worden bij onvoldoende kwaliteit van de conditie
Familiecondities	Actuele situatie	1. Adequate fysieke verzorging	24, 26, 27
		2. Veilige fysieke directe omgeving	19, 24
		3. Affectief klimaat	19
		4. Ondersteunende flexibele opvoedingsstructuur	13, 14
		5. Adequaar voorbeeldgedrag ouders	10
		6. Interesse in het kind	31
	Verleden en toekomst	7. Continuïteit en stabiliteit in opvoedingscondities, een toekomstperspectief	5, 6, 9, 10, 18
Samenlevingscondities	Actuele situatie	8. Veilige fysieke bredere omgeving	33, 34, 35, 36, 37
		9. Respect	2, 13, 14, 15, 16, 30, 37
		10. Sociaal netwerk	
		11. Educatie	17, 28, 29, 31
		12. Contact met leeftijdgenoten en vrienden	31
		13. Adequaar voorbeeldgedrag in de samenleving	2, 8, 13, 14, 15
	Verleden en toekomst	14. Stabiliteit in levensomstandigheden, een toekomstperspectief	6, 9, 10, 20

25 Bartels en Heiner 1994, p. 282-295. Een eerdere versie verscheen in 1989: Heiner en Bartels 1989, p. 59-67.

26 Zie hierover: Kalverboer en Zijlstra 2006a en Kalverboer en Zijlstra 2006b.

Het model tracht aan het juridische begrip ‘belang van het kind’ inhoud te geven en het mogelijk te maken dat het begrip ‘belang van het kind’ voor de juridische praktijk onderzocht en vastgesteld kan worden.²⁷ Door het vaststellen van het ‘belang van het kind’ aan de hand van ontwikkelingsvoorwaarden wordt getracht om artikel 3 IVRK in te vullen aan de hand van artikel 6 lid 2 IVRK. Voor het onderwerp gezinsmigratie is het belangrijk te zien dat de eerste zeven voorwaarden van het model zien op de thuissituatie van het kind en de tweede zeven voorwaarden van het model zien op de samenleving waarin het kind opgroeit. Deze twee sferen waarin een kind tot ontwikkeling komt, zijn precies de sferen die op het spel staan in gezinsmigratieprocedures. Uit de eerste zeven voorwaarden is als hoofdregel af te leiden dat het in het belang van het kind is om met zijn/haar ouders samen te kunnen leven. Al kunnen daar uitzonderingen op bestaan.

Bepaalde toekomstige scenario's in het leven van een kind kunnen aan de hand van de voorwaarden met elkaar worden vergeleken en zo kan worden ingeschat welk scenario waarschijnlijk een gunstig effect heeft op de ontwikkeling van het kind, welk scenario dat minder heeft of welk scenario juist expliciet een negatief effect heeft op de ontwikkeling van het kind. Het schema functioneert echter niet als maatstaf om te beoordelen hoe het ‘belang van het kind’ tegenover andere belangen afgewogen dient te worden. Dat is immers een juridische vraag en niet een pedagogische vraag.

Om het belang van het kind te kunnen bepalen in procedures is de ‘Best Interest of the Child (BIC) Questionnaire’ ontwikkeld, bestaande uit 24 vragen die betrekking hebben op de veertien ontwikkelingscondities. Met de vragenlijst kan een professional de kwaliteit van de actuele opvoedingsomgeving van het kind beoordelen en deze vergelijken met de situatie die naar verwachting ontstaat als een specifiek besluit wordt genomen.²⁸ Het Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht van de Rijksuniversiteit Groningen heeft veel ervaring met het werken met deze vragenlijst. Tot op heden werken de beslisambtenaren van de Immigratie-en Naturalisatiedienst nog niet met het schema met ontwikkelingsvoorwaarden of de BIC-questionnaire. Volgens General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité kan het belang van het kind in de besluitvormingsprocedure alleen worden vastgesteld als de visie van het kind is meegewogen. Daarom is er een jongerenversie van de vragenlijst, een digitaal selfreport; de BIC-S.²⁹

Het recht op participatie

Artikel 12 IVRK wordt wel het recht op participatie genoemd. Het bevat het recht van het kind dat in staat is zijn mening te vormen, om die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die hem aangaan. Hierbij dient aan de mening van het kind passend belang te worden gehecht, gelet op zijn leeftijd en rijpheid.

27 Kalverboer en Beltman 2014, p. 187-193.

28 Kalverboer 2014, p. 13.

29 Kalverboer 2014, p. 28.

Artikel 12 IVRK is een belangrijk middel om artikel 3 IVRK toe te kunnen passen. Om het ‘belang van het kind’ in kaart te brengen is het spreken met het kind vaak een goede methode; het kind kan dan immers zelf zijn mening geven en inzicht geven in hoe hij zijn eigen situatie beleeft. Dat is echter niet altijd het geval, want het spreken met kinderen is een vak apart en erg afhankelijk van de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind. Artikel 12 IVRK benadrukt zodoende enerzijds het recht van het kind om te worden gehoord, anderzijds geeft het bescherming wanneer het kind nog niet voldoende in staat is om zijn of haar mening te vormen of te uiten, of wanneer van de geuite mening van het kind misbruik gemaakt dreigt te worden.³⁰

Artikel 12 IVRK geeft het recht op participatie, maar geen plicht. In *General Comment 12* geeft het VN-Kinderrechtencomité uitgebreide instructies over de toepassing van het recht uit artikel 12 IVRK.

De relevantie voor gezinsmigratiezaken is dat artikel 12 IVRK kinderen het recht geeft om zelf hun mening te geven; soms is dat nodig omdat de autoriteiten van een land niet begrijpen waarom het in het ‘belang van het kind’ is dat het gezinsleven in land A wordt uitgeoefend en niet in land B.

Het belang van het kind

Artikel 3 IVRK is ook een kernbeginsel van het IVRK. Het is belangrijk te zien tot wie artikel 3 IVRK zich richt. Volgens verschillende penvoerders kan uit het feit dat artikel 3 IVRK zowel spreekt over ‘kinderen’ als over ‘het kind’ worden afgeleid dat artikel 3 IVRK zowel betekenis heeft voor het prioriteit geven aan kinderbelangen op abstract niveau – hiermee richt artikel 3 zich dan met name op wetgevers en beleidsmakers – als op het meest concrete niveau (het belang van een individueel kind in een specifieke situatie).³¹ De inhoudelijke verplichting uit artikel 3 IVRK wordt in het artikel in ieder geval zeer specifiek aan de volgende instanties geadresseerd; openbare en particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten en wetgevende lichamen.

Voor het vreemdelingenrecht zijn daarbij vooral de laatste drie geadresseerden relevant. Wetgevende lichamen aangezien zij ook over vreemdelingenwetgeving gaan, bestuurlijke autoriteiten omdat onder dit begrip redelijkerwijs ook een bestuursorgaan geschaard kan worden dat een besluit neemt op een aanvraag voor een verblijfsvergunning³² en rechterlijke instanties omdat de bestuursrechter die besluitvorming moet toetsen wanneer er rechtsmiddelen tegen ingesteld worden.

³⁰ Strik, Ullersma en Werner 2012, p. 477.

³¹ Alston 1994, p. 14; Hodgkin en Newell, 2007, p. 36-37; Blaak, Bruning, Eijgenraam, M.Kaandorp en Meeuwese 2012, p. 146; Smyth, 2013, p. 36-38. Ook het VN-Kinderrechtencomité laat zich op deze manier over de kwestie uit, zie bijvoorbeeld: VN-Kinderrechtencomité General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 29 mei 2013, par. 23-24 en 31.

³² VN-Kinderrechtencomité General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 29 mei 2013, par. 30.

Eén van de belangrijkste vragen die over artikel 3 IVRK gesteld kan worden, is hoe bepaald kan worden wat in het 'belang van het kind' is. Het antwoord wordt bepaald door het holistische karakter van het IVRK. Invulling krijgt het 'belang van het kind' door voor een specifieke situatie of rechtsvraag te kijken naar de kernbeginselen van het IVRK en naar de, voor de casus waarin het 'belang van het kind' ingevuld moet worden, relevante artikelen in het verdrag. In de slotparagraaf van dit hoofdstuk wordt daarom apart gekeken naar de rechten die relevant zijn voor gezinsmigratie. Ook de interpretaties van het VN-Kinderrechtencomité zijn van belang voor het begrip en de toepassing van de term 'belang van het kind'. De eerstvolgende paragraaf vat het standpunt van het VN-Kinderrechtencomité over de toepassing van artikel 3 IVRK samen.

1.3 Visie VN-Kinderrechtencomité over toepassing op nationaal niveau

Voor de toepassing van artikel 3 IVRK is het cruciaal om na te gaan hoe de inhoudelijke betekenis van het begrip 'belang van het kind' vastgesteld moet worden en hoe het kindbelang zich verhoudt tot eventuele andere belangen. Om het 'belang van het kind' centraal te kunnen stellen, is implementatie van het artikel in nationale wetgeving en beleid essentieel.

Het VN-Kinderrechtencomité heeft het belang van concrete implementatie in verschillende *General Comments* benadrukt. Het Comité stelt dat het 'belang van het kind'-beginsel daadwerkelijk als maatstaf dient te functioneren voor zowel de regering, het parlement als de rechtspraak. Elk wetgevend, bestuurlijk of rechtsprekend lichaam is verplicht om het 'belang van het kind'-beginsel toe te passen door systematisch te overwegen hoe de rechten en belangen van kinderen worden beïnvloed door hun handelingen en beslissingen, ook waar zij slechts indirect tot kinderen zijn gericht.³³

Voor het Kinderrechtencomité valt de functie van artikel 3 lid 1 in drie te onderscheiden functies uiteen:

- 1) een inhoudelijk recht: het recht van het kind om zijn belang(en) te laten vaststellen en de erkenning daarbij dat dit/deze belang(en) in beginsel prioriteit geniet in de afweging met andere belangen.
- 2) een fundamenteel, interpretatief beginsel: wanneer een bepaling meerdere interpretaties openlaat, moet worden gekozen voor de interpretatie die in het belang van het kind is. Het IVRK biedt daarvoor een interpretatiekader.
- 3) een procedure regel: bij elke beslissing die genomen wordt die invloed heeft op een specifiek kind, een bepaalde groep kinderen of kinderen in het algemeen, moet bij het besluitvormingsproces een inschatting worden gemaakt van het belang van het betrokken kind of de betrokken kinderen. Hierbij dient te worden gemotiveerd hoe het belang van het kind is vastgesteld, op basis van welke criteria en hoe dit belang is afgewogen tegen andere belangen.³⁴

Het begrip 'belang van het kind' is volgens het Comité een flexibel en aanpasbaar begrip. Bij individuele beslissingen moet het belang van het kind worden toegepast met het oog op de specifieke omstandigheden van het betrokken kind. Bij collectieve beslissingen – voor wetgevers en beleidsmakers – moet het belang van de specifieke groep kinderen worden vastgesteld of het belang van kinderen in het algemeen.³⁵ Het Comité heeft een niet-limitatieve lijst van aspecten gepubliceerd waarmee rekening gehouden dient te worden bij het vaststellen van het belang van het kind. Volgens het Comité dient in ieder geval rekening te worden gehouden met:

- De eigen zienswijze van het kind (artikel 12 IVRK)
- De identiteit van het kind (artikel 8 IVRK)
- De instandhouding van de familierelaties (artikelen 9, 10, 18 en 20 IVRK)
- Zorg, bescherming en veiligheid van het kind (artikel 3 lid 2 IVRK)

³³ General Comment No. 5 General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child van 3 oktober 2003, par. 12.

³⁴ VN-Kinderrechtencomité, General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 29 mei 2013, par. 6.

³⁵ VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 29 mei 2013, par. 32.

- Eventuele kwetsbaarheid van het kind (22, 23, 30, 39 IVRK)
- Het recht op gezondheidszorg (artikel 24 IVRK)
- Het recht op onderwijs (28, 29 IVRK).³⁶

Alle aspecten die het Comité noemt om mee te wegen, hangen direct samen met rechten die zijn opgenomen in het IVRK. Hiermee geeft het Comité duidelijk blijk van de betekenis van het holistische karakter van het IVRK; het begrip ‘belang van het kind’ moet steeds worden vastgesteld door te kijken naar de rechten die opgenomen zijn in het IVRK en de situatie van het kind of de kinderen ten behoeve waarvan het begrip gebruikt wordt.³⁷

Het Comité gaat ook in op de vraag wat het betekent dat het ‘belang van het kind’ volgens artikel 3 IVRK een primaire overweging dient te zijn. Voor het Comité betekent dit eigenlijk heel eenvoudig dat het belang van kinderen niet op gelijke waarde mag worden beoordeeld als de belangen van anderen, maar als zwaarderzwaarder aangemerkt moeten worden. De juridische positie van kinderen is sterker omdat zij een meer afhankelijke positie hebben dan volwassenen en minder goed voor zichzelf op kunnen komen. Dat het ‘belang van het kind’ in beginsel zwaarder weegt dan andere belangen, maakt echter niet dat het te allen tijde als het beslissende belang aangemerkt moet worden. Artikel 3 IVRK is volgens de tekst van het artikel van toepassing op alle maatregelen betreffende kinderen. Dit brede bereik maakt volgens het Comité dat het nodig is dat het artikel met enige flexibiliteit toegepast moet kunnen worden. Samenvattend benadrukt het Comité dat het begrip ‘primary’ betekent dat het ‘belang van het kind’ in beginsel een groter gewicht in de schaal legt dan andere belangen, maar dat er in individuele gevallen ruimte moet zijn om te erkennen dat een ander belang toch voorgaat.³⁸

1.4 IVRK-artikelen over gezinsleven

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de inhoud van het begrip ‘belang van het kind’ afhankelijk is van de omstandigheden waarin het begrip wordt toegepast en ingevuld moet worden aan de hand van de rechten uit het IVRK. In het navolgende worden daarom een aantal rechten besproken die relevant zijn met het oog op gezinsmigratie:

ARTIKEL 5 EN 18 IVRK

In artikel 5 IVRK verplichten de verdragsstaten zich ertoe de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders te respecteren. Het in artikel 5 geïntroduceerde begrip ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ wordt in artikel 18 IVRK verder uitgewerkt.³⁹ In artikel 18 IVRK verplichten Staten zich ertoe om alles te doen wat in hun vermogen ligt om de erkenning van het beginsel te verzekeren dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Ouders hebben volgens artikel 18 IVRK de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind; het belang van het kind is voor de ouders hun allereerste zorg.

Het begrip ‘rechten en plichten van ouders’ uit artikel 5 IVRK, hoeft niet beperkt te worden tot de rechten uit het IVRK. Ook rechten in nationale wetgeving kunnen daar relevant bij zijn. Hierbij kan gedacht worden aan het ouderlijk gezag, dat zowel een recht als een plicht inhoudt en dat qua betekenis sterk samenhangt met het begrip ‘belang van het kind’.⁴⁰

³⁶ VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 29 mei 2013, par. 52-79.

³⁷ Vergelijk ook het eerder in dit hoofdstuk aangehaalde model van Kalverboer en Zijlstra.

³⁸ VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 29 mei 2013, par. 37 en 39.

³⁹ Bruning, Liefwaard, Vlaardingebroek 2013, p. 1434.

⁴⁰ Cardol 2013, p. 376-382.

Artikel 1:247 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat: ‘het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.’ Algemeen wordt aangenomen dat de in artikel 1:247 BW opgenomen begrippen verzorging en opvoeding zowel kleding, voeding en onderdak, alsook de zorg voor onderwijs, medische behandeling en dergelijke omvatten.⁴¹

ARTIKEL 7 EN 8 IVRK

Artikel 7 en 8 IVRK worden vaak in één adem genoemd. Artikel 7 is een artikel dat een aantal verschillende rechten omvat. Relevant voor dit onderzoek is vooral dat het artikel het kind het recht geeft om, voor zover mogelijk, zijn of haar ouders te kennen, en door hen te worden verzorgd.

Artikel 8 IVRK geeft het kind recht op bescherming van zijn of haar identiteit. Dit omvat volgens de tekst van het artikel in ieder geval de nationaliteit van het kind en zijn of haar naam en familiebetrekkingen. In de literatuur wordt aangenomen dat dit geen limitatieve opsomming is van aspecten die deel uit kunnen maken van de identiteit van een kind. Zo worden bijvoorbeeld ook de culturele, raciale, taalkundige en religieuze identiteit van kinderen er toe gerekend.⁴²

Artikel 8 IVRK is verwant aan het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM. Volgens het EHRM omvat dat laatste artikel tevens de ‘social identity’ van een persoon.⁴³ Voor gezinsmigratiezaken is verder relevant dat het artikel een duidelijk verband legt tussen de identiteit van een kind, zijn/haar familiebanden en zijn of haar nationaliteit en of culturele achtergrond. Bij gezinsmigratiezaken kunnen verschillende elementen van de identiteit van een kind verscheurd dreigen te raken als één of meer van zijn gezinsleden geen verblijfsrecht wordt toegestaan.

ARTIKEL 9 EN 10 IVRK

Op grond van artikel 9 lid 1 IVRK dient de Nederlandse Staat te waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechtelijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Lid 3 van artikel 9 IVRK geeft ieder kind dat gescheiden van zijn of haar ouder(s) leeft het recht op rechtstreeks contact met beide ouders, tenzij dat tegen zijn of haar belang in gaat. Dit wordt eveneens bevestigd in lid 3 van artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Het Handvest). In lid 4 van artikel 9 IVRK wordt gesteld dat bij een door een Verdragsstaat geïnitieerde scheiding – en daarbij wordt als voorbeeld verbanning en deportatie genoemd – deze Verdragsstaat op verzoek, aan de ouders, aan het kind of, indien van toepassing, aan een ander familielid van het kind de noodzakelijke inlichtingen verstrekt over waar het afwezige lid van het gezin zich bevindt of waar de afwezige leden van

41 Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2012, p. 138 en Nieuwenhuis, Stolker en Valk 2011.

42 Detrick 1999, p. 163.

43 EHRM 26 april 2002, Pretty t. het VK, 2346/02, par. 61.

het gezin zich bevinden, tenzij het verstrekken van die inlichtingen het welzijn van het kind zou schaden.

Artikel 10 IVRK opent onder verwijzing naar de verplichtingen uit artikel 9 lid 1 IVRK en legt vervolgens de verplichting voor Staten vast dat zij aanvragen van een kind of zijn ouder voor gezinshereniging met welwillendheid, menselijkheid en spoed dienen te behandelen. Staten dienen bij dergelijke verzoeken bovendien te waarborgen dat het indienen van een dergelijke aanvraag geen nadelige gevolgen heeft voor de aanvragers en hun familieleden.

Artikel 9 en 10 IVRK zien allebei op de eenheid van het gezin. Vaak wordt aangenomen dat de artikelen duidelijk te onderscheiden situaties op het oog hebben; artikel 9 IVRK heeft dan enkel betrekking op het (voorkomen van) de scheiding van ouders en kinderen binnen één land en artikel 10 lid 1 IVRK heeft betrekking op de hereniging van ouders en kinderen die in verschillende landen verblijven. Artikel 9 IVRK zou in deze opvatting geen relevantie hebben voor het migratierecht. De interpretatie over de te onderscheiden doelen van de genoemde artikelen vloeit voort uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK, waarbij de voorzitter van de Working Group een verklaring met die strekking had uitgedaan over de twee artikelen. Deze verklaring maakte overigens ook tegenstemmen los onder de verdragspartijen.⁴⁴ Hoe het ook zij, in de literatuur wordt met betrekking tot de vermeende grens tussen de artikelen ook het bestaan van verschillende tussenvormen aangenomen,⁴⁵ waardoor de grens tussen artikel 9 en artikel 10 IVRK meer diffuus wordt. Opvallend is in elk geval dat het vierde lid van artikel 9 IVRK onder scheiding ook verstaat deportatie en verbanning. Hoewel het taalgebruik van het verdrag hier (in het Nederlands) wat zwaarbeladen is, is het toch een redelijke interpretatie dat hier ook uitzetting vanwege onrechtmatig verblijf onder kan worden verstaan. Aangezien het vierde lid geen andere definitie van scheiding hanteert dan de andere leden van het artikel, zou dit betekenen dat het artikel daarmee ook relevantie kan hebben voor scheiding van ouder en kind als gevolg van uitzetting van één van hen. Het cruciale verschil tussen artikel 9 en 10 IVRK is dan voor het migratierecht dat het eerstgenoemde artikel ziet op negatieve verplichtingen van de Staat en artikel 10 op positieve verplichtingen.⁴⁶

Relevant aan artikel 9 IVRK is ook dat het een duidelijk beeld geeft van hoe de Verdragsopstellers kijken naar het belang van het kind in relatie tot het samenleven met zijn ouders. Uit het feit dat artikel 9 lid 1 IVRK scheiding van ouder(s) en kind slechts toestaat wanneer dit expliciet in het belang van het kind is, kan worden aangenomen dat het conform het IVRK is om aan te nemen dat samenleven van ouders en kinderen in beginsel in het belang van het kind is.

Het zinsdeel uit artikel 10 IVRK ‘welwillendheid, menselijkheid en spoed’ is een niet geheel correcte vertaling van de Engelse grondtekst, waarin gesproken wordt over een ‘*positive, humane and expeditious manner*’.⁴⁷

44 Hodgkin en Newell 2007, p. 125-126.

45 De Vries 2011, p. 107-108; Van Os 2012, p. 30-31; Hodgkin en Newell 2007, p. 125-126.

46 Een negatieve verplichting betekent de verplichting om iets niet te doen; bijvoorbeeld het verbod om een verblijfsvergunning in te trekken. Een positieve verplichting betekent de verplichting om iets wel te doen; bijvoorbeeld een verblijfsvergunning verlenen.

47 Meuwese 2003, p. 242.

Bij de totstandkoming van het IVRK is er discussie geweest over het gebruik van de term 'positive'. Het begrip is niet bedoeld als iets dat vooruit loopt op een oordeel over een individuele aanvraag voor gezinshereniging. De bedoeling van het gebruik van het woord 'positive' is het weergeven van de verplichting voor de staat om bij de behandeling van een aanvraag een positieve grondhouding te tonen.⁴⁸ In de literatuur wordt het begrip 'positive' verder wel begrepen in de betekenis van woorden als 'actual, definite en effective'.⁴⁹

ARTIKEL 16

Artikel 16 IVRK verbiedt de willekeurige of onrechtmatige inmenging in het privé- en/of gezinsleven van het kind. Artikel 16 IVRK is sterk gerelateerd aan artikel 8 EVRM, welk artikel in de praktijk fungeert als de mensenrechtelijke ondergrens voor overheidsoptreden bij gezinsmigratiezaken (zie hiervoor verder hoofdstuk 2). Eén van de overwegingen om in het IVRK rechten op te nemen die al waren opgenomen in internationale en regionale mensenrechtenverdragen ligt in het feit dat hiermee wordt bevestigd dat deze rechten ook zelfstandig voor kinderen gelden.⁵⁰

Uit de hiervoor besproken artikelen 5, 7, 8, 9, 10 en 16 IVRK blijkt dat in het IVRK grote waarde wordt gehecht aan de bescherming van de ouder-kindrelatie. Continuïteit in deze relatie is volgens het IVRK in het 'belang van het kind'. Scheiding van ouders en kinderen mag dan ook alleen als dit vanwege een bijzondere reden juist in het 'belang van het kind' is. Wanneer ouder(s) en kinderen reeds gescheiden zijn, dient de overheid een positieve basishouding aan de dag te leggen ten opzichte van verzoeken tot hereniging.

1.5 IVRK en Nederlands gezinsmigratiebeleid

Over de toepassing van het IVRK in (gezins)migratiebeleid bestaat in Nederland wetgeving noch beleid. De toepassing is daarmee onduidelijk. Uit parlementaire documenten komt bovendien ook geen duidelijk beeld naar voren. Zo antwoordt de toenmalig staatssecretaris van Veiligheid & Justitie in het voorjaar van 2014 op Kamervragen dat hij bij de invulling van kinderbelangen bij gezinsmigratie gebruikt maakt van de twee pijlers van het 'belang van het kind';

- 1) het belang van het kind om contact met zijn familie te onderhouden;
- 2) het belang van het kind om zich te kunnen ontwikkelen – uit het Neulinger-arrest⁵¹.⁵²

In het najaar van 2014 antwoordt de staatssecretaris echter op Kamervragen dat het geen doel van migratiebeleid is om de ontplooiing van kinderen te waarborgen en het IVRK daar ook niet toe verplicht.⁵³ Hoe dit standpunt van de staatssecretaris zich verhoudt tot de door hem instemmend aangehaalde tweede pijler van het 'belang van het kind' en tot artikel 6 lid 2 IVRK, blijft hiermee onduidelijk.

De nationale jurisprudentie over het IVRK is bovendien erg terughoudend en verschaft daarmee geen duidelijke toetsingskaders. Al is er een lichtelijk positieve ontwikkeling waarneembaar. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) oordeelde oorspronkelijk dat artikel

48 Detrick 1999, p. 192.

49 De Vries 2011, p. 110.

50 Detrick 1999, p. 2.

51 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

52 Kamerstukken II 2013/14, 32 175, nr. 52, p. 9.

53 Kamerstukken II 2014/15, 19 637, nr. 1926, p. 2.

3 IVRK (belang van het kind) geen een ‘een ieder verbindende bepaling’ in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet is.⁵⁴ In latere jurisprudentie oordeelde de Afdeling dat de vraag of er naar het belang van het kind gekeken is wel toetsbaar is, maar de vraag welk gewicht er toe komt zou niet direct toetsbaar zijn.⁵⁵ De voorlopige laatste stap in de jurisprudentie is dat de Afdeling oordeelt 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.⁵⁶

De ontwikkeling in de nationale jurisprudentie over artikel 3 IVRK neigt dus voorzichtig naar iets meer mogelijkheden voor de rechter om te toetsen aan het ‘belang van het kind’. Dat die mogelijkheden in de praktijk nog niet veel voorstellen, blijkt wel uit een uitspraak van de Afdeling uit begin 2013 waarin wordt overwogen dat een afwijzend besluit in een gezinsherenigingszaak er geen blijk van geeft dat deze is genomen op een wijze waaruit blijkt dat het bestuursorgaan zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van het ‘belang van het kind’ nu daarbij de minderjarigheid van de betrokkenen is onderkend.⁵⁷ Het enkele bewustzijn bij een beslisambtenaar van de minderjarigheid van de kinderen zou dus al duiden op het voldoende rekenschap geven aan het ‘belang van het kind’.⁵⁸

De terughoudende toetsing in de jurisprudentie, motiveert de Afdeling al sinds lange tijd op dezelfde wijze; de norm uit artikel 3 IVRK is volgens de Afdeling zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving niet direct toepasbaar door de rechter.⁵⁹ De Afdeling verwacht dus een uitwerking van de norm uit artikel 3 IVRK in wetgeving of beleid. Zoals gezegd, is een dergelijke uitwerking er in de praktijk niet. De terughoudende toetsing door de Afdeling op deze basis is overigens opmerkelijk te noemen. Ten eerste omdat, zoals in hoofdstuk 2 en 3 zal worden aangetoond, de twee Europese hoven wel op indringende wijze aan belangen van kinderen blijken te kunnen toetsen en dat op basis van dezelfde norm. Ten tweede is de terughoudende toetsing in afwachting van uitwerking van artikel 3 IVRK door de wetgever ook merkwaardig gelet op de tekst van artikel 3 IVRK zelf. De norm uit artikel 3 IVRK is immers (onder andere) geadresseerd aan “rechterlijke instanties”. De verdragsluitende partijen hebben kortom het doel gehad dat ook de rechter het ‘belang van het kind’ als een primaire overweging ziet. Dat de norm uit artikel 3 IVRK ook geldt voor “bestuurlijke autoriteiten of wetgevende elementen” maakt niet dat wanneer deze instanties de norm uit artikel 3 IVRK niet expliciteren in regelgeving dat rechterlijke instanties daarmee dan ook vrijgesteld zouden zijn van de plicht uit artikel 3 IVRK. Des te groter is dan immers het belang van rechterlijke controle op de toepassing van deze verplichting in individuele gevallen.

Bovendien dient in herinnering te worden gebracht dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK blijkt dat in eerste instantie is overwogen om in artikel 3 IVRK de verplichting op te nemen om het ‘belang van het kind’ per definitie het beslissende belang te laten zijn. Daar is uiteindelijk niet voor gekozen, omdat de Verdragsopstellers in hebben gezien dat er uitzonderlijke situaties kunnen bestaan waarin andere belangen voor gaan. Dat het ‘belang van het kind’ in beginsel wel voor dient te gaan, blijkt evenwel duidelijk uit de keuze die bij de opstelling van artikel 3 IVRK is gemaakt om iedereen die met het ‘belang van het kind’ wordt geconfronteerd te verplichten dit belang als een primaire overweging te zien. Het oordeel van de Afdeling dat de norm uit artikel 3 IVRK niet concreet genoeg is voor directe toepassing door de bestuursrechter, lijkt wat dat betreft te rusten op een misverstand. In feite lijkt de Afdeling met dit oordeel het te doen voorkomen alsof het bestuursorgaan op basis van artikel 3 IVRK een belangenafweging moet maken waar de bestuursrechter niet in mag treden. De realiteit is echter dat artikel 3 IVRK de vrijheid om belangen af te wegen juist beperkt; waar er belangen worden afgewogen en er belangen van kinderen aan de

54 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 12 april 2007, *JV* 2007/241, r.o. 2.5.1.

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

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

57 ABRvS 23 januari 2013, 201200110/1/V1, r.o. 10.1.

58 Zie voor kritische kanttekeningen bij de terughoudende toetsing aan artikel 3 IVRK door de Afdeling: Beltman in zijn noot in *JV* 2013/229 en Spijkerboer 2013, p. 71-72.

59 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 16 april 2013, *JV* 2013/229 m. nt. Beltman, r.o. 2.1.

orde zijn, daar bepaalt artikel 3 IVRK dat het ‘belang van het kind’ in beginsel voor gaat en afwijking van dit belang een deugdelijke motivering heeft.

De huidige praktijk in de jurisprudentie leidt echter tot de situatie waarin het ‘belang van het kind’ in feite slechts als een van de verschillende overwegingen meegenomen moet worden, gelijkwaardig aan andere belangen. De keuze die ten grondslag ligt aan deze jurisprudentie is niet in overeenstemming met het IVRK. Het oordeel dat artikel 3 IVRK een nadere uitwerking in wet- en regelgeving heeft om deze bepaling te kunnen toepassen, overtuigt bovendien niet. De nuchtere analyse van Boeles (emeritus hoogleraar Immigratierecht aan de Universiteit Leiden) is hierbij verhelderend te noemen: *“Je hebt een individuele beslissing ten aanzien van een kind. Die beslissing is slechts in overeenstemming met het IVRK als het belang van het kind de eerste overweging is geweest. Daar kijk je als rechter dus naar. Als blijkt dat bij die beslissing het belang van het kind niet de eerste overweging was, maar op disproportionele gronden was achtergesteld ten opzichte van andere belangen die kennelijk wél de eerste overweging waren, dan is artikel 3 lid 1 IVRK niet nagekomen.”*⁶⁰

Het Kinderrechtencollectief vraagt in de NGO-rapportage over de naleving van het IVRK door de Nederlandse regering ook aandacht voor het ontbreken van een ‘belang van het kind vaststelling’ in de gezinsherenigingsprocedures en doet de aanbeveling om geen aanvullende voorwaarden te stellen aan ouders of kinderen met de Nederlandse nationaliteit of een verblijfsvergunning.⁶¹

Conclusie

Artikel 3 IVRK stelt dat bij alle maatregelen die kinderen aangaan, het belang van het kind de primaire overweging moet zijn. Dat is een mooi uitgangspunt, maar het laat wel nog een hoop vragen open. Zoals de vraag wat een ‘primaire’ overweging is en hoe het begrip ‘belang van het kind’ precies begrepen moet worden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK blijkt dat oorspronkelijk het idee bestond om in artikel 3 IVRK de verplichting op te nemen om het ‘belang van het kind’ altijd de doorslag te laten geven. Uiteindelijk is er echter voor gekozen om de mogelijkheid open te houden dat andere belangen in bijzondere omstandigheden voor kunnen gaan. De primaire overweging betekent volgens het VN-Kinderrechtencomité dat het belang van kinderen niet op gelijke waarde mag worden beoordeeld als de belangen van anderen, maar als zwaarder aangemerkt zou moeten worden.

Met betrekking tot de invulling die gegeven moet worden aan het begrip ‘belang van het kind’ is in dit hoofdstuk geconcludeerd dat het begrip ingevuld moet worden afhankelijk van de individuele situatie en dat het holistisch karakter van het IVRK maakt dat dit dient te gebeuren aan de hand van de voor een concrete situatie meest relevante IVRK-artikelen. Voor gezinsmigratie is daarbij van belang dat in diverse artikelen in wordt gegaan op de verhouding tussen ouder(s) en kinderen. Uit de artikelen blijkt dat groot belang wordt gehecht aan de betekenis van de (gezins)omgeving waarin het kind opgroeit. Een hoofdregel lijkt afgeleid te kunnen worden uit artikel 9 lid 1 IVRK: het is in beginsel in het belang van het kind om samen met zijn ouder(s) te kunnen leven, tenzij expliciet blijkt dat dit niet in het belang van het kind is. Uit het artikel blijkt verder dat de Staat bij de behandeling van een verzoek om gezinshereniging een positieve grondhouding moet tonen.

De nationale jurisprudentie en toetsingskaders over gezinsmigratie besteden nog nauwelijks aandacht aan het IVRK; het ‘belang van het kind’ lijkt daarmee nog te veel te worden genegeerd. Om vast te stellen in procedures wat het ‘belang van het kind’ is, hoeven de autoriteiten echter niet opnieuw het wiel uit te vinden. Het VN-Kinderrechtencomité geeft in General Comment 14 een niet limitatieve lijst van aspecten waarmee rekening gehouden zou moeten worden. In lijn hiermee werkt het Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht van de Rijksuniversiteit Groningen met de Best Interest of the Child (BIC) Questionnaire, bestaande uit 24 vragen die betrekking hebben op veertien ontwikkelingscondities. Met de vragenlijst kan een professional de kwaliteit van de actuele opvoedingsomgeving van het kind beoordelen en deze

⁶⁰ Zie noot Boeles in *JV* 2004/449.

⁶¹ Kinderrechtencollectief 2014, p. 71.

vergelijken met de situatie die naar verwachting ontstaat als een specifiek besluit wordt genomen.

Aanbevelingen

Voor de Staat:

- Neem 'het belang van het kind' op in de Vreemdelingenwet. Creëer een duidelijk toetsingskader voor de aspecten die mee worden genomen bij de vaststelling van het belang van het kind en de mate van weging van deze aspecten. Bij de invulling van dit kader dient General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité leidend te zijn. Voor verdere uitwerking in werkinstructies zou daarnaast inspiratie kunnen worden gehaald uit het ontwikkelingsvoorwaardenmodel en de Best Interest of the Child (BIC) Questionnaire van het Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht van de Rijksuniversiteit Groningen.

Voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst als uitvoerder voor de Staat:

- Toon conform artikel 10 IVRK bij de behandeling van een gezinshereningsverzoek een positieve grondhouding.
- Behandel gezinsmigratiezaken conform artikel 10 IVRK met spoed; wijs aanvragen van gezinnen niet af om het enkele feit dat iemand geen Machtiging tot Voorlopig Verblijf kan overleggen.
- Stel het 'belang van het kind' concreet vast door toepassing van de aspecten die worden weergegeven in General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité en de voor gezinshereningszaken essentiële artikelen uit het IVRK: artikel, 5, 7, 8, 9, 10 en 16 IVRK.

Voor de rechterlijke macht:

- Een nadere uitwerking in wet-en regelgeving van de belangen van kinderen is geen voorwaarde voor rechters om te kunnen toetsen aan artikel 3 IVRK. Rechterlijke instanties worden concreet genoemd als instantie voor wie de inhoudelijke verplichting uit artikel 3 IVRK geldt. Waar belangen worden afgewogen en er belangen van kinderen aan de orde zijn, daar bepaalt artikel 3 IVRK dat het 'belang van het kind' in beginsel voor gaat en afwijking van dit belang een deugdelijke motivering behoeft.
- Bouw de samenwerking en uitwisseling van expertise tussen kinderrechters en vreemdelingenrechters uit, door in complexe zaken waar er een raakvlak is tussen familierecht en vreemdelingenrecht, als meervoudige kamer met daarin zowel bestuursrechters als een kinderrechter over de zaak te beslissen.

2. HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE VRIJHEDEN: HET 'BELANG VAN HET KIND' BIJ GEZINSLEVEN

Inleiding

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) houdt toezicht op de naleving van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het EVRM is een in 1953 in het kader van de Raad van Europa vastgesteld verdrag. Het verdrag heeft vooral betrekking op burgerlijke- en politieke rechten.

Het EVRM bevat vrijwel⁶² geen specifiek kinderrechtelijke bepalingen. De jurisprudentie van het EHRM is echter van grote betekenis gebleken voor de versterking van de zelfstandige rechtspositie van minderjarigen. Al ruim voordat het IVRK in werking trad, bleek uit de praktische benadering in verschillende uitspraken dat het EHRM het kind als een zelfstandig rechtssubject ziet, dat onafhankelijk van bijvoorbeeld de positie van zijn/haar ouders eigen rechten heeft.⁶³

In aanvulling op de eigen jurisprudentie, waarin kinderen al als zelfstandig dragers van rechten uit het EVRM worden gezien, heeft het EHRM na de inwerkingtreding van het IVRK ook diverse malen gebruik gemaakt van het IVRK of vanuit het IVRK afkomstige begrippen. Soms doet het EHRM dit onder expliciete verwijzing naar het IVRK, soms ook meer impliciet. Voor de juridische grondslag van de toepassing van het IVRK binnen de sfeer van het EVRM kan worden gewezen op artikel 31 lid 3 onder C van het Weens Verdragenverdrag, waarin is bepaald dat verdragen (onder andere) uitgelegd moeten worden aan de hand van andere relevante bepalingen van internationaal recht.⁶⁴

In dit hoofdstuk worden de volgende deelvragen behandeld:

1. Wat houdt het recht op privé- en gezinsleven in uit artikel 8 EVRM?
2. Welke positie geeft het EHRM aan kinderen in gezinsmigratiezaken? Hierbij wordt een overzicht gegeven van de meest relevante jurisprudentieontwikkelingen over kinderen en gezinsmigratie
3. Welke toetsingskaders bevat artikel 8 EVRM en op welke manier wordt het belang van het kind toegepast en gewogen? Deze vraag wordt besproken aan de hand van een kritische analyse van de jurisprudentie en de benadering van het Hof.
4. Op welke wijze gaat Nederland om met de uitspraken van het EHRM?

2.1 Het recht op privé, familie- en gezinsleven

Artikel 8 EVRM bevat het recht op respect voor het privé- en gezinsleven. Dit verdragsartikel fungeert in de praktijk als de ondergrens voor het Nederlands- en Europees gezinsmigratiebeleid. Het artikel luidt als volgt:

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 de 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.*

⁶² Een uitzondering is het in artikel 5 van het, door Nederland niet geratificeerde, zevende protocol bij het EVRM, waarin een overweging over het 'belang van het kind' is opgenomen.

⁶³ Zie voor enkele voorbeelden een analyse van de rechtspraak op dit vlak: Kilkelly 2010, p. 245-261. De juridische grondslag van deze benadering door het Hof ligt erin dat in artikel 1 EVRM is bepaald dat de rechten uit het EVRM voor "een ieder" gelden. In artikel 14 EVRM is discriminatie bij de toepassing van de EVRM-rechten op grond van 'andere status', waaronder ook leeftijd wordt begrepen, verboden.

⁶⁴ Zie hierover: EHRM 12 november 2008, Demir & Baykara t. Turkije, 34503/97, par. 65 e.v.

Het begrip privéleven wordt in de jurisprudentie van het EHRM breed opgevat en als ongeschikt voor uitputtende beschrijving of definitie. Het kan zowel aspecten van iemands lichamelijke als sociale identiteit omvatten. Het beschermt bovendien het recht op persoonlijke ontplooiing en het recht om banden met andere mensen en in de maatschappij aan te gaan en te ontwikkelen.⁶⁵

In het Genovese-arrest neemt het EHRM bovendien aan dat ook nationaliteit deel kan zijn van iemand zijn sociale identiteit en privéleven.⁶⁶ In de literatuur wordt wel aangenomen dat het begrip privéleven mede de begrippen gezins- en familielevens omvat.⁶⁷ Aangezien privéleven betrekking heeft op relaties met andere mensen, ligt het voor de hand dat het recht op gezins- en familielevens een uitwerking is van het recht op privéleven.⁶⁸ Voor het EHRM lijkt het precieze onderscheid tussen de begrippen privé- en gezinslevens ook niet altijd even belangrijk te zijn.⁶⁹ Aangezien het begrip privéleven in de zin van artikel 8 EVRM gezien het voorgaande zowel betrekking heeft op iemands sociale identiteit als op iemands familiebanden, is er een sterkte verwantschap met artikel 8 IVRK (recht op identiteit, waaronder begrepen familielevens en nationaliteit) en artikel 16 IVRK (recht op privéleven).⁷⁰

Het begrip gezinsleven uit artikel 8 EVRM is een autonoom begrip dat niet aan de hand van nationaal wettelijke begrippen uitgelegd kan worden.⁷¹ Het EHRM heeft het begrip ruim uitgelegd. Familierelaties kunnen niet alleen aan de hand van formele familierelaties tussen mensen worden vastgesteld, maar ook aan de hand van de feitelijke situatie tussen mensen in de praktijk.⁷² Ook de band tussen een ouder en een pleegkind kan bijvoorbeeld onder het begrip familielevens vallen.⁷³

2.2 Toetsing aan artikel 8 EVRM (en kinderbelangen) bij gezinsmigratie: een jurisprudentieoverzicht

Wanneer een menselijke relatie onder het begrip familielevens valt, brengt dit niet gelijk een zelfstandig recht op domiciliekeuze met zich mee.⁷⁴ Het hebben van gezinslevens met iemand die verblijfsrecht heeft op het grondgebied van een verdragsstaat van het EVRM, brengt dus niet automatisch het recht met zich mee om dit gezinsleven uit te oefenen in dat land.

Uit artikel 8 EVRM kunnen zowel positieve als negatieve verplichtingen voortvloeien. Een negatieve verplichting betekent de verplichting om iets niet te doen; bijvoorbeeld het verbod om een verblijfsvergunning in te trekken. Een positieve verplichting betekent de verplichting om iets wel te doen; bijvoorbeeld een verblijfsvergunning verlenen.

De negatieve verplichtingen van artikel 8 EVRM vallen samen met het verbod op inmenging in het recht op privé- en gezinslevens. Inmenging is volgens het tweede lid van artikel 8 EVRM enkel dan toegestaan voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk (de proportionaliteits- en evenredigheidstoets) 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. De toets aan het tweede lid van artikel 8 EVRM wordt wel de *necessity-test* genoemd. Van inmenging wordt in ieder geval uitgegaan bij de intrekking van een verblijfsvergunning.

65 EHRM 26 april 2002, 2346/02, *Pretty t. het VK*, par. 61.

66 EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, *Genovese t. Malta*, JV 2012/107, par. 33.

67 Zie bijvoorbeeld: Aarrass 2010, p. 176.

68 Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013, p. 1565.

69 Zie bijvoorbeeld: EHRM 20 september 2011, A.A. t. het VK, JV 2011/484 m. nt. Van Walsum, par. 49.

70 Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013, p. 1446, zie over de rol van 'identiteit' in de Hof-jurisprudentie ook: Kilkelly 2010, p. 245-261.

71 Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013, p. 1566.

72 EHRM 20 juni 2002, 50963/99, *Al-Nashif t. Bulgarije*, JV 2002/239, m. nt. E. Guild, par. 112.

73 EHRM 27 april 2010, 16318/07, *Moretti en Benedetti t. Italië*, par. 48.

74 Zie bijvoorbeeld: EHRM 19 februari 1996, *Gül t. Zwitserland*, RV 1996/23, par. 38.

Bij een positieve verplichting geldt in beginsel enkel de *fair balance-toets*; de verplichting om alle betrokken belangen tegen elkaar af te wegen en daartussen een redelijke balans te vinden. Bij een positieve verplichting gaat het bijvoorbeeld om een eerste toelating. Zowel bij positieve als negatieve verplichtingen bestaat er een eigen afwegingsruimte voor de Staat; de zogenaamde *margin of appreciation*. Bij negatieve verplichtingen is die marge kleiner dan bij positieve verplichtingen.

Ondanks het belang van het besproken verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen, is het belangrijk te zien dat dit verschil niet allesbepalend is. Het EHRM relativeert het verschil zelf sinds midden jaren negentig regelmatig door te overwegen dat de grenzen tussen positieve en negatieve verplichtingen zich moeilijk precies laten definiëren en dat het er in beide gevallen op neerkomt om een *fair balance* te vinden tussen de concurrerende belangen van de staat en de vreemdeling. In beide gevallen bestaat er ook een *margin of appreciation* voor de staat.⁷⁵

Zowel bij positieve als bij negatieve verplichtingen dient er expliciet een afweging van belangen plaats te vinden, waarbij gezocht dient te worden naar een eerlijk evenwicht tussen de belangen van de Staat en de belangen van de vreemdeling. In de jurisprudentie van het Hof is bij het vinden van een *fair balance* steeds vaker aandacht gekomen voor kindspecifieke belangen. In het navolgende worden een aantal arresten van het EHRM besproken waarbij de positie van kinderen een rol speelde. De arresten worden meestal uitgebreid besproken; de jurisprudentie van het Hof kenmerkt zich namelijk door een casuïstisch karakter en aandacht voor de feiten van de zaak is daarbij dus van groot belang. In de volgende paragraaf wordt geanalyseerd welke algemene conclusies er uit de besproken arresten te trekken zijn over de positie van het 'belang van het kind' in de sfeer van artikel 8 EVRM.

SEN T. NEDERLAND

In 2001 doet het EHRM uitspraak in de zaak Sen tegen Nederland. De zaak gaat over een familie waarvan de ouders al een lange tijd gescheiden wonen van hun dochter Sinem. De ouders wonen in Nederland, Sinem in Turkije. Het verzoek om Sinem alsnog ook tot Nederland toe te laten, is door de Nederlandse autoriteiten afgewezen omdat de feitelijke gezinsband, een criterium uit het Nederlands migratierecht, verbroken zou zijn. Het EHRM hanteert in Sen een aantal criteria om een *fair balance* te vinden, die het in latere zaken nog zal herhalen⁷⁶: leeftijd van de betrokken kinderen, situatie in het land van herkomst en de mate van afhankelijkheid van de kinderen ten opzichte van de ouders.⁷⁷ Het EHRM beslist in het voordeel van de familie Sen. Bepalende factoren zijn daarbij dat het gezin twee in Nederland geboren kinderen heeft, die geen band met Turkije hebben en het langdurig, legale verblijf van het gezin in Nederland. Volgens het EHRM schoot de belangenafweging tekort door de familie in feite voor de keuze te stellen om ofwel afstand te nemen van hetgeen zij in Nederland hadden opgebouwd, ofwel van het samenleven met hun oudste dochter.⁷⁸

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld: EHRM 19 februari 1996, Gül t. Zwitserland, RV 1996/23, par. 38 en EHRM 28 november 1996, 21702/93, Ahmut t. Nederland, par. 63.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld: EHRM 1 december 2005, Tuquabo-Tekle t. Nederland, JV 2006/34 m. nt. Van Walsum, par. 44, EHRM 30 juli 2010, Berisha t. Zwitserland, JV 2013/302, par. 51 en EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 118. Opvallend aan de laatste twee arresten is overigens dat het Hof de Sen-criteria lijkt te gebruiken als uitwerking van het begrip 'belang van het kind'.

⁷⁷ EHRM 21 december 2001, Sen t. Nederland, JV 2002/30 m. nt. Van Walsum, par. 37.

⁷⁸ EHRM 21 december 2001, Sen t. Nederland, JV 2002/30 m. nt. Van Walsum, par. 41.

RODRIGUES DA SILVA EN HOOGKAMER T. NEDERLAND

Rodrigues da Silva betreft wederom een zaak tegen Nederland. Het gaat in deze zaak om mevrouw Rodrigues da Silva, die in 1994 naar Nederland is gekomen om zich bij haar toenmalig partner, de heer Hoogkamer, te vestigen. Ze is bij aankomst wel van plan om een verblijfsvergunning aan te vragen, maar in de praktijk komt het daar niet van. In februari 1996 wordt uit de relatie tussen mevrouw Rodrigues da Silva en de heer Hoogkamer een dochter geboren, Rachael Hoogkamer. De heer Hoogkamer erkent haar als zijn dochter en zodoende krijgt zij de Nederlandse nationaliteit.

In 1997 komt er een einde aan de relatie tussen Rodrigues da Silva en Hoogkamer. Rachael blijft bij haar vader. In de navolgende periode start de heer Hoogkamer een familierechtelijke procedure waarmee hij het gezag over Rachael tracht te verkrijgen en doet Rodrigues da Silva een aanvraag voor een verblijfsvergunning om in Nederland haar dochter te kunnen verzorgen, dan wel contact met haar te kunnen onderhouden. Een relevante ontwikkeling in de familierechtelijke procedure is dat er in 1997 een advies door de Raad voor de Kinderbescherming wordt uitgedaan over het ouderlijk gezag. Daarin wordt geadviseerd dat het ouderlijk gezag bij de heer Hoogkamer dient te berusten. Belangrijkste overwegingen zijn daarbij dat mevrouw Rodrigues waarschijnlijk terug zal moeten naar haar land van herkomst en dat wanneer Rachael dan met haar mee zou moeten, dit zal leiden tot een scheiding van Rachael en haar vader en haar Nederlandse grootouders. De Raad overweegt ook dat Rachael is opgegroeid in Nederland en al haar sociale relaties zich in Nederland bevinden. Rachael is op dat moment één jaar oud.⁷⁹

In 1999 krijgt mevrouw Rodrigues da Silva de aanzegging Nederland binnen twee weken te verlaten. Dat doet zij niet, ze blijft in Nederland wonen en werken. In de weekenden heeft zij de zorg over Rachael, die doordeweeks bij haar grootouders verblijft.

Bij de behandeling van de klacht overweegt het Hof in het algemeen dat in zaken waarbij het gezinsleven is aangegaan terwijl de verblijfsstatus van één van de betrokkenen onzeker was en de gezinsleden zich hier bewust van waren, de uitzetting dan slechts in *exceptional circumstances* in strijd komt met artikel 8 EVRM. Toch beslist het Hof uiteindelijk in het voordeel van mevrouw Rodrigues da Silva. Daartoe zijn met name de volgende aspecten redengevend; allereerst dat mevrouw Rodrigues da Silva wel een verblijfsvergunning had kunnen hebben indien zij die had aangevraagd in de periode dat ze een relatie had met Hoogkamer; verder is van belang dat een gedwongen terugkeer van Rodrigues da Silva vergaande gevolgen heeft voor het nakomen van haar verantwoordelijkheden als moeder en het gezinsleven met haar dochter, aangezien het in het 'belang van het kind' is dat Rachael in Nederland kan verblijven. Door in deze omstandigheden doorslaggevend belang te hechten aan de economische belangen van de Nederlandse staat heeft Nederland zich volgens het Hof schuldig gemaakt aan een 'excessief formalistische' handelswijze.⁸⁰

79 EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, JV 2006/90 m. nt. Boeles, par. 14.

80 EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, JV 2006/90 m. nt. Boeles, par. 43-44.

OSMAN T. DENEMARKEN

Sahro is een in 1987 in Somalië geboren meisje. Ze is opgegroeid in Somalië, Kenia en in Denemarken. In 1994 gaat ze naar haar vader in Denemarken. Ze is dan zeven jaar oud. Na enigszins problematische puberjaren brengt haar vader haar op haar vijftiende naar het vluchtelingenkamp in Kenia waar zijn moeder verblijft. Zijn moeder is hulpbehoevend en Sahro wordt bij haar achter gelaten. In 2005 wordt een nieuw verzoek tot gezinshereniging gedaan, maar dit wordt afgewezen. De afwijzing is gebaseerd op nieuwe regelgeving die bepaalt dat vijftienplussers die langer dan een jaar uit Denemarken zijn vertrokken, niet meer terug kunnen komen. In 2007 reist zij vervolgens onrechtmatig Denemarken in.

Hoewel het EHRM in eerste instantie in het midden laat of er sprake is van een positieve of een negatieve verplichting⁸¹, komt het Hof toch vrij snel tot de conclusie dat er sprake is van inmenging.⁸² Het EHRM hecht belang aan het feit dat Sahro haar vormende jaren in Denemarken heeft doorgemaakt, onderwijs in Denemarken heeft genoten, haar ouders en broers en zussen in Denemarken heeft, alsmede sociale, culturele en familiebanden. Onder verwijzing naar het Maslov-arrest⁸³ stelt het EHRM dat er *very serious reasons* vereist zijn om een settled migrant uit te zetten die het grootste gedeelte van zijn of haar jeugd heeft doorgebracht in het gastland⁸⁴. Het EHRM stelt dat ouders weliswaar in beginsel bepalen waar kinderen wonen, maar dat dit onverlet laat dat de autoriteiten het belang van het kind en het daarbij horende eigen recht op privé- en familielevens van het kind moeten respecteren.⁸⁵ Met betrekking tot de ingevoerde regelgeving oordeelt het Hof dat die op zichzelf niet in strijd met het EHRM is, maar de vader van het gezin had die niet kunnen voorzien. Het Hof besluit uiteindelijk unaniem dat de belangen van Sahro onvoldoende zijn meegewogen bij de besluitvorming. In een annotatie bij de uitspraak benadrukt Van Walsum dat deze uitspraak past in een lijn waarbij het EHRM steeds meer de nadruk legt op de zelfstandige rechten van kinderen ten opzichte van hun ouders.⁸⁶

NUNEZ T. NOORWEGEN

Mevrouw Nunez vestigt zich in 1996 in Noorwegen. Zij pleegt een winkeldiefstal en wordt twee jaar ongewenst verklaard. Binnen vier maanden keert zij echter al weer terug, zij het onder een andere identiteit. Zij trouwt met een Noor, waarvan ze later weer zal scheiden. In 2001 trouwt ze met een Dominicaanse man met wie ze zowel in 2002 als 2003 een dochter krijgt. In 2001 komt ook uit dat Nunez van een valse identiteit gebruik heeft gemaakt en in 2002 wordt haar vergunning daadwerkelijk ingetrokken. Pas in 2005 volgt daarop ook een besluit tot uitzetting en wordt zij voor twee jaar ongewenst verklaard. In 2005 scheiden mevrouw Nunez en haar man van elkaar. Tot 2007 houdt mevrouw Nunez de dagelijkse zorg voor de kinderen, maar daarna gaat deze zorg over naar

81 EHRM 14 juni 2011, Osman t. Denemarken, *JV* 2011/331 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/19 m. nt. Arbaoui, par. 53.

82 EHRM 14 juni 2011, Osman t. Denemarken, *JV* 2011/331 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/19 m. nt. Arbaoui, par. 55-57.

83 EHRM 23 juni 2008, Maslov t. Oostenrijk, *JV* 2008-267 m. nt. Boeles.

84 EHRM 14 juni 2011, Osman t. Denemarken, *JV* 2011/331 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/19 m. nt. Arbaoui, par. 60-68.

85 EHRM 14 juni 2011, Osman t. Denemarken, *JV* 2011/331 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/19 m. nt. Arbaoui, par. 73-74

86 Zie noot Van Walsum in *JV* 2011/331.

haar ex-man, vanwege het belang voor de kinderen om in Noorwegen te verblijven en het feit dat mevrouw Nunez zou moeten vertrekken.

Het EHRM stelt vast dat het gezinsleven is ontstaan in een periode waarin de betrokkene zich ervan bewust was dat ze geen zekerheid kon hebben over haar verblijfssituatie. In een dergelijke situatie wordt alleen dan een schending van artikel 8 EVRM aangenomen indien er sprake is van *'exceptional circumstances'*. Het EHRM stelt in de verdere belangenafweging snel en eenvoudig vast dat mevrouw Nunez zelf geen reden tot klagen heeft, maar kijkt dan apart naar de belangen van de kinderen.⁸⁷ Volgens het EHRM zijn de volgende omstandigheden relevant: de kinderen staan onder gezag van vader zodat zij in Noorwegen kunnen blijven, maar hebben een sterkere band met hun moeder. De zorgrelatie is als gevolg van de verblijfsrechtelijke situatie doorbroken, de kinderen hebben stress ondervonden door de situatie en er is onzekerheid over de mogelijke terugkeer van hun moeder naar Noorwegen na afloop van de tweejarige periode van de ongewenstverklaring. Tot slot overweegt het Hof dat de Noorse overheid erg lang heeft gewacht met de beslissing tot uitzetting.⁸⁸ Dit alles afwegende oordeelt het EHRM uiteindelijk dat het 'belang van het kind' onvoldoende is meegewogen. Het Hof verwijst hierbij naar artikel 3 IVRK dat het 'belang van het kind' een *primary consideration* dient te zijn en verwijst ook naar het EHRM-arrest Neulinger (zie hiervoor pag. 40).

De Nunez-zaak wordt, meer nog dan de Osman-zaak, gezien als een uitspraak die blijk geeft van de toenemende erkenning door het EHRM dat het 'belang van het kind' ook in migratiezaken een zelfstandige positie heeft in de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM. Daarbinnen komt dit belang een groot gewicht toe en kan daardoor zelfs beslissend zijn.⁸⁹ Uit *dissenting en concurring opinions* bij de Nunez-uitspraak, blijkt echter wel dat er binnen het Hof discussie bestaat over het gewicht dat kinderbelangen innemen bij de toetsing aan artikel 8 EVRM. De onderlinge discussie tussen de Hof-rechters is relevant voor de uitspraken die op Nunez volgden in enigszins vergelijkbare zaken. Waar de belangenafweging in de zaken Nunez en Osman soeverein in het voordeel van de kinderen uitviel, daar lag dat in soms zeer vergelijkbare zaken anders.

ARVELO APONTE T. NEDERLAND

Mevrouw Aponte, van Venezolaanse komaf, krijgt in 2001 een positieve beslissing op haar mvv (machtiging tot voorlopig verblijf)-aanvraag; de plicht om een visum in het land van herkomst aan te vragen voor je een verblijfsvergunning kunt aanvragen. Ze komt naar Nederland om zich te vestigen bij haar Nederlandse partner. In Nederland vraagt zij in mei 2001 een verblijfsvergunning aan. Daarbij komt boven water dat zij in het verleden in Duitsland is veroordeeld voor een drugsgerelateerd misdrijf. Haar verzoek om een verblijfsvergunning wordt in maart 2002 afgewezen en zij wordt tevens ongewenst verklaard. In 2003 treedt zij in het huwelijk met haar partner en in 2004 krijgen zij een zoon. In de nationale procedure wordt een beroep gedaan op artikel 8 EVRM.

87 EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum, par. 78.

88 EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum, par. 79-82.

89 Reacties in deze lijn: de noot van Van Walsum in JV 2011/402, de noot van Ismaili in RV 2011/20 en Reneman 2011.

De rechtbank wijst dit beroep af. De Afdeling doet het hoger beroep verkort af.⁹⁰ Mevrouw Arvelo Aponte dient daarop een klacht in bij het EHRM. Net als in de zaken Rodrigues da Silva en Hoogkamer en de zaak Nunez herhaalt het EHRM het uitgangspunt dat in zaken waarbij een migrant familie- of privéleven is aangegaan ten tijde van het bewustzijn bij betrokkenen van een onzekere verblijfsrechtelijke situatie van één van hen, de verblijfsweigering slechts in 'exceptional circumstances' in strijd komt met artikel 8 EVRM. Het Hof neemt aan dat een dergelijke situatie zich voordoet, aangezien mevrouw Arvelo Aponte en haar partner zich bewust waren van de onzekere verblijfsstatus terwijl zij hun gezinsleven verder voortzetten.⁹¹ Nu de verblijfsweigering van mevrouw Arvelo Aponte gebaseerd is op een drugsgerelateerd misdrijf, heeft het EHRM begrip voor het handelen van de autoriteiten. Het Hof stelt vast dat mevrouw Arvelo Aponte nog sterke banden heeft met Venezuela, aangezien ze daar vrijwel altijd heeft gewoond en haar familie daar nog woont. Haar man spreekt bovendien Spaans. Over hun gezamenlijke kind wordt slechts opgemerkt dat hij nog jong is en aanpassing daarmee mogelijk is.⁹² In dit arrest, dat ongeveer een half jaar na de arresten Nunez en Osman is gewezen, is geen enkele verwijzing terug te vinden naar (de geest van) het IVRK of naar het begrip 'belang van het kind'.⁹³

ANTWI T. NOORWEGEN

De Ghanese meneer Antwi reist in 1998 naar Duitsland met een vervalst Portugees paspoort en geboortecertificaat en krijgt een verblijfsvergunning als EU-onderdaan. In Duitsland krijgt hij een relatie met een vrouw uit Ghana. Zij woont sinds een jaar in Noorwegen, waar het stel gaat samenwonen. Op basis van zijn voorgewende EU-burgerschap krijgt de heer Antwi in Noorwegen het recht om te verblijven en werken. In 2000 naturaliseert de vriendin van de heer Antwi tot Noors staatsburger. In 2001 krijgen ze een dochter. Wanneer het stel in 2005 naar Ghana gaat om te trouwen, komt de vrouw naar eigen zeggen voor het eerst te weten dat de heer Antwi een valse identiteit had gebruikt. Hij gebruikt de valse identiteit later hetzelfde jaar nog een keer om zijn verblijfsvergunning te verlengen. Wanneer de heer Antwi in de zomer van 2005 via Nederland naar Canada probeert te reizen, ontdekken de Nederlandse autoriteiten zijn valse identiteit. Na enkele maanden keert de heer Antwi vanuit Nederland, waar hij vastzat, terug naar Noorwegen. In oktober 2005 geven de Noorse autoriteiten hem de waarschuwing dat hij mogelijk uitgezet gaat worden. Op 3 mei 2006 wordt de waarschuwing neergelegd in een officieel besluit, waarbij tevens een inreisverbod voor vijf jaar werd opgelegd. Nadat de zaak nationaal en zonder succes voor de heer Antwi is uitgeprocedeerd, stapt het gezin Antwi naar het EHRM.

Het EHRM citeert voor het toetsingskader een passage uit Nunez; wanneer het gezinsleven is aangegaan op een moment dat de betrokkenen zich ervan bewust waren dat de verblijfsstatus van één van hen onzeker was, wordt er alleen strijd met artikel 8 EVRM aangenomen

90 Op basis van artikel 92 lid 2 Vreemdelingenwet 2000 kan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een grief zonder inhoudelijke onderbouwing afdoen indien het meent dat deze grief niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak kan leiden.

91 EHRM 3 november 2011, Arvelo Aponte t. Nederland, *JV* 2012/3, par. 55 en 59.

92 EHRM 3 november 2011, Arvelo Aponte t. Nederland, *JV* 2012/3, par. 60.

93 Zie hierover ook Lodder 2012, p.104-105.

bij *'exceptional circumstances'*. Dan wordt apart gekeken naar de positie van de dochter van de Antwi's. De volgende factoren neemt het Hof mee: ze heeft de Noorse nationaliteit, ze is geboren en getogen in Noorwegen, volledig geïntegreerd in de Noorse samenleving, ze spreekt Noors ook met haar ouders thuis, haar banden met Ghana zijn beperkt, ze heeft een beperkte kennis van de talen die in Ghana worden gesproken en haar vader speelt een centrale rol in de opvoeding.

Het EHRM oordeelt vervolgens dat het weliswaar moeilijk zal zijn voor de dochter van het gezin om haar leven in Ghana en (eventueel) later opnieuw in Noorwegen voort te zetten, maar dat het toch de eindbeoordeling van het Noorse High Court niet in twijfel kan trekken dat er geen objectieve belemmering bestaat om het gezinsleven in Ghana voort te zetten danwel om in ieder geval contact tussen de gezinsleden te onderhouden indien alleen de vader naar Ghana terugkeert. Hiervoor is vooral van belang dat beide ouders in Ghana zijn opgegroeid en zij dit land ook meerdere keren met hun dochter hebben bezocht.⁹⁴

De zaak Antwi is qua casuïstiek erg verwant met de zaak Nunez, al is de uitkomst van de zaak anders. Dat realiseert het EHRM zich ook en noemt als beslissende verschillen: geen onderbreking en leed ervaren in de gezinsrelatie, overheid handelde niet zo traag, geen overige *'exceptional circumstances'*.⁹⁵ Niet iedereen was overtuigd van de verschillen met Nunez en dat die verschillen ook het verschil in uitkomst tussen de twee zaken konden rechtvaardigen. In een gezamenlijke *dissenting opinion* schrijven de rechters Sicilianos en Trajkovska dat het opvallend is dat het EHRM expliciet erkent dat het oordeel niet in het 'belang van het kind' is. Zij benadrukken bovendien de kracht van de argumenten die een minderheid van de leden van het Noorse High Court had ingebracht, waarbij de nadruk lag op de grote negatieve gevolgen van de besluitvorming voor de dochter van het gezin.⁹⁶

In een noot bij het Antwi-arrest geeft Van Walsum aan dat de mogelijk doorslaggevende reden voor het verschil in uitkomst tussen Nunez en Antwi ligt in het feit dat de ouders in de zaak Antwi nog bij elkaar waren, terwijl de ouders bij Nunez uit elkaar waren. Aangezien het ouderlijk gezag in de zaak Nunez bij de vader lag en de moeder uitgezet dreigde te worden, betekende dit effectief de scheiding van de kinderen van hun moeder. Een dergelijke scheiding zou in de zaak Antwi niet noodzakelijk zijn. De ouders hebben nog de keuze als gezin als geheel tijdelijk in Ghana te gaan wonen. In die zin lijken de zaken Nunez en Rodrigues da Silva meer op elkaar, dan Nunez en Antwi.⁹⁷

94 EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, *JV* 2012/170 m. nt. Van Walsum en *RV* 2012/18 m. nt. Werner, par. 96-98.

95 EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, *JV* 2012/170 m. nt. Van Walsum en *RV* 2012/18 m. nt. Werner, par. 99-101.

96 Dissenting opinion Sicilianos en Trajkovskabij EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, *JV* 2012/170 m. nt. Van Walsum en *RV* 2012/18 m. nt. Werner, par. 8.

97 Noot van Walsum in: *JV* 2012/170. Zie in vergelijkbare zin: G.G. Lodder, 'Het recht van kinderen op een gezinsleven', in: G.G. Lodder en P.R. Rodrigues (red.), *Het kind in het immigratierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p.104-105.

BUTT T. NOORWEGEN

De zaak Butt gaat over een broer en zus die zich in 1989 met hun moeder in Noorwegen vestigen. Ze krijgen een verblijfsvergunning op humanitaire gronden. Tussen 1992 en 1996 keert het gezin terug naar Pakistan om bij hun vader en grootouders te verblijven. Daarna keren ze terug naar Noorwegen. In 1999 worden de verblijfsvergunningen ingetrokken en vader verblijf geweigerd, vanwege leugens van moeder tegen de immigratieautoriteiten. Vanaf 2000/2001 verblijven broer en zus bij hun oom en is moeder uit beeld. In 2001 vindt bijna een uitzetting plaats, maar de politie doet dit op het laatste moment niet omdat de kinderen op dat moment noch contact met hun moeder, noch met familie in Pakistan hebben. In 2005 wordt hun moeder wel uitgezet. In 2007 overlijdt zij. In 2005 heeft de broer een aantal strafbare feiten gepleegd en is hij onder meer veroordeeld voor lichte mishandeling. De Noorse autoriteiten beslissen daarom tot zijn uitzetting. Broer en zus Butt verzoeken om een *interim measure*, maar als deze wordt afgewezen trekken ze hun klacht in. Na zonder succes een nieuwe procedure te hebben doorlopen, dienen ze opnieuw een klacht in bij het Hof.

De Noorse autoriteiten hadden betwist dat broer en zus privé- en gezinsleven hadden opgebouwd in Noorwegen. Het EHRM stelt eenvoudig vast dat, dit door tijdsverloop (privéleven) en de banden met hun oom (familieleven) wel het geval is.⁹⁸ Daarmee is de vraag naar het bestaan van privé- en gezinsleven positief beantwoord, waarna de vraag beantwoord moet worden in hoeverre dit privé- en gezinsleven verblijfsrechtelijk beschermenswaardig is onder artikel 8 EVRM.

Het Hof herhaalt weer het toetsingskader uit Nunez; wanneer het privé- en gezinsleven is aangegaan gedurende een verblijfsrechtelijk onzekere situatie, kan alleen bescherming aan artikel 8 EVRM worden ontleend in 'exceptional circumstances'.⁹⁹ In verband met de toepasselijkheid van dit toetsingskader neemt het EHRM daarop een opvallende stap, het erkent de juistheid van het oordeel van het Noorse *Bogarting High Court* dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid een reden kunnen zijn om kinderen met het gedrag van hun ouders te identificeren. Anders zou het risico kunnen bestaan dat ouders hun kinderen misbruiken voor het verkrijgen van eigen verblijfsrechtelijk voordeel. Het Hof voegt daar gelijk aan toe dat de noodzaak om kinderen met het gedrag van hun ouders te identificeren niet altijd bestaat. Toegepast in de concrete omstandigheden van broer en zus Butt bestaat het genoemde risico bijvoorbeeld niet omdat broer en zus Butt allebei al meerderjarig zijn en omdat hun moeder is overleden.¹⁰⁰

Het Hof besteedt vervolgens aandacht aan de vraag wanneer broer en zus Butt zich bewust werden van hun onrechtmatige verblijfsstatus. Het antwoord is dat zij zich daar pas in 2001 bewust van werden en dat op dat moment het privé- en familieleven in Noorwegen al wel was opgebouwd.¹⁰¹

98 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 76.

99 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 78.

100 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 79-80.

101 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 82.

Het Hof stelt daarop vast dat uitzetting door de Staat niet is doorgezet toen moeder zoek was en dat er toen ook geen paspoorten geregeld zijn. De kinderen zijn daardoor in de veronderstelling geraakt dat niet werd verwacht dat ze zouden vertrekken tot in ieder geval hun meerderjarigheid. Ook bij meerderjarigheid deed de Staat niets aan het bereiken van de gewenste uitzetting.¹⁰² Het Hof vraagt zich vervolgens af of bij zulk uitzonderlijk lang onrechtmatig verblijf, algemene overwegingen van migratiebeleid nog wel voldoende zwaar kunnen wegen om verblijfsweigering noodzakelijk te achten in een democratische samenleving.¹⁰³ Dan beslist het Hof opeens vrij snel; hoewel er geen sprake is van een objectieve belemmering, neemt het Hof wel aan dat de kinderen gezien hun beperkte banden met Pakistan sociale en professionele problemen zullen ondergaan bij een terugkeer naar Pakistan, wel hebben zij zeer sterke banden met Noorwegen. Het misdrijf van de zoon is al van langer geleden en er is geen sprake van recidive. Het Hof neemt een schending aan van artikel 8 EVRM.¹⁰⁴

KAPLAN T. NOORWEGEN

In het Kaplan-arrest gaat het over de uitzetting van de Koerdisch/Turkse meneer Kamran naar Turkije en over de vraag hoe dit zich verhoudt tot het recht op gezinsleven met zijn vrouw, mevrouw Kaplan en hun drie kinderen. De heer Kamran vraagt in 1998 in Noorwegen asiel aan, maar deze aanvraag wordt afgewezen. Eind 1999 wordt de heer Kamran veroordeeld voor gewapende geweldpleging. De Noorse autoriteiten bekijken dan of hij voor uitzetting in aanmerking komt, maar ondernemen geen concrete stappen. In 2003 arriveren mevrouw Kaplan en de twee zoons (geboren in 1993 en 1995) in Noorwegen. Ook zij vragen asiel aan en die aanvraag wordt nog hetzelfde jaar afgewezen. Op 4 augustus 2005 wordt dochter Rojin geboren. Op 2 november 2006 wordt de uitzetting van de heer Kamran bevolen en krijgt hij bovendien vanwege zijn veroordeling en zijn langdurige onrechtmatige verblijf en werk in Noorwegen een inreisverbod voor onbepaalde tijd opgelegd. In 2008 wordt mevrouw Kaplan en de kinderen alsnog een verblijfsvergunning verleend op humanitaire gronden. De belangrijkste redenen voor het verlenen van de vergunning zijn het feit dat Rojin lijdt aan autisme en het langdurige verblijf van de kinderen in Noorwegen. De verlening van de vergunning is uiteindelijk ook aanleiding om het inreisverbod van vader voor onbepaalde tijd terug te brengen tot een inreisverbod voor de duur van vijf jaar. In de procedures die daarop volgen speelt de (medische) positie van Rojin een grote rol, maar dit leidt niet tot een ander oordeel. Op 16 juli 2011 wordt de heer Kamran uitgezet naar Turkije. Op 24 januari 2012 krijgen de overige gezinsleden de Noorse nationaliteit. Het gezin stapt naar het EHRM en klaagt dat de uitzetting van vader strijd oplevert met artikel 8 EVRM.

Het Hof herhaalt het toetsingskader uit het arrest Nunez; indien het privé- of familieleven is aangegaan gedurende een onzekere verblijfsrechtelijke situatie van één van de betrokkenen, is er alleen verblijfsrechtelijke bescherming op grond van artikel 8 EVRM in het geval van *'exceptional*

102 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 83-84.

103 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 85.

104 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 88-89.

circumstances'.¹⁰⁵ In principe is dit uitgangspunt niet op de familie Kaplan van toepassing, het gezinsleven is in hun geval immers al aangegaan voorafgaand aan het verblijf in Noorwegen. Het gezinsleven is echter wel voortgezet en uitgebreid terwijl men geen verblijfsrecht had. Kennelijk maakt dat voor het Hof dat de *'exceptional circumstances'*-toets toch van toepassing is. Het Hof komt tot een belangenafweging waarin het aanneemt dat er geen *'insurmountable obstacles'* zijn om het gezinsleven in Turkije uit te oefenen, maar waar het uiteindelijk toch aanneemt dat artikel 8 EVRM geschonden wordt.¹⁰⁶ De belangrijkste reden daarvoor is dat het Hof meent dat de belangen van dochter Rojin, zeker gelet op haar ziekte en de bijzondere band die zij met haar vader had, niet voldoende zijn meegewogen in de verblijfsprocedure van vader.¹⁰⁷

Opvallend aan Kaplan is dat het Hof enerzijds de redenering uit het Butt-arrest herhaalt dat gedrag van ouders aan kinderen toegerekend mag worden, maar uiteindelijk toch de 'belang van het kind'-toets beslissend laat zijn.¹⁰⁸ Een ander opvallend aspect is dat de ouders in de zaak Kaplan nog bij elkaar zijn en dat dit geen sta-in-de-weg blijkt voor het Hof om de klacht toe te kennen, zoals dat volgens (o.a.) Van Walsum wel het geval was in de zaak Antwi.¹⁰⁹

JEUNESSE T. NEDERLAND

De zaak Jeunesse gaat over de gelijknamige mevrouw die om verblijfsrecht verzoekt bij haar Nederlandse partner en kinderen. Mevrouw Jeunesse woont al zo'n zestien jaar in Nederland. Ooit is ze met een toeristenvisum vanuit Suriname naar Nederland gekomen en ze is vervolgens niet meer weggegaan. Ze trouwt in Nederland met een partner die ze al uit Suriname kent en samen krijgen ze drie kinderen. Mevrouw Jeunesse doet diverse pogingen om een verblijfsvergunning te krijgen, maar alle aanvragen worden afgewezen. Belangrijkste overweging daarbij is dat mevrouw niet voldoet aan het vereiste van een machtiging tot voorlopig verblijf (MVV).¹¹⁰ Aan de belangen van haar Nederlandse kinderen wordt door de nationale rechters nauwelijks aandacht besteed. Uiteindelijk dient mevrouw Jeunesse een klacht in bij het EHRM.

Het Hof geeft in Jeunesse een uitgebreide uiteenzetting van de verschillende toetsingskaders bij artikel 8 EVRM en migratie.¹¹¹ Het Hof verschaft daarbij ook meer duidelijkheid over het gewicht dat het 'belang van het kind' toekomt in de bredere belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM. Het Hof overweegt dat er een brede consensus bestaat dat in zaken die kinderen aangaan 'het belang van het kind' het meest gewichtige belang is. Desalniettemin kan het 'belang van het kind' niet alleen beslissend zijn in een zaak, maar aangenomen moet worden dat het 'belang van het kind' per definitie een aanzienlijk gewicht heeft. In nationale besluitvormingsprocedures dienen besluitvormingsorganen

105 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 81.

106 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 86.

107 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 98.

108 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 86, 88 en 98.

109 Vgl. noot van Walsum in *JV* 2012/170.

110 MVV-plicht: de plicht om een visum in het land van herkomst aan te vragen voor je een verblijfsvergunning kunt aanvragen.

111 EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, *JV* 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 100-109.

bij het beoordelen van aangedragen bewijs acht te slaan en onderzoek te doen naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een verwijdering van een buitenlandse ouder en zodoende effectieve bescherming en voldoende gewicht te geven aan het ‘belang van het kind’.¹¹²

Uiteindelijk komt het Hof tot een belangenafweging vanuit het bekende perspectief van de ‘*exceptional circumstances*’. Het Hof acht het van onderscheidende betekenis dat alle gezinsleden behalve mevrouw Jeunesse de Nederlandse nationaliteit hebben en dat mevrouw Jeunesse zelf als Surinaamse de Nederlandse nationaliteit heeft gehad, maar deze onvrijwillig is kwijtgeraakt toen Suriname onafhankelijk werd. Door te focussen op de nationaliteit van betrokkenen en niet op hun gedeelde Surinaamse achtergrond, kent het Hof dus expliciet meer betekenis toe aan de nationaliteit van betrokkenen, dan aan hun etniciteit.¹¹³ Verder vindt het Hof het van groot belang dat mevrouw Jeunesse al zestien jaar in Nederland verblijft en dat haar aanwezigheid deels door de overheid is getolereerd. Aangezien uitzetting wel mogelijk was, is het daarmee mede de verantwoordelijkheid van de overheid dat zij familie-, sociale en culturele banden in de Nederlandse samenleving heeft kunnen ontwikkelen. Het Hof neemt geen ‘*insurmountable obstacles*’ aan bij een terugkeer naar Suriname, maar stelt dat de gezinsleden wel ‘*a certain degree of hardship*’ zouden ervaren bij een gedwongen vertrek naar Suriname. Tot slot acht het Hof de impact van een vertrek naar Suriname van mevrouw Jeunesse te groot voor haar kinderen. Aangezien haar partner werkt, draagt mevrouw Jeunesse de dagelijkse zorg voor de kinderen. Het Hof geeft aan dat in de nationale procedure weliswaar enige aandacht voor de positie van de kinderen is geweest, maar dat er onvoldoende is gekeken naar de gevolgen wat betreft uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een verhuizing naar Suriname voor de kinderen. Het Hof acht de klacht gegrond.

2.3 Analyse

In deze paragraaf wordt aan de hand van een kritische analyse van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) antwoord gegeven op de vraag welke toetsingskaders artikel 8 EVRM bevat en op welke manier het belang van het kind wordt toegepast en gewogen.

Uit de jurisprudentie van de afgelopen jaren van het EHRM blijkt een enorme toename van zaken waarbij het ‘belang van het kind’ een bepalende rol speelt. De invloed van het IVRK binnen de sfeer van artikel 8 EVRM is daarmee een feit en dit betekent zonder meer een verbetering van de rechtspositie van kinderen waar het gaat om hun privé- en gezinsleven. Tegelijkertijd is het echter zo dat de jurisprudentie nog veel wisselingen laat zien en daarom enigszins onvoorspelbaar is. Het lijkt erop dat het Hof in artikel 8 EVRM-zaken die zien op het ‘belang van het kind’ lijkt te variëren in uitspraken die het ‘belang van het kind’ beslissend maken, uitspraken waarbij erkend wordt dat het ‘belang van het kind’ problematisch maar niet beslissend is, zaken waarbij het gedrag van ouders expliciet aan kinderen wordt toegerekend en zaken waarbij het ‘belang van het kind’ vrijwel niet aan de orde komt. Hoe moet de variatie in uitspraken nu worden begrepen? In het navolgende wordt eerst gekeken hoe de algemene toetsingskaders van het EHRM zich verhouden tot het IVRK. Vervolgens wordt kritisch gekeken naar de wijze waarop naar de positie

¹¹² EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 109. Dat deze overweging voor het EHRM van groot gewicht is, blijkt uit het feit dat het EHRM haar inmiddels ook in een opvolgende zaak heeft herhaald: EHRM 2 april 2015, Sarkózi en Mahran t. Oostenrijk, 27945/10, par. 64.

¹¹³ Groenendijk 2014, p. 366.

van het 'belang van het kind' in de *fair balance*-toets zoals die blijkt de jurisprudentie van het Hof in individuele zaken plaatsvindt. Tot slot wordt naar aanleiding van deze elementen een algemene conclusie gegeven over de betekenis van de 8 EVRM-jurisprudentie vanuit het perspectief van kinderrechten.

2.3.1 Toetsingskaders

Artikel 8 EVRM bevat voor gezinsmigratie verschillende toetsingskaders. Uitgangspunt is daarbij steeds dat er geen recht op domiciliekeuze bestaat. Hoewel de scheidlijnen tussen de verschillende toetsingskaders niet heel precies vastliggen, kan in het algemeen onderscheid worden gemaakt tussen;

- een toets aan artikel 8 EVRM in het geval van eerste toelating¹¹⁴: *fair balance*-toets;
- een toets aan artikel 8 EVRM bij opgebouwd privé- en/of gezinsleven in een verdragsstaat waarbij betrokkenen zich bewust zijn van de onzekere verblijfsstatus van één van hen: *fair balance*-toets, alleen verblijfsrecht bij '*exceptional circumstances*'.¹¹⁵
- en tot slot de toets aan artikel 8 EVRM in zaken waarin er sprake is van inmenging in het recht op gezins- en privéleven (bijvoorbeeld) vanwege de intrekking van een verblijfsvergunning¹¹⁶; toetsing aan artikel 8 tweede lid EVRM + *fair balance*-toets.

In alle gevallen dient er dus een afweging te worden gemaakt tussen de belangen van de Staat en de belangen van de betrokken individuen.¹¹⁷ Deze *fair balance*-toets verplicht tot het afwegen van alle bij de zaak betrokken belangen, waaronder in ieder geval het 'belang van het kind'. Precies op het vlak van de belangenafweging op individueel niveau is het waar nu de invloed van het IVRK binnen de sfeer van artikel 8 EVRM is terug te vinden. Artikel 3 IVRK eist dat het 'belang van het kind' een primaire overweging is in alle aangelegenheden die kinderen aangaan. Gezien het feit dat de inhoud van artikel 3 IVRK hiermee al ziet op het afwegen van concurrerende belangen is dit artikel zeker relevant voor dit aspect van de toets aan artikel 8 EVRM. Vóór het Hof tot het afwegen van belangen komt, spelen echter vragen waarbij kinderrechten in de praktijk geen rol lijken te spelen; de vraag naar het toepasselijk toetsingskader en de invulling van het toetsingskader zelf.

Zoals beschreven kent de jurisprudentie over artikel 8 EVRM verschillende toetsingskaders en daarbij laat het Hof de lidstaten veel vrijheid om een restrictief gezinsmigratiebeleid te voeren, met name bij zaken die zien op eerste toelating en zaken die gaan over opgebouwd privé- of familielevens ten tijde van een onzekere verblijfsstatus. De in de jurisprudentie van het Hof ontwikkelde toetsingskaders bevatten allemaal een toetsing aan concrete individuele belangen. Wat daarbij onderbelicht is, is echter dat de toetsingskaders zelf ook al een belangenafweging bevatten op algemeen niveau. Daarbij spelen kinderrechten vooralsnog geen enkele rol. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het IVRK. Van belang is hierbij allereerst dat artikel 3 IVRK zich niet alleen richt tot besluitvorming over kinderen in individuele gevallen, maar ook tot situaties waar het 'belang van het kind' in meer abstracte zin aan de orde komt. De toetsingskaders zelf dienen dus ook in abstracto al rekening te houden met het 'belang van het kind'.

Zeker bij het toetsingskader van de '*exceptional circumstances*' laat het EHRM erg veel vrijheid aan de Staat. Dit toetsingskader is van toepassing op situaties waarbij privé- en/of gezinsleven is opgebouwd gedurende een periode waarbij de betrokkenen zich bewust waren van de onzekere verblijfsstatus van één van hen. Vanuit het perspectief van het kind is het problematische aan dit toetsingskader dat (jonge) kinderen zich nu juist vaak niet bewust zullen zijn van de onzekere verblijfsstatus van zichzelf of hun gezinsleden.¹¹⁸ Maar ook als kinderen zich er wel van bewust zijn,

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld: EHRM 21 december 2001, Sen t. Nederland, JV 2002/30 m. nt. Van Walsum en EHRM 1 december 2005, Tuquabo-Tekle t. Nederland, JV 2006/34 m. nt. Van Walsum.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld: EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, JV 2006/90 m. nt. Boeles en EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld: EHRM 2 augustus 2001, Boulitif t. Zwitserland, JV 2001/254 m. nt. Boeles; EHRM 18 oktober 2006, Üner t. Nederland, JV 2006/417 m. nt. Boeles en EHRM 23 juni 2008, Maslov t. Oostenrijk, JV 2008/267 m. nt. Boeles.

¹¹⁷ EHRM 28 november 1996, 21702/93, Ahmut t. Nederland, par. 63.

¹¹⁸ Boeles, Heijer, Lodder en Wouters 2014, p. 213.

zullen ze er vaak geen invloed op hebben. Het zijn doorgaans immers de keuzes van hun ouders.

Het Hof overweegt in twee zaken – Butt¹¹⁹ en Kaplan¹²⁰ – ook nog eens expliciet dat gedrag van ouders aan kinderen toegerekend mag worden, vanwege het risico op verblijfsrechtelijk misbruik door de ouder via zijn/haar kind. Wat doet het Hof hier nu eigenlijk precies? Zoals we gezien hebben is de ‘*exceptional circumstances*’-toets in feite zelf te zien als een toerekening van gedrag van ouders aan kinderen aangezien als voorwaarde voor deze toetsing geldt dat de betrokkenen zich bij het aangaan van het gezinsleven bewust moeten zijn van hun onzekere verblijfsstatus en kinderen dit in de regel niet (kunnen) zijn. Rekent het Hof nu tweemaal het gedrag van ouder(s) aan kinderen toe of expliciteert het Hof in Butt en Kaplan slechts wat het al vaker deed in het kader van de ‘*exceptional circumstances*’-toets? Daarover bestaat geen eenduidigheid in de literatuur. In een noot bij het Butt-arrest markeert Brink het als een breekpunt met de eerdere jurisprudentie van het Hof waarin het ‘belang van het kind’ centraal stond.¹²¹ In de noot van Stronks bij Butt lijkt echter, zonder dat dit verder heel specifiek wordt beargumenteerd, aangenomen te worden dat het toerekenen van gedrag van ouder(s) aan kinderen onderdeel is van de legitimatie van de ‘*exceptional circumstances*’-toets in situaties waar kinderen bij betrokken zijn. Het standpunt van Stronks lijkt het meest overtuigend. Opvallend is immers dat de overweging in Butt over het toerekenen van gedrag van ouder(s) aan kinderen direct volgt op de geciteerde passage uit het Nunez-arrest over de ‘*exceptional circumstances*’-toets en deze overweging ook rechtstreeks wordt gekoppeld aan de toepasselijkheid van de ‘*exceptional circumstances*’-toets.¹²² Ook in Kaplan wordt de overweging over het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen in verband gebracht met het bewustzijn over het onzekere karakter van de verblijfsstatus van betrokkenen; het aspect waarop door het Hof wordt gebaseerd of de ‘*exceptional circumstances*’-toets van toepassing is.¹²³ Eerst overweegt het Hof dat de kinderen in Turkije zijn geboren en opgegroeid, hetgeen er op wijst dat zij geen bewustzijn hadden van een onzekere verblijfsstatus op het moment dat het gezinsleven werd aangegaan. Dan herhaalt het Hof het standpunt uit Butt en stelt het dat de ouders in de Kaplan-zaak bewustzijn hadden van de onzekere verblijfsstatus terwijl zij hun gezinsleven in Noorwegen hebben voortgezet. Dit gedrag wordt toegerekend aan de kinderen en het Hof gebruikt dat kennelijk als legitimatie om de ‘*exceptional circumstances*’-toets toe te passen. Zowel in Kaplan als Butt geeft het Hof dus in feite alleen een expliciete verantwoording voor het toerekenen van het bewustzijn van de ouders aan kinderen over de onzekere verblijfsstatus, zoals het dat impliciet steeds in ‘*exceptional circumstances*’-zaken doet.¹²⁴

De grote vrijheid die Staten wordt gelaten bij de toetsing aan artikel 8 EVRM staat op gespannen voet met de bedoeling van het IVRK. Dit blijkt allereerst uit het feit dat artikel 3 IVRK zich niet alleen richt tot besluitvorming over kinderen in individuele gevallen, maar ook tot situaties waar het ‘belang van het kind’ in meer abstracte zin aan de orde komt. De toetsingskaders zelf dienen dus al rekening te houden met het ‘belang van het kind’. Als het gaat om gezinsleven en gezinsmigratie bevat het IVRK een aantal relevante bepalingen; artikel 8 IVRK bevat het recht op bescherming van de identiteit van het kind, waaronder ook begrepen zijn/haar familiebanden en nationaliteit; artikel 9 IVRK bepaalt dat kinderen en hun ouder(s) alleen gescheiden mogen worden wanneer dit gebeurt om het ‘belang van het kind’ te beschermen; artikel 10 IVRK vereist een positieve basishouding ten opzichte van gezinshereniging en artikel 16 IVRK bevat een bepaling die materieel een sterke overeenkomst bevat met artikel 8 EVRM.¹²⁵ Wat is nu de relevantie van deze artikelen bij het meewegen van belangen op het meer abstracte niveau van het toetsingskader?

119 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink.

120 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, JV 2014/320, m. digi-nt. Werner.

121 Zie noot Brink, RV 2012/21.

122 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks, RV 2012/21 m. nt. Brink, par. 79.

123 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, JV 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 86.

124 Zie hierover uitgebreider: Werner 2015, p. 19-21.

125 Zie hierover hoofdstuk 1.4.

IDENTITEIT, FAMILIEBANDEN EN NATIONALITEIT

Allereerst zijn de artikelen 8 en 16 IVRK te beschouwen als een concretisering van het begrip ‘belang van het kind’. Zij geven inhoud aan het begrip ‘belang van het kind’. En er zijn concretere gevolgen te benoemen; door de combinatie van nationaliteit en familiebanden als aspecten van identiteit dienen deze als bijzondere belangen meegewogen te worden in de algemene toetsingskaders van het Hof. Een dergelijke overweging ontbreekt nu bij de toetsing aan artikel 8 EVRM; in de zaak *Jeunesse* wordt het wel in de individuele belangenafweging betrokken, maar een duidelijke algemene plaats in de toetsingskader kent het nog niet.

STERKERE BESCHERMING DOOR IVRK

Artikel 9 IVRK kent een evident sterkere bescherming voor situaties waarbij het verblijfsrecht van één van de gezinsleden wordt beëindigd; bij artikel 8 EVRM wordt die vraag beheerst door het tweede lid (waarin uitzonderingen zijn opgenomen op het recht op gezinsleven) in combinatie met een *fair balance*-toets. Bij artikel 8 EVRM zal niet snel van scheiding van gezinsleden worden gesproken, maar zal in beginsel pas van scheiding worden gesproken als is aangetoond dat het gezinsleven niet elders uitgeoefend kan worden. Uit het vierde lid van artikel 9 IVRK blijkt dat de uitzetting van een gezinslid onder het begrip scheiding wordt geschaard en uit lid 1 van artikel 9 IVRK blijkt dat scheiding van ouder(s) en kinderen alleen mag indien dit in het ‘belang van het kind’ is (zie hierover uitgebreid hoofdstuk 1). In situaties waarbij een verblijfsvergunning van één van de leden van het gezin wordt ingetrokken is toetsing aan lid 2 van artikel 8 EVRM dus in feite een te soepel kader voor situaties waar kinderen bij betrokken zijn. De legitimiteit van een dergelijk besluit kan blijkens artikel 9 IVRK alleen zijn gelegen in het dienen van het ‘belang van het kind’.

POSITIEVE GRONDHOUDING

Artikel 10 IVRK bevat een zeer belangrijk algemeen uitgangspunt; de grondhouding ten opzichte van gezinsmigratie dient positief te zijn. Dat is een wezenlijk ander uitgangspunt dan het Hof laat zien in haar jurisprudentie over artikel 8 EVRM. In meer of mindere mate – afhankelijk van de verschillende toetsingskaders die het Hof hanteert – wordt de Staat de ruimte geboden om een restrictief beleid te voeren. Basisidee is hierbij dat artikel 8 EVRM geen recht op domiciliekeuze bevat. Dat is correct en ook het IVRK bevat een dergelijk recht niet. Artikel 10 IVRK begrenst echter wel de consequenties die hieruit kunnen worden getrokken; de basishouding ten opzichte van gezinshereniging dient positief te zijn. Zeker bij de al uitgebreid besproken ‘*exceptional circumstances*’-zaken is er geen sprake van een positieve

basishouding.¹²⁶ Het uitgangspunt van de toetsing heeft immers een uitgesproken negatief karakter; het aangegane gezinsleven is enkel dan reden voor verblijfsrecht als het aangaan van dit gezinsleven als het ware gepardonneerd dient te worden vanwege een uitzonderlijke situatie.

DISCRIMINATIEVERBOD OP BASIS VAN GEDRAG OUDERS

Tot slot moet nog artikel 2 lid 2 IVRK worden genoemd.¹²⁷ Dit artikel ziet weliswaar niet specifiek op gezinsmigratiezaken, het is daar wel zeer relevant voor. Het artikel verbiedt de discriminatie van kinderen op basis van het gedrag of de status van hun ouder(s) of andere familieleden. Het toerekenen van gedrag van ouder(s) aan kinderen omwille van de toepasselijkheid van de *'exceptional circumstances'*-toets doet dit wel en is daarmee evident in strijd.¹²⁸

De vraag kan worden opgeroepen of het toepassen van IVRK-rechten op het niveau van de algemene toetsingskaders wel past binnen de algemene systematiek van de EHRM-jurisprudentie omdat de zaken per definitie casuïstisch zijn. Feit is dat het Hof, Staten op het niveau van het abstracte toetsingskader van artikel 8 EVRM in beginsel veel vrijheid laat en die vrijheid in situaties waar kinderen bij betrokken zijn vaak weer moet compenseren via een op de individuele maat gesneden 'belang van het kind'-toets. De jurisprudentie die hieruit volgt, geeft zowel Staten die een restrictief vreemdelingenbeleid voeren als gezinnen met minderjarige kinderen de indruk dat zij het recht aan hun zijde hebben. Duidelijk is dat noch het IVRK noch het EVRM een subjectief recht op gezinshereniging bevatten. Wel is het goed te bepleiten dat invloed van het IVRK er toe dient te leiden dat in situaties waar kinderen bij betrokken zijn nooit meer toepassing gegeven mag worden aan het strengste toetsingskader uit de EHRM-stal; de *'exceptional circumstances'*-toets. Deze toets wordt immers in abstracto alleen van toepassing geacht op die situaties waarbij alle betrokkenen zich op het moment van aanvang van het gezinsleven al bewust waren van de onzekere verblijfsstatus van één van hen.¹²⁹ In de concrete toepassing wordt echter het vereiste van bewustzijn regelmatig toegerekend aan de betrokken kinderen. Dit toerekenen is een juridische truc die niet alleen haaks staat op de zelfstandige rechtspositie van het kind, maar ook op het toepasselijkheidsvereiste voor de *'exceptional circumstances'*-toets zoals het Hof dat zelf bij herhaling heeft verwoord.

126 Spijkerboer, 2014a, p. 100. Spijkerboer schrijft in een analyse van de rechtspraak van de Raad van State in dergelijke zaken over de 'dubbele herformulering van het toetsingsobject'. De eerste herformulering betreft het feit dat de toetsing formeel gericht is op toelating, terwijl het bij *'exceptional circumstances'*-zaken feitelijk gaat om een toetsing van de legitimiteit van de uitzetting. De tweede herformulering betreft het feit dat niet de klassiek mensenrechtelijke vraag naar de legitimiteit van overheidshandelen centraal staat, maar de legitimiteit van het gedrag van de vreemdeling; de handeling van de vreemdeling betreft het aangaan van privé- of familielevens gedurende een verblijfsrechtelijk onzekere situatie. Dit gedrag is immers enkel legitiem in het geval van *'exceptional circumstances'* (Spijkerboer 2014a, p. 100). Hoewel Spijkerboer deze analyse baseert op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, schrijft hij ook dat precies deze aspecten verwant zijn aan de jurisprudentie van het Hof en daarop dus ook van toepassing zijn (Spijkerboer 2014b, p. 11). Essentieel voor het onderhavige onderzoek is dat met name de tweede hier besproken herformulering strijdig moet worden geacht met artikel 10 IVRK.

127 Zie uitgebreider hoofdstuk 1.2.

128 Zie uitgebreider: Werner 2015, p. 17-21.

129 Zie bijvoorbeeld: EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, JV 2006/90 m. nt. Boeles, par. 39; EHRM 31 juli 2008, Darren Omoregie t. Noorwegen, JV 2008/330 m. nt. Boeles, par. 57; EHRM 3 november 2011, Arvelo Aponte t. Nederland, JV 2012/3, par. 55; EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, JV 2012/170 m. nt. Van Walsum en RV 2012/18 m. nt. Werner, par. 89; EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, JV 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 81; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 108.

2.3.2 Het belang van het kind en de individuele belangenafweging

Waar de toetsingskaders van het EHRM in abstracto streng zijn, daar kent het Hof in de belangenafweging op individueel niveau een ontsnappingsroute in de vorm van de toets aan het 'belang van het kind'. Uit de in paragraaf 2.2 geanalyseerde zaken blijkt dat het Hof in een toenemend aantal zaken aandacht besteedt aan het 'belang van het kind' en uit de terminologie die het Hof daarbij gebruikt is af te leiden dat het Hof het 'belang van het kind'-beginsel als een gewichtig aspect in de bredere belangenafweging ziet. Toch past het EHRM het begrip 'belang van het kind' niet in alle zaken toe en wanneer het dit begrip toepast, lijkt het niet altijd even consequent te zijn.

De verhouding tussen de strikte algemene toetsingskaders van het EHRM en de vaak gewichtige toets aan het 'belang van het kind' maakt dat het moeilijk te voorspellen is hoe een zaak beslist zal worden. Dit leidt tot een situatie waarbij Staten er naar neigen te leunen op de algemeen restrictieve toetsingskaders en de gezinnen met kinderen gerechtvaardigde hoop ontlenen aan de 'belang van het kind'-toetsing. Gevolg is een gebrek aan rechtszekerheid.

Spijkerboer, daarin gevolgd door Klaassen en Lodder¹³⁰, stelt in een artikel uit 2009 dat in de jurisprudentie van het EHRM over artikel 8 EVRM en de positie van kinderen verschillende concurrerende tendensen te zien zijn. Tendensen die elk aan de hand van juridische geldige argumentatie zijn te bepleiten en die afwisselend de overhand hebben in de jurisprudentie. Het zijn tendensen die een grotere of juist kleinere rol zien voor het internationaal recht in de nationale sfeer en tendensen die een progressievere of conservatievere opvatting over migratie benadrukken.¹³¹ Volgens Spijkerboer zijn beide argumentatielijnen juridisch geldig. Juridische argumenten hebben met andere woorden wel invloed op de uitkomst van een zaak, maar zijn niet per definitie beslissend. De opvatting van Spijkerboer is interessant omdat het laat zien dat er op basis van een zuiver juridische analyse van de jurisprudentie geen eenduidige conclusie is te trekken over de plaats die het 'belang van het kind' inneemt in de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM. De wijze waarop het EHRM belangen afweegt blijkt zodoende zeer casuïstisch. In feite is dit ook in lijn met een sinds 1996 vaak door het Hof herhaalde overweging waarin het Hof stelt dat de omvang van de verplichtingen op de Staat om familieleden van toegelaten vreemdelingen toe te laten steeds varieert afhankelijk van de omstandigheden van de direct betrokkenen en het algemeen belang.¹³²

Het objectiveren van het 'belang van het kind'

De concrete wijze waarop het Hof de belangen van kinderen beoordeelt, laat zich moeilijk veralgemeniseren. Het Hof benoemt omstandigheden die opvallend zijn en die zijn dan beslissend of niet. Een constante is wel dat het Hof bij kinderen vaak een grote betekenis toekent aan de leeftijd van de betrokken kinderen, welke betekenis er aan de leeftijd wordt toegekend is echter wisselend. Zo wordt in de zaak Arvelo Aponte over de zevenjarige zoon van de familie overwogen dat hij "*is of a young and adaptable age*".¹³³ Ook de kinderen van de familie Jeunesse worden "*relatively young*" genoemd.¹³⁴ Het gezin Jeunesse bestaat uit drie kinderen met leeftijden van drie, acht en vijftien jaar oud. Met de leeftijden van de kinderen Jeunesse worden eigenlijk bijna alle fases van het kindzijn omvat; toch zijn ze voor het Hof allemaal "*relatively young*". De betekenis die het Hof in Jeunesse aan de leeftijd toekent is overigens dat er weliswaar geen objectieve belemmering voor terugkeer bestaat, maar dat terugkeer wel gepaard zal gaan met een "*degree of hardship*". Als het gaat om de factor leeftijd mag tot slot ook de zaak Rodrigues da Silva & Hoogkamer niet onvermeld blijven. Rachael, de dochter van mevrouw Rodrigues, is op het moment van de uitspraak bijna tien jaar oud. Van grote invloed op de uitkomst in de zaak is echter een rapport van de Raad voor de Kinderbescherming dat is geschreven toen Rachael één jaar oud was en waarin in feite wordt geconcludeerd dat zij – reeds op

¹³⁰ Klaassen en Lodder 2014 p. 115-117.

¹³¹ Spijkerboer 2009, p. 271-293.

¹³² EHRM 19 februari 1996, Gül t. Zwitserland, RV 1996/23, par. 38.

¹³³ EHRM 3 november 2011, Arvelo Aponte t. Nederland, JV 2012/3, par. 60.

¹³⁴ EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles, par. 117.

deze evident jonge leeftijd – geworteld is in de Nederlandse samenleving.¹³⁵ Hier wordt dus een deskundigenrapport bepalend voor de mate waarin een kind erbij gebaat is om – in dit geval – in Nederland te verblijven en dat levert een heel ander beeld op dan in de zaken waarbij het Hof zelf een inschatting lijkt te geven van de consequenties die aan de leeftijd van een kind verbonden kunnen worden.

In zijn noot bij de uitspraak Rodrigues da Silva & Hoogkamer bekritiseert Boeles de wat toevallige invloed van het rapport van de Raad voor de Kinderbescherming op de uitspraak; dat het rapport van de Raad voor de Kinderbescherming er lag, vloeide immers voort uit de procedures tussen de ouders over het ouderlijk gezag. Was die procedure er niet geweest, dan was de migratierechtelijke procedure over artikel 8 EVRM wellicht heel anders gelopen.¹³⁶ De aanleiding van het rapport mag dan inderdaad wat toevallig zijn, de objectivering van het ‘belang van het kind’ door middel van een deskundigenrapport is wel buitengewoon relevant. Welke aanknopingspunten biedt de jurisprudentie daar verder voor?

Het Neulinger-arrest

De materiële invulling door het EHRM van het begrip ‘belang van het kind’ is niet direct uit de jurisprudentie van het Hof over gezinsmigratie af te leiden. In diverse gezinsmigratiezaken heeft het Hof bij de toetsing aan het ‘belang van het kind’ verwezen naar een eerder door het EHRM gewezen kinderontvoeringszaak.¹³⁷ Het betreft het Neulinger-arrest en in dit arrest gaat het Hof wel uitgebreid in op de inhoudelijke betekenis van het ‘belang van het kind’ en hoe dit begrip in individuele zaken vastgesteld moet worden. Hoewel Neulinger geen migratierechtelijk arrest is, kent het daarvoor wel grote relevantie; het Neulinger-arrest verwijst naar eerdere uitspraken in migratierechtprocedures¹³⁸ en zoals aangegeven verwijst het EHRM in latere migratierechtzaken weer terug naar Neulinger. Het EHRM schetst in het Neulinger-arrest een duidelijke methode hoe in individuele procedures omgegaan moet worden met het belang van het kind. Na eerst vastgesteld te hebben dat het belang van het kind twee pijlers kent¹³⁹ – 1) het belang om de band met zijn/haar familie te behouden, tenzij een uitzonderlijke situatie zich hiertegen verzet; 2) het belang om zich in een veilige situatie te ontwikkelen – geeft het EHRM aan dat bij het vaststellen van het belang van het kind vereist is dat steeds op individueel niveau naar het ontwikkelingsperspectief van het kind gekeken wordt. Daarbij zijn volgens het EHRM leeftijd, rijpheid, aan- of afwezigheid van ouders, omgeving en ervaringen van het kind belangrijke factoren.¹⁴⁰ In de nationale procedure dient een diepgaande analyse gemaakt te worden van de hele familiesituatie, waarbij feitelijke, emotionele, psychologische, materiële en medische aspecten onderdeel uit dienen te maken van de belangenafweging.¹⁴¹ Over de belangenafweging stelt het EHRM in het Neulinger-arrest dat er een internationale consensus bestaat dat het belang van het kind “*must be paramount in all actions concerning children*”.¹⁴²

De benadering die het EHRM hier geeft van het ‘belang van het kind’, laat duidelijke sporen zien van verschillende IVRK artikelen. Het EHRM lijkt hiermee, net als het VN-Kinderrechtencomité, uit te gaan van een holistische opvatting over het IVRK. De uitleg van de eerstgenoemde pijler sluit duidelijk aan bij artikel 9 IVRK (verbod op het scheiden van ouders en kinderen, tenzij in het belang van het kind) en de tweede pijler sluit aan bij het recht op ontwikkeling uit artikel 6 lid 2 IVRK. Ook de criteria die het Hof verder relevant acht voor de toetsing aan het belang van het kind sluiten aan

135 EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, JV 2006/90 m. nt. Boeles, par. 12.

136 Noot Boeles in JV 2006/90.

137 EHRM 28 juni 2011, Nunez tegen Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum, RV 2011/20 m. nt. Ismaili, par. 78; EHRM 30 juli 2013, Berisha t. Zwitserland, JV 2013/302, par. 51; EHRM 8 juli 2014, M.P.E.V. en anderen t. Zwitserland, 3910/13, par. 57; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 75, 109 en 118.

138 EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, RV 2010/98 m. nt. Ruitenbergh, par. 146.

139 EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, RV 2010/98 m. nt. Ruitenbergh, par. 136.

140 EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, RV 2010/98 m. nt. Ruitenbergh, par. 138.

141 EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, RV 2010/98 m. nt. Ruitenbergh, par. 139.

142 EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, RV 2010/98 m. nt. Ruitenbergh, par. 135.

bij het model dat Kalverboer en Zijlstra hebben ontwikkeld om het ontwikkelingsperspectief van kinderen in kaart te brengen.¹⁴³ De benadering uit het Neulinger-arrest biedt duidelijke kansen voor het objectiveren van het 'belang van het kind'. De nadruk die het Hof daarin bovendien legt op de verantwoordelijkheid van de Staat om zelf actief informatie te verzamelen, maakt het aanbevelenswaardig dat Staten in 8 EVRM-zaken waarbij kinderen zijn betrokken standaard deskundigen inschakelen om het 'belang van het kind' te laten onderzoeken. Dit deskundigenrapport dient expliciet meegenomen te worden in de verdere belangenafweging. Hiervoor is met name de passage relevant uit het Jeunesse-arrest waarin is bepaald dat bij het beoordelen van aangedragen bewijs over de positie van het kind acht geslagen en onderzoek gedaan moet worden naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een negatief besluit.

Blijft over de vraag naar het gewicht dat het 'belang van het kind' dient te krijgen in de belangenafweging. Het Hof spreekt over het 'belang van het kind' afwisselend over '*a primary consideration*' en over '*paramount*'. Het gewicht dat het 'belang van het kind' inneemt is daardoor lang onduidelijk geweest zeker in relatie tot de strikte toetsingskaders die het Hof hanteert. In de zaak Jeunesse geeft het Hof wel meer duidelijkheid; het Hof stelt daarin immers dat het 'belang van het kind' het meest gewichtige belang is, doch dat het 'belang van het kind' alleen niet beslissend kan zijn. Kortom, het 'belang van het kind' gaat in gewicht wel voor op andere belangen, maar in de belangenafweging weegt het belang van de vreemdeling(en) te licht als het 'belang van het kind' het enige belang is dat in zijn/haar voordeel spreekt.

2.4 Artikel 8 EVRM in het Nederlands gezinsmigratiebeleid

De beleidsregels over artikel 8 EVRM zijn beperkt. In B3/3.8.1 Vreemdelingencirculaire (Vc) 2000 is een ruime definitie van het begrip gezinsleven opgenomen. In B3/3.8.2 Vc is bepaald dat inmenging in het recht op gezinsleven wordt aangenomen bij intrekking van een vergunning, bij het opleggen van een inreisverbod en wanneer een vreemdeling ongewenst wordt verklaard. In B3/3.8.3 Vc is bepaald dat voor het beoordelen of weigering van (voortgezet) verblijf strijdig is met artikel 8 EVRM, er een belangenafweging gemaakt moet worden, waarbij alle relevante feiten en omstandigheden in ogenschouw genomen dienen te worden. Welke belangen meegenomen moeten worden, wordt niet in algemene zin benoemd. Dit hangt van de individuele casus af. In het beleid wordt opgemerkt dat wanneer iemand verblijfsrecht heeft gehad, zijn positie sterker is dan bij eerste toelating. Tot slot wordt aangenomen dat ook indien er geen sprake is van inmenging, er altijd een belangenafweging plaats moet vinden.

Geen woord is er in het Nederlands beleid over artikel 8 EVRM opgenomen over de positie van minderjarige kinderen. Aangenomen moet worden dat afhankelijk van de casus van een individuele zaak het specifieke belang van daarbij betrokken kinderen kan worden meegenomen. De wijze waarop en welk gewicht het 'belang van het kind' krijgt ten opzichte van andere belangen, blijft echter volkomen onduidelijk.

In de nationale jurisprudentie over artikel 8 EVRM is aangenomen dat de rechter vol dient te toetsen of de staatssecretaris alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken. Indien de rechter meent dat dit het geval is, dient de rechter de uitkomst van de belangenafweging echter slechts terughoudend te toetsen.¹⁴⁴ Deze toetsingsmethodiek verschilt fundamenteel van de toetsing door het EHRM in dit soort zaken. Als voorbeeld kan een uitspraak van de Afdeling van 18 november 2014 dienen. Het betreft een uitspraak over het hoger beroep van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie tegen een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. In laatstgenoemde uitspraak is geoordeeld dat de staatssecretaris niet deugdelijk had gemotiveerd waarom de belangenafweging in het nadeel van de vreemdeling was uitgevallen. De Afdeling oordeelt, dat anders dan in beroep is overwogen, de staatssecretaris terecht in de belangenafweging heeft betrokken dat de vreemdeling niet beschikt over voldoende middelen van bestaan. Tevens oordeelt de Afdeling dat de staatssecretaris terecht in de belangenafweging heeft betrokken dat het

143 Zie voor meer informatie hoofdstuk 1.2 Kalverboer en Zijlstra 2006a en Kalverboer en Zijlstra 2006b.

144 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 18 oktober 2013, 201208082/1/V1, r.o. 6.2 en ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1044, r.o. 3.2.

gezinsleven tussen de vreemdeling en het kind is ontstaan en ontwikkeld tijdens onrechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland, dat de vreemdeling geen sociale banden met Nederland heeft, voor zijn komst naar Nederland 34 jaar in Ghana heeft gewoond, het kind niet heeft erkend en geen wettelijk gezag over hem heeft, dat hij niet eerder een aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning regulier voor verblijf bij het kind heeft ingediend en dat er voor hem geen objectieve belemmering is om het familie- en gezinsleven in Ghana uit te oefenen. Tegenover deze feiten had de staatssecretaris bovendien meegewogen dat de vreemdeling als vader intensief betrokken was bij de opvoeding van zijn kind en het kind en zijn moeder de Nederlandse nationaliteit hebben. Gelet op deze feiten en omstandigheden oordeelt de Afdeling uiteindelijk dat de rechtbank ten onrechte niet heeft onderkend dat de staatssecretaris zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM in het nadeel van de vreemdeling uitvalt.

De Afdeling heeft kort samengevat al vrede met het feit dat de positie van het kind is meegenomen in de belangenafweging, terwijl het EHRM blijkens Jeunesse om een effectieve bescherming van het 'belang van het kind' mogelijk te maken, verwacht dat wordt gekeken naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een verwijdering van een buitenlandse ouder.¹⁴⁵ In een bespreking van het Jeunesse-arrest schrijft emeritus hoogleraar rechtssociologie Groenendijk dan ook terecht: *"Ik lees het arrest Jeunesse vooral als een aansporing aan nationale rechters om de beschikbare instrumenten te gebruiken om controleerbaar zeker te stellen dat aan de belangen van de minderjarige kinderen ook daadwerkelijk het vereiste groot gewicht is toegekend."*¹⁴⁶

Vooralsnog lijkt de Afdeling in het arrest Jeunesse nog geen aanleiding te zien voor een aanpassing van haar vaste jurisprudentie over de intensiteit van de rechterlijke toetsing bij artikel 8 EVRM.¹⁴⁷

Een ander aspect in de Nederlandse toetsing aan artikel 8 EVRM dat niet ongenoemd mag blijven, is dat bij een beroep op een arrest waar de betekenis van de 'belang van het kind'-toets van groot gewicht was, de relevantie van een dergelijk arrest wordt vaak teruggebracht tot zaken die vrijwel exact dezelfde casuïstiek bevatten. Het meer algemene feit dat uit de Hof-jurisprudentie is af te leiden dat het belang van het kind een groot gewicht kent in de belangenafweging wordt vaak niet erkend.¹⁴⁸

Reactie van de Staatssecretaris van Veiligheid & Justitie op het Jeunesse-arrest

Gelet op het voorgaande is het relevant om te zien hoe de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie namens Nederland heeft gereageerd op de Nederlandse schending van artikel 8 EVRM in het Jeunesse-arrest.

In de schriftelijke reactie van de staatssecretaris op het Jeunesse-arrest staat centraal dat de uitspraak geen vernieuwing betekent van de jurisprudentie van het EHRM over artikel 8 EVRM en dat het feit dat Nederland veroordeeld is voor een schending van artikel 8 EVRM is te verklaren uit de uitzonderlijke casuïstiek van de zaak. De staatssecretaris ziet dan ook geen aanleiding om zijn beleid aan te passen, hij schrijft:

*"Het EHRM volgt in haar uitspraak de vaste lijn van de jurisprudentie over artikel 8 EVRM. Dat wil zeggen dat gezinsleven opgebouwd gedurende illegaal verblijf geen bescherming onder artikel 8 EVRM toekomt, behoudens in zeer uitzonderlijke omstandigheden. Het EHRM concludeert dat er in deze individuele zaak sprake is van elementen die cumulatief en in context uitzonderlijk zijn. Het EHRM zet de ingeslagen weg, die al geldt voor het toelatingsbeleid, voort. Om die reden volgt uit de uitspraak dan ook geen noodzaak voor een beleidswijziging."*¹⁴⁹

¹⁴⁵ EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles, par. 109.

¹⁴⁶ Groenendijk 2014, p. 368.

¹⁴⁷ ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1044 f.o. 3.2.

¹⁴⁸ Zie voor een voorbeeld van een dergelijke uitspraak: ABRvS 20 december 2012, JV 2013/89 m. nt. Nissen.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2014/15, 32 317, nr. 254, p. 1.

Volgens de staatssecretaris is de zaak dus door het EHRM gegrond verklaard vanwege de bijzondere individuele omstandigheden en niet vanwege een vernieuwing in de Hof-jurisprudentie. De vraag komt dan op waarom de Nederlandse overheid en de rechters die over de zaak hebben geoordeeld de bijzondere casuïstiek niet hebben opgemerkt. De Nederlandse regering heeft in de procedure bij het Hof immers juist de stelling ingenomen dat er geen bijzondere omstandigheden waren.¹⁵⁰ De vraag komt dan toch op hoe het komt dat de Nederlandse autoriteiten een zo wezenlijk andere beoordeling van de zaak Jeunesse hebben gegeven dan het EHRM. Volgens de staatssecretaris ligt dat niet aan de uitspraak, want die bevat volgens hem slechts voort op bestaande jurisprudentie. Kennelijk liggen de gebreken dan dus elders; ofwel in de toepassing van artikel 8 EVRM door het bestuursorgaan, ofwel door de terughoudende rechterlijke controle daarop.

Opvallend is verder dat de staatssecretaris zowel in zijn standpunt bij het Hof, als in zijn analyse van de uitspraak achteraf vaak de term ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ of in het Engels ‘*highly exceptional circumstances*’ gebruikt. De term is terug te voeren op de jurisprudentie van het Hof. Het is een vaste lijn in de jurisprudentie van het EHRM dat gezinsleven dat is aangegaan gedurende een periode waarbij de betrokkenen zich bewust waren van het onrechtmatig verblijf van één van hen alleen in ‘uitzonderlijke omstandigheden’ beschermenswaardig is op basis van artikel 8 EVRM.¹⁵¹ Opvallend is dat waar het Hof het heeft over ‘uitzonderlijke omstandigheden’ of over ‘*exceptional circumstances*’, de staatssecretaris daar ‘*zeer uitzonderlijke omstandigheden*’ of “*highly exceptional circumstances*” van maakt. Wellicht kan dit af worden gedaan als een onschuldige vertaalfout, maar het lijkt toch ook wat te zeggen over de zeer restrictieve toetsing die de IND in de praktijk toepast. In de praktijk komt het er bijvoorbeeld vaak op neer¹⁵², dat geen ‘*exceptional circumstances*’ aangenomen worden om het enkele feit dat er geen ‘*insurmountable obstacles*’ zijn om het gezinsleven in een ander land of op andere wijze uit te oefenen. Uit diverse zaken blijkt echter dat deze twee aspecten voor het Hof niet samenvallen.¹⁵³

Anders dan de staatssecretaris in zijn brief stelt, zijn er twee nieuwe elementen te ontdekken in de Jeunesse-zaak.

- 1) De rol van nationaliteit. De staatssecretaris merkt op dat nationaliteit zwaar wordt meegewogen in de zaak Jeunesse. Voor zover bekend heeft het Hof dat in vergelijkbare zaken nooit op deze wijze gedaan. In de zaak *Genovese t. Malta* (EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, JV 2012/107), waarbij het Hof zich uitsprekt over de weigering door Malta om iemand de Maltese nationaliteit te verlenen, neemt het Hof weliswaar aan dat nationaliteit deel is van iemands ‘sociale identiteit’ en dat ‘sociale identiteit’ wordt beschermd onder het recht op privéleven in artikel 8 EVRM, maar in gezinsmigratiezaken heeft dit tot op heden geen gevolgen gehad.¹⁵⁴ De rol van nationaliteit in de Jeunesse-zaak is dus wel degelijk een vernieuwing. Zelfs de ex-Nederlandse nationaliteit van

150 EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland*, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles, par. 90 en 92.

151 EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues da Silva t. Nederland*, JV 2006/90 m. nt. Boeles, par. 39; EHRM 31 juli 2008, *Darren Omoregie t. Noorwegen*, JV 2008/330 m. nt. Boeles, par. 57; EHRM 3 november 2011, *Arvelo Aponte t. Nederland*, JV 2012/3, par. 55; EHRM 12 februari 2012, *Antwi t. Noorwegen*, JV 2012/170 m. nt. Van Walsum en RV 2012/18 m. nt. Werner, par. 89; EHRM 24 juli 2014, *Kaplan e.a. t. Noorwegen*, JV 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 81; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland*, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 108.

152 EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland*, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles, par. 90.

153 Zie bijvoorbeeld: EHRM 4 december 2012, *Butt t. Noorwegen*, 47017/19, JV 2013/85 m. nt. M. Stronks, par. 88; EHRM 24 juli 2014, *Kaplan e.a. t. Noorwegen*, 32504/11, JV 2014/320 m. digi-nt. J. Werner par. 86; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland*, 12738/10, JV 2014/343 m. nt. Boeles, par. 117.

154 Zo schrijft Sarah van Walsum in 2012 in haar noot bij de met de Jeunesse-zaak vergelijkbare zaak *Antwi* (EHRM 14 februari 2012, *Antwi t. Noorwegen*, 26940/10, JV 2012/170): “Wat ook opvalt is dat het EHRM, in zijn vergelijking van *Antwi* met *Nunez*, geen betekenis hecht aan het gegeven dat het kind van *Antwi* wel de nationaliteit heeft van de lidstaat waar zij verblijft, terwijl dit niet het geval was bij de kinderen van *Nunez*. Sterker nog, ervan uitgaand dat het verblijfsrecht van die kinderen afhankelijk was van dat van hun moeder, lijkt het waarschijnlijk dat die kinderen niet eens recht hadden op verblijf. In zijn uitspraak in de zaak *Genovese t. Malta* van 11 oktober 2011 (nr. 53124/09, JV 2012/107, ve12000225) oordeelde het EHRM dat nationaliteit, als deel van de sociale identiteit van een persoon, diens privéleven betreft, en dus binnen de reikwijdte valt van artikel 8 EVRM. Gelet hierop, is het voor mij de vraag of het privéleven dat een kind met de nationaliteit van een lidstaat opbouwt binnen de samenleving van die lidstaat, niet uitdrukkelijker zou moeten worden meegewogen binnen de proportionaliteitstoets dan tot nu toe het geval is geweest.” Waar Van Walsum naar aanleiding van *Antwi* dus nog kritiek heeft op het Hof vanwege het niet-meewegen van de nationaliteit van de betrokkenen, daar doet het Hof dat wel in *Jeunesse*.

moeder wordt meegewogen en het feit dat zij die onvrijwillig is kwijtgeraakt bij de onafhankelijkheid van Suriname.¹⁵⁵

- 2) Het tweede element is de uitvoerige toetsing aan het 'belang van het kind'. De toetsing aan het 'belang van het kind' is ontleend aan artikel 3 IVRK. Dat is op zich niet nieuw, al heeft het in de Nederlandse praktijk nooit veel navolging genoten. Wel vernieuwend is de uitleg die het EHRM geeft over het gewicht dat aan het belang toekomt en wat het op nationaal niveau verwacht bij de behandeling van kinderbelangen.

Met betrekking tot het gewicht dat aan het 'belang van het kind' toekomt, spreekt het EHRM enerzijds dat dit gewicht 'paramount' is en anderzijds dat het 'belang niet op zichzelf beslissend kan zijn'.¹⁵⁶ In zijn brief van 30 oktober 2014 geeft de staatssecretaris daar een eigen uitleg aan. Hij schrijft: "*het is een onderdeel [van de belangenafweging], niet doorslaggevend ("paramount but not decisive")*". Met andere woorden: het 'belang van het kind' moet worden meegewogen in de belangenafweging net zoals andere belangen. Door zo te redeneren lijkt de staatssecretaris geheel te missen wat de toegevoegde waarde is van het Jeunesse-arrest voor de toetsing aan het 'belang van het kind'. Het EHRM sluit weliswaar niet uit dat andere belangen de doorslag geven, maar merkt het 'belang van het kind' wel aan als het in het beginsel zwaarst wegende belang.

Over hoe de 'belang van het kind'-toets concreet toegepast moet worden, merkt het EHRM op dat bewijs over de positie van de kinderen beoordeeld moet worden door te kijken naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit ("*practicality, feasibility and proportionality*") van de uitzetting van een buitenlandse ouder. Een dergelijk bijzondere proportionaliteitstoetsing voor één aspect van de totale belangenafweging, het 'belang van het kind', is uniek. Verder worden alle belangen als in beginsel redelijk gelijkwaardig tegen elkaar afgewogen, alleen het 'belang van het kind' kent een eigen specifieke proportionaliteitstoets. Een dergelijke toets zal ook consequenties moeten hebben voor de nationale rechterlijke toetsing. De eerder beschreven toetsing van de Afdeling, waarbij de nadruk ligt op het toetsen of alle belangen zijn meegenomen en slechts terughoudend wordt getoetst hoe de belangen tegen elkaar zijn afgewogen, kan geen stand houden gelet op dit oordeel van het EHRM.

Voor de toetsing aan het 'belang van het kind' zou het voor alle betrokken partijen behulpzaam zijn als de toetsing aan het 'belang van het kind' meer concreet opgenomen zou worden in de wetgeving en/of het beleid.

Zoals al eerder in dit document is vermeld, stelt de staatssecretaris zich in zijn brief aan de Kamer op het standpunt dat de zaak Jeunesse geen aanleiding geeft om het beleid aan te passen. Op een aantal punten is in het bovenstaande wel al een aantal mogelijke wijzigingen gesuggereerd. De staatssecretaris noemt ondanks zijn algemene standpunt twee punten die hij toch wil wijzigen, zo schrijft hij: "*Het EHRM acht een actieve inspanning van de overheid dus essentieel. Daarom zal ik de betrokkenheid van de Dienst Terugkeer en Vertrek bij reguliere zaken uitbreiden.(...) De uitspraak geeft mij geen reden tot aanpassingen in het gezinsherenigingsbeleid. Wel zal de uitvoering naar aanleiding van de uitspraak worden geïnstrueerd aan de betreffende wegingsfactoren moet worden toegekend ten behoeve van een "fair balance". De Handleiding Artikel 8 EVRM zal daartoe worden aangepast*".¹⁵⁷

¹⁵⁵ De betekenis van nationaliteit had echter in potentie nog veel verder kunnen gaan, maar die stap heeft het Hof niet willen zetten. Boeles bekritiseert dit in zijn noot bij het Jeunesse-arrest (JV 2014/343): "*Het Hof besteedt geen aandacht aan het recht van de kinderen om in eigen land te verblijven zoals dat is gewaarborgd in artikel 3 Vierde protocol EVRM.*"

¹⁵⁶ EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles, par. 109.

¹⁵⁷ Kamerstukken II 2014/15, 32 317, nr. 254, p. 2.

Opvallend is dat de staatssecretaris weinig reden tot verandering ziet, maar in de uitspraak juist wel een reden ziet om de activiteiten van de DT&V uit te breiden. Op dit vlak bevat de uitspraak van het EHRM nou juist helemaal niets nieuws.¹⁵⁸

Op 22 mei 2015, zeven maanden na de uitspraak Jeunesse, is de gewijzigde werkinstructie artikel 8 EVRM gepubliceerd¹⁵⁹. Positief is dat in deze werkinstructie nu voor het eerst uitdrukkelijk wordt erkend dat het langdurig ontbreken van inspanningen van de overheid om terugkeer te bevorderen in het nadeel van de overheid moet worden meegewogen in de belangenafweging. Bovendien is erkend dat ook indien er geen objectieve belemmeringen bestaan om het gezinsleven elders uit te oefenen, er sprake kan zijn van andere omstandigheden die deze uitoefening moeilijk maken ('subjectieve belemmeringen'¹⁶⁰) en is er meer aandacht voor banden die kinderen in Nederland hebben opgebouwd. Hoewel op deze manier enkele voor kinderen relevante belangen specifiek worden benoemd, is het opvallend dat in de paragraaf over de belangenafweging het 'belang van het kind' niet expliciet wordt genoemd. Bovendien geeft de werkinstructie nu ten onrechte geen aanwijzingen over het gewicht dat aan het belang van het kind moet worden gehecht. Terwijl het Hof het 'belang van het kind' in Jeunesse toch heeft erkend als het in beginsel zwaarstwegende belang (zonder daarmee overigens te zeggen dat het daarmee in zichzelf al beslissend zou zijn in elke belangenafweging).

Tot slot, de uitspraak Jeunesse bevat een nieuw criterium: nationale autoriteiten moeten altijd aandacht besteden aan en bewijs beoordelen over de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een uitzetting van een ouder in het kader van het belang van het kind. Het is opmerkelijk dat juist dit criterium, dat zo nadrukkelijk aan de nationale autoriteiten is gericht, niet is opgenomen in de werkinstructie.

Conclusie

Artikel 8 EVRM bevat het recht op respect voor het privé- en gezinsleven. Dit verdragsartikel fungeert in de praktijk als de ondergrens voor het Nederlands- en Europees gezinsmigratiebeleid. Het hebben van gezinsleven met iemand die verblijfsrecht heeft op het grondgebied van een verdragsstaat van het EVRM, brengt niet automatisch het recht met zich mee om dit gezinsleven uit te oefenen in dat land. Er moet een *fair balance* worden gevonden tussen de concurrerende belangen van de Staat en de vreemdeling. In de jurisprudentie van het Hof is bij het vinden van een *fair balance* steeds vaker aandacht gekomen voor kindspecifieke belangen. Er bestaat een *margin of appreciation* voor de staat. In het algemeen overweegt het Hof dat in zaken waarbij het gezinsleven is aangegaan terwijl de verblijfsstatus van één van de betrokkenen onzeker was en de gezinsleden zich hier bewust van waren, de uitzetting dan slechts in *exceptional circumstances* in strijd komt met artikel 8 EVRM. Vanuit het perspectief van het kind is het problematische aan dit toetsingskader dat (jonge) kinderen zich vaak niet bewust zullen zijn van de onzekere verblijfsstatus van zichzelf of hun gezinsleden. Bovendien zijn kinderen vrijwel nooit verantwoordelijk voor het aangaan van gezins- of privéleven gedurende verblijfsrechtelijk onzekere omstandigheden.

In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste zaken weergegeven over de wijze waarop het EHRM gewicht toekent aan de belangen van kinderen. Factoren die in deze uitspraken onder andere van belang worden geacht, zijn; de leeftijd van de betrokken kinderen, sociale en culturele banden, waar de vormende jaren zijn doorgebracht en onderwijs is genoten, of de kinderen stress hebben ervaren, waar het kind is geboren en welke taal het spreekt, nationaliteit, mate van integratie, de medische situatie van het kind, de situatie in het land van herkomst en de mate van afhankelijkheid van het

¹⁵⁸ In diverse zaken heeft het EHRM al vergelijkbaar geoordeeld als in de zaak Jeunesse als het gaat om de rol van de overheid bij het langdurig tolereren van onrechtmatig verblijvende personen (vgl. de zaken: EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum, par. 82; EHRM 20 september 2011, A.A. t. het VK, nr. 8000/08, JV 2011/484, m.nt. Van Walsum, par. 61; EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, 47017/19, JV 2013/85 m. nt. M. Stronks, par. 84; EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, 32504/11, JV 2014/320 m. digi-nt. J. Werner, par. 96).

¹⁵⁹ Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2014/15, 32 317, nr. 282.

¹⁶⁰ De term 'subjectieve belemmeringen' zet deze omstandigheden ten onrechte af tegen objectieve belemmeringen. In feite gaat het om omstandigheden die niet perse een belemmering zijn, maar die het uitoefenen van gezinsleven buiten Nederland wel kunnen bemoeilijken. Het is daarbij niet per definitie uitgesloten dat deze omstandigheden objectiveerbaar kunnen zijn.

kind ten opzichte van de ouders, ouderlijk gezag, of lang is gewacht met (de beslissing tot) uitzetting, of er sprake is van een misdrijf en of iemand een verblijfsvergunning had kunnen hebben wanneer deze was aangevraagd.

In diverse gezinsmigratiezaken heeft het Hof bij de toetsing aan het ‘belang van het kind’ verwezen naar een eerder door het EHRM gewezen kinderontvoeringszaak. Het betreft het Neulinger-arrest en in dit arrest gaat het Hof wel uitgebreid in op de inhoudelijke betekenis van het ‘belang van het kind’ en hoe dit begrip in individuele zaken vastgesteld moet worden. Na eerst vastgesteld te hebben dat het belang van het kind twee pijlers kent – 1) het belang om de band met zijn/haar familie te behouden, tenzij een uitzonderlijke situatie zich hiertegen verzet; 2) het belang om zich in een veilige situatie te ontwikkelen – geeft het EHRM aan dat bij het vaststellen van het belang van het kind vereist is dat steeds op individueel niveau naar het ontwikkelingsperspectief van het kind gekeken wordt. Daarbij zijn volgens het EHRM leeftijd, rijpheid, aan- of afwezigheid van ouders, omgeving en ervaringen van het kind belangrijke factoren. In de nationale procedure dient een diepgaande analyse gemaakt te worden van de hele familiesituatie, waarbij feitelijke, emotionele, psychologische, materiële en medische aspecten onderdeel uit dienen te maken van de belangenafweging. Over de belangenafweging stelt het EHRM in het Neulinger-arrest dat er een internationale consensus bestaat dat het belang van het kind “*must be paramount in all actions concerning children*”.

In de baanbrekende *Jeunesse-zaak* verschaft het Hof meer duidelijkheid over het gewicht dat het ‘belang van het kind’ toekomt in de bredere belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM. Het Hof overweegt dat er een brede consensus bestaat dat in zaken die kinderen aangaan ‘het belang van het kind’ het meest gewichtige belang is. Desalniettemin kan het ‘belang van het kind’ niet alleen beslissend zijn in een zaak, maar aangenomen moet worden dat het ‘belang van het kind’ per definitie een aanzienlijk gewicht heeft. In nationale besluitvormingsprocedures dienen besluitvormingsorganen bij het beoordelen van aangedragen bewijs acht te slaan en onderzoek te doen naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een verwijdering van een buitenlandse ouder en zodoende effectieve bescherming en voldoende gewicht te geven aan het ‘belang van het kind’.

Geen woord is er in het Nederlands beleid over artikel 8 EVRM opgenomen over de positie van minderjarige kinderen. Aangenomen moet worden dat afhankelijk van de casus van een individuele zaak het specifieke belang van daarbij betrokken kinderen kan worden meegenomen. De wijze waarop en welk gewicht het ‘belang van het kind’ krijgt ten opzichte van andere belangen blijft echter volkomen onduidelijk.

In de nationale jurisprudentie over artikel 8 EVRM is aangenomen dat de rechter vol dient te toetsen of de staatssecretaris alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken. Indien de rechter meent dat dit het geval is, dient de rechter de uitkomst van de belangenafweging echter slechts terughoudend te toetsen. Deze toetsingsmethodiek verschilt fundamenteel van de toetsing door het EHRM in dit soort zaken. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft kort samengevat al vrede met het feit dat de positie van het kind is meegenomen in de belangenafweging, terwijl het EHRM blijkens de *Jeunesse-zaak* om een effectieve bescherming van het ‘belang van het kind’ mogelijk te maken, verwacht dat wordt gekeken naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een verwijdering van een buitenlandse ouder.

Een ander aspect in de Nederlandse toetsing aan artikel 8 EVRM is dat bij een beroep op een arrest waar de betekenis van de ‘belang van het kind’-toets van groot gewicht was, de relevantie van een dergelijk arrest vaak wordt teruggebracht tot een situatie die vrijwel exact dezelfde casuïstiek bevat. Het meer algemene feit dat uit de Hof-jurisprudentie is af te leiden dat het ‘belang van het kind’ een groot gewicht kent in de belangenafweging wordt vaak niet erkend. Bovendien valt uit het Neulinger-arrest en het *Jeunesse-arrest* een algemeen toetsingskader af te leiden over hoe het ‘belang van het kind’ in de context van een artikel 8 EVRM-toets vastgesteld moet worden en moet worden afgewogen tegen andere belangen.

Aanbevelingen

Voor de Staat:

- Neem een concrete toetsing aan het 'belang van het kind' op in wetgeving en/of het beleid over artikel 8 EVRM. Hierin is vastgelegd dat het 'belang van het kind' dient te gelden als het zwaarstwegende belang, gezien ten opzichte van andere individuele belangen. In een belangenafweging kunnen andere belangen voor gaan, mits afdoende wordt gemotiveerd waarom dat in dit specifieke geval zo is.

Voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst als uitvoerder voor de Staat:

- Verzamel in navolging van de jurisprudentie van het EHRM actief informatie bij zaken waar kinderen bij zijn betrokken. Schakel deskundigen in om het 'belang van het kind' te laten onderzoeken. Dit deskundigenrapport dient expliciet meegenomen te worden in de verdere belangenafweging. In het Neulinger-arrest wordt een duidelijke methode gegeven voor hoe in individuele procedures omgegaan moet worden met het belang van het kind. Op individueel niveau moet naar het ontwikkelingsperspectief van het kind worden gekeken. Daarbij zijn volgens het EHRM leeftijd, rijpheid, aan- of afwezigheid van ouders, omgeving en ervaringen van het kind belangrijke factoren. In de nationale procedure dient een diepgaande analyse gemaakt te worden van de hele familiesituatie, waarbij feitelijke, emotionele, psychologische, materiële en medische aspecten onderdeel uit dienen te maken van de belangenafweging.
- Onderzoek de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een negatief besluit voor het bij de zaak betrokken kind of kinderen.
- Laat expliciet in de motivering van het besluit de afweging van belangen zien. Toon daarbij aan dat het 'belang van het kind' is gewogen conform de Hof-jurisprudentie.

Voor de rechterlijke macht:

- Beoordeel in lijn met de artikel 8 EVRM jurisprudentie, hoe de 'belang van het kind'-toets concreet is toegepast, door te kijken naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van de uitzetting van een buitenlandse ouder. Een dergelijke toets zal ook consequenties moeten hebben voor de nationale rechterlijke toetsing. De lijn van de Afdeling, waarbij de nadruk ligt op het toetsen of alle belangen zijn meegenomen en slechts terughoudend wordt getoetst hoe de belangen tegen elkaar zijn afgewogen, kan geen stand houden gelet op het oordeel van het EHRM in de Jeunesse-zaak.

3. HET RECHT VAN DE EUROPESE UNIE: HET 'BELANG VAN HET KIND' BIJ GEZINSLEVEN

Inleiding

Het recht van de Europese Unie (EU) heeft op meerdere manieren invloed op de nationale regelgeving aangaande gezinsmigratie in de verschillende lidstaten. De belangrijkste bronnen uit de EU die van invloed zijn op het Nederlandse gezinsmigratiebeleid zijn; het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, de Gezinsherenigingsrichtlijn¹⁶¹ en de verplichtingen die voortvloeien uit het Unieburgerschap. Binnen de EU is al jaren sprake van een toenemende aandacht voor en invloed van kinderrechten. In dit hoofdstuk wordt op deze invloed ingegaan en geanalyseerd welke betekenis daaraan toekomt. De volgende deelvragen worden daarbij behandeld:

1. Wat is de positie van kinderrechten binnen de Europese Unie?
2. Welke betekenis komt toe aan de Gezinsherenigingsrichtlijn?
3. Wat is de betekenis van het Unieburgerschap en het Zambrano-arrest?
4. Welke handvatten werden er in opvolgende arresten gegeven over afhankelijk verblijfsrecht?
5. Wat heeft het Zambrano-criterium voor gevolgen? Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van een analyse van het criterium.
6. Op welke wijze past Nederland de Gezinsherenigingsrichtlijn en het Zambrano-criterium toe?

3.1 Kinderrechten binnen de EU

Van oudsher kennen de EU en haar voorgangers weinig relevantie voor de toepassing van kinderrechten. De aandacht van het Europese samenwerkingsproject concentreerde zich oorspronkelijk vooral op onderwerpen die aan de economie gerelateerd waren. Waar er binnen de EU wel rechten aan kinderen werden gegeven, was hun rechtspositie vaak afhankelijk van hun ouders of familie.¹⁶² In de loop der jaren is de invloed van de EU echter groter geworden en is er ook steeds meer aandacht gekomen voor kinderrechten.¹⁶³

In artikel 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie uit 1992 is opgenomen dat de Europese Unie de bescherming van de rechten van het kind bevordert. In 2006 publiceerde de Europese Commissie (EC) de mededeling 'Naar een EU-strategie voor de rechten van het kind'. In deze mededeling benadrukt de EC het belang van kinderrechten voor het werk van de EU en verwijst daarbij rechtstreeks naar het IVRK.¹⁶⁴ Eveneens in 2006 erkent het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJEG) dat hoewel de Gemeenschap geen partij is bij het IVRK, het Hof wel erkenning en bescherming geeft aan grondrechten in de vorm van algemene beginselen van het Unierecht. Voor de vraag welke grondrechten hieronder vallen, laat het Hof zich leiden door de gezamenlijke constitutionele tradities van de lidstaten en door internationale rechtsinstrumenten inzake de rechten van de mens waarbij lidstaten betrokken zijn of waarbij zij zijn aangesloten.¹⁶⁵ Het Hof erkent op deze wijze dat de bepalingen uit het IVRK onderdeel uitmaken van de grondrechten die als algemene beginselen van het Unierecht door het Hof worden beschermd.¹⁶⁶

Op diverse plekken in EU-regelgeving zijn bepalingen te vinden over het 'belang van het kind'. Ook in de richtlijnen over asiel en migratie zijn kindspecifieke bepalingen opgenomen. Hoewel dit chronologisch gezien niet geheel correct is, moet artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: het Handvest) als hiërarchisch fundament worden gezien van de kinderrechtelijke bepalingen van de Europese Unie. Het Handvest is al in 2000 aangenomen, maar pas met het Verdrag van Lissabon in 2009 is het een juridisch bindend document geworden.

¹⁶¹ Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging.

¹⁶² McGlynn 2002, p. 389-390.

¹⁶³ Stalford 2012, p. 5-7.

¹⁶⁴ COM(2006) 367 definitief.

¹⁶⁵ Hoewel de EU dus zelf geen partij is, hebben alle afzonderlijke lidstaten van de EU het IVRK overigens wel geratificeerd.

¹⁶⁶ Boeles, Den Heijer, Lodder en Wouters 2014, p. 45.

Op basis van artikel 51 lid 1 Handvest zijn lidstaten enkel aan het Handvest gebonden indien zij uitvoering geven aan het recht van de Europese Unie.

Artikel 24 Handvest luidt als volgt:

1. *Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in aangelegenheden die hen betreffen wordt passend belang gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid.*
2. *Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.*
3. *Ieder kind heeft er recht op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.*

Volgens de officiële toelichting bij het Handvest is artikel 24 Handvest gebaseerd op het IVRK, in het bijzonder op de artikelen 3 (het belang van het kind als primaire overweging), 9 (recht op rechtstreeks contact met ouders en persoonlijke betrekkingen op regelmatige basis), 12 (recht om te worden gehoord) en 13 (recht op vrijheid van meningsuiting) IVRK. Geen toelichting wordt gegeven waarom nu juist voor deze IVRK-artikelen is gekozen en niet voor andere. Men had immers het IVRK ook kunnen samenvatten door de kernbeginselen van het verdrag over te nemen; de artikelen 2, 3, 6 en 12 IVRK.¹⁶⁷ Maar kennelijk is er een andere keuze gemaakt.¹⁶⁸ In de Toelichtingen op het Handvest wordt artikel 24 lid 3 Handvest vooral in verband gebracht met het bezoekrecht in grensoverschrijdende civiele zaken.¹⁶⁹

De toelichting roept meer vragen op dan dat er worden beantwoord. Lid 3 van artikel 24 Handvest is gebaseerd op artikel 9 IVRK, maar gaat minder ver dan het laatstgenoemde artikel. Artikel 9 IVRK geeft niet alleen recht op *“regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden”*, maar verbiedt ook het van elkaar scheiden van ouders en kinderen. De opmerking dat artikel 24 Handvest in het algemeen is gebaseerd op het IVRK en op de genoemde artikelen in het bijzonder, roept dan de vraag op hoe de verhouding ligt tussen de algemene inspiratie uit het IVRK en de bijzondere inspiratie voor artikel 24 Handvest. Meer concreet is de vraag welke betekenis nog toekomt aan de niet-genoemde IVRK-artikelen en welke bedoeling er achter ligt om aan artikel 24 lid 3 Handvest een enigszins beperkte relevantie toe te kennen? Het was voor de toepassing van het IVRK binnen de sfeer van de Unie ook nuttiger geweest als men bepalingen uit het IVRK had gekoppeld aan verwante bepalingen binnen het Handvest; door bijvoorbeeld artikel 9 en 10 IVRK te clusteren met artikel 7 Handvest (recht op familieleven).¹⁷⁰

Hoewel er kritiek mogelijk is op de enigszins arbitraire keuzes die ten grondslag liggen aan artikel 24 Handvest en deze wellicht ook onduidelijkheid creëert, is het een feit dat het artikel kinderrechten een centrale positie geeft binnen de EU. Uit jurisprudentie van het HvJEU volgt bovendien dat het Handvest moet worden gezien als een tekst die uitdrukking geeft aan de algemene beginselen van het Unierecht.¹⁷¹ Ook wanneer deze beginselen in het Handvest onvolledig worden weergegeven of beperkt geadresseerd zijn, gelden zij nog steeds volledig als Unierechtelijk beginsel.¹⁷²

167 Zie over deze kernbeginselen uitgebreider hoofdstuk 1.

168 McGlynn, 2002, p. 394.

169 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrecht, (2007/C 303/02).

170 Zie voor vergelijkbare kritiek: Stalford 2012, p. 42-43.

171 HvJEG 26 juni 2006, Parlement t. de Raad, JV 2006/313 m. nt. Boeles, punt 38. Zie hierover ook: Boeles, den Heijer, Lodder en Wouters 2014, p. 45.

172 HvJEU 11 december 2014, Boudjlida, ECLI:EU:C:2014:2431, punt 30-35.

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is het Handvest een juridisch bindend document geworden. Concretisering van artikel 24 Handvest zal voor een belangrijk deel afhankelijk zijn van de toepassing van de kinderrechten in de sfeer van specifieke beleidsterreinen.¹⁷³

Uit een aantal arresten van het Hof van Justitie van de EU blijkt in ieder geval welke grote betekenis het Hof toekent aan artikel 24 Handvest. Zo overweegt het HvJEU in het arrest Deticek¹⁷⁴ dat het recht van het kind om persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden uit lid 3 van artikel 24 Handvest een onbetwistbaar recht van elk kind is. Bepalingen van Unierecht kunnen volgens het HvJEU niet op een wijze worden uitgelegd die maakt dat dit grondrecht zou worden geschonden. Van het belang van het kind om persoonlijke betrekkingen met zijn beide ouders te kunnen onderhouden, kan volgens het Hof slechts worden afgeweken indien dergelijk contact strijdig zou zijn met het belang van het kind. Het Hof van Justitie past in het hier aangehaalde Deticek-arrest het Handvest toe in de context van artikel 20 van Verordening 2201/2003 (over huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheden).¹⁷⁵ Gezien de hiërarchische verhouding van het Handvest heeft het oordeel van het Hof over de betekenis van artikel 24 een breder bereik en is het bijvoorbeeld ook van toepassing op de Gezinsherenigingsrichtlijn.

Ook uit andere arresten blijkt dat het Hof van Justitie bereid is om aan het ‘belang van het kind’ een groot gewicht toe te kennen. Zo heeft het Hof op 6 juni 2013 op basis van artikel 24 lid 2 Handvest het belang erkend van snelle en korte procedures voor alleenstaande minderjarige asielzoekers.¹⁷⁶ Dit belang geldt in bijzondere mate voor alleenstaande minderjarigen asielzoekers omdat zij een kwetsbare groep zijn. Maar dit belang geldt ook voor minderjarigen in gezinsherenigingsprocedures. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het vereiste van ‘spoed’ dat artikel 10 IVRK aan de behandeling van verzoeken om gezinshereniging stelt. De verwachting is dan ook dat het Hof van Justitie het belang van snelle en korte procedures ook uit artikel 24 Handvest zal afleiden wanneer het gaat om procedures van kinderen die gescheiden zijn van hun ouder(s) of door een dergelijke procedure gescheiden dreigen te raken.

Uit de aangehaalde zaken blijkt dat het HvJEU het nog relatief jonge Handvest een stevige positie durft te geven. Bepalingen uit het Unierecht mogen niet worden uitgelegd op een manier die strijdig is met de kinderrechten die zijn opgenomen in artikel 24 Handvest. Hoe het begrip ‘*primary consideration*’ precies gewogen wordt door het Hof van Justitie bij belangen van kinderen laat zich uit de aangehaalde jurisprudentie nog niet precies afleiden. Wel is duidelijk dat het Hof een afweging in het voordeel van het ‘belang van het kind’ geboden acht indien de belangen van het kind evident worden geschaad door een specifieke uitleg van een Unierechtelijke bepaling.

3.2 Gezinsherenigingsrichtlijn

In 2003 is de Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI) vastgesteld. Deze Richtlijn bevat belangrijke bepalingen over gezinsmigratie, die een aanzienlijke toevoeging betekenen op het beschermingsniveau dat artikel 8 EVRM biedt. De GRI erkent onder voorwaarden een subjectief recht op gezinshereniging. Bovendien verplicht de GRI lidstaten om de GRI toe te passen vanuit het doel van de Richtlijn om gezinshereniging te bevorderen. Wanneer de GRI van toepassing is, zijn lidstaten bij de uitvoering daarvan automatisch ook gebonden aan het Handvest van de Grondrechten van de EU (Handvest) en de algemene beginselen van het Unierecht.

De Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI) heeft in beginsel een beperkt werkingsbereik; de richtlijn ziet op de gezinshereniging van zogenaamde derdelanders. Daarmee wordt bedoeld op de vreemdelingen die geen burger van de Europese Unie zijn.¹⁷⁷ Voor nationale onderdanen heeft de GRI dus in

¹⁷³ Zie voor een overzicht van de relaties tussen verschillende terreinen van EU-recht en kinderrechten: http://www.connectproject.eu/detailed_table.html

¹⁷⁴ HvJEU 23 december 2009, C-403/09 Deticek.

¹⁷⁵ Verordening (EG) nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000.

¹⁷⁶ HvJEU 6 juni 2013, C-648/11, JV 2013/250, pnt. 61.

¹⁷⁷ Artikel 2 onder a GRI.

principe geen betekenis. Dat kan echter anders zijn indien in nationaal recht de Gri (of delen ervan) ook rechtstreeks en onvoorwaardelijk worden toegepast op onderdanen van de Unie.¹⁷⁸

De Gri heeft als doel om de nationale regelgeving van EU-landen over de positie van derdelanders meer met elkaar in overeenstemming te brengen, de integratie en rechtspositie van derdelanders te verbeteren en vergelijkbaar te maken met de positie van nationale onderdanen.¹⁷⁹ Gezinshereniging wordt gezien als een belangrijk middel om de integratie van derdelanders te verbeteren.¹⁸⁰ Hoewel het onderhandelingsproces over de Gri een langdurig proces was, is deze doelstelling uit de preambule van de Gri tijdens het totstandkomingsproces zo goed als ongewijzigd gebleven.¹⁸¹

De Gezinsherenigingsrichtlijn staat lidstaten toe om in hun gezinsherenigingsbeleid een limitatief aantal voorwaarden te stellen. Artikel 7 Gri staat lidstaten toe om gezinshereniging te verbinden aan het hebben van een ziektekostenverzekering, van huisvesting en stabiele en regelmatige inkomsten. Ook mogen de lidstaten integratievoorwaarden opleggen.

De Gri bevat een aantal bepalingen die specifiek op kinderen zijn gericht. In overweging 11 van de preambule is bepaald dat bij de uitoefening van het recht op gezinshereniging het noodzakelijk is dat de door de lidstaten erkende waarden en beginselen worden geëerbiedigd. De rechten van kinderen worden hierbij genoemd als een voorbeeld waarvoor dit in bijzondere mate geldt. In artikel 5 lid 5 Gri is een specifieke bepaling opgenomen over de positie van kindbelangen, waarin staat dat de lidstaten er bij de behandeling van gezinsherenigingsverzoeken ervoor zorgen dat ‘terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen’.

Artikel 5 lid 5 Gri raakt aan artikel 3 IVRK en artikel 24 Handvest. Waar die artikelen echter vereisen dat het belang van het kind een primaire overweging is, daar stelt artikel 5 lid 5 dat “*terdege rekening gehouden wordt met de belangen van minderjarigen*”. Een mogelijke interpretatie van artikel 5 lid 5 lijkt daarmee dat dit artikel minder ver gaat dan artikel 3 IVRK en artikel 24 Handvest. Gezien de hiërarchische verhouding tussen de Richtlijn en het Handvest is het aannemelijk dat artikel 5 lid 5 Gri uitgelegd zal worden aan de hand van de tekst van artikel 24 Handvest en dus wel verder zal gaan dan de overweging dat ‘terdege rekening gehouden wordt’ met de belangen van kinderen.¹⁸²

Artikel 5 lid 5 Gri wordt vaak in één adem genoemd met artikel 17 Gri. Artikel 17 luidt als volgt:

“In geval van afwijzing van een verzoek, intrekking of niet verlenging van een verblijfstitel, alsmede in geval van een verwijderingsmaatregel tegen de gezinshereniger of leden van diens gezin houden de lidstaten terdege rekening met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de lidstaat, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.”

Artikel 5 lid 5 en 17 worden de horizontale bepalingen van de Gri genoemd. Ze benadrukken de verplichting om individuele belangen te betrekken in gezinsherenigingszaken. In het eerste verslag van de Europese Commissie over de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn is te lezen dat veel lidstaten de horizontale bepalingen onvoldoende hebben omgezet in nationale regelgeving.¹⁸³ Nederland wordt als voorbeeld genoemd van één van de landen die ten onrechte dachten dat ze hierbij met een enkele verwijzing naar artikel 8 EVRM konden volstaan.

¹⁷⁸ HvJEU 7 november 2013, C-313/12, pnt. 21-23.

¹⁷⁹ Overweging 3 van de preambule Gri.

¹⁸⁰ Overweging 4 van de preambule Gri.

¹⁸¹ Strik 2011, p. 117-120.

¹⁸² Zie ook in deze zin: Reneman 2011, p. 355.

¹⁸³ (COM(2008) 610, p. 12.

3.2.1 Jurisprudentie

Het Hof van Justitie van de EU heeft inmiddels in een aantal belangrijke uitspraken richting gegeven aan de interpretatie van de Gezinsherenigingsrichtlijn. In het navolgende wordt op de belangrijkste tendensen van deze uitspraken ingegaan, de nadruk ligt daarbij op de zaak Parlement tegen de Raad; aangezien deze uitspraak specifiek ingaat op de verhouding tussen de Gezinsherenigingsrichtlijn enerzijds en mensen- en kinderrechten anderzijds.

Parlement t. de Raad

In 2006 doet het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voor het eerst uitspraak over de Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI). De zaak betreft een aantal door het Parlement aangevochten bijzondere voorwaarden uit de GRI.¹⁸⁴ Het Parlement vecht deze bepalingen aan omdat deze strijdig zouden zijn met beginselen van gemeenschapsrecht, meer concreet de grondrechten die daartoe worden gerekend. De aangevochten bepalingen zijn daarbij voor Nederland niet van belang, omdat Nederland geen gebruik maakt van de mogelijkheden die deze bepalingen aan lidstaten geeft. De uitspraak die het Hof van Justitie doet, is evenwel van groot belang voor de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn in het algemeen, alsmede voor de positie die het IVRK voor het Hof van Justitie heeft.

Bij de bepaling welke grondrechten tot de beginselen van het Gemeenschapsrecht behoren, laat het Hof zich leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale verdragen waarbij lidstaten zich hebben aangesloten. Aangezien alle lidstaten het IVRK hebben ondertekend, oordeelt het Hof van Justitie dat het IVRK tot de beginselen behoort waarvan het de eerbiediging verzekert.¹⁸⁵

Over de artikelen 9 en 10 IVRK en 7 en 24 Handvest (dat op het moment van deze uitspraak nog geen juridisch bindende tekst is), overweegt het HvJEG als volgt:

“Deze verschillende teksten leggen de nadruk op het belang van het gezinsleven voor het kind en bevelen de staten aan om rekening te houden met de belangen van het kind, maar scheppen geen subjectief recht voor de leden van een gezin om tot het grondgebied van een staat te worden toegelaten en mogen niet aldus worden uitgelegd dat zij de staten een zekere beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging.”¹⁸⁶

Enerzijds is uit deze tekst af te leiden dat het Hof van Justitie belang hecht aan zowel artikel 9 als artikel 10 IVRK bij gezinsherenigingszaken. Dat is in de Nederlandse jurisprudentie nog weleens anders geweest en in die zin van grote toegevoegde waarde.¹⁸⁷ Dat het Hof het begrip ‘belang van het kind’ invult aan de hand van de artikelen 9 en 10 IVRK is ook van belang. Aan de andere kant is het teleurstellend dat het Hof niet aangeeft welke toegevoegde waarde aan de artikelen 9 en 10 IVRK toekomt. Het Hof beperkt zich in feite tot de vaststelling dat deze verdragsbepalingen geen subjectief recht op gezinshereniging bevat. Dat is zonder enige twijfel een correcte vaststelling. Maar over op welke wijze artikel 9 en 10 IVRK dan toegepast moeten worden, is het Hof vaag. De overweging dat deze artikelen het belang van kinderen op gezinsleven benadrukken, is evenzeer correct maar helpt de praktische toepassing van deze artikelen niet veel verder vooruit.

Het Hof acht de door het Parlement bestreden bepalingen uit de GRI niet in strijd met het IVRK of andere grondrechten. Het Hof benadrukt dat de GRI een subjectief recht op gezinshereniging bevat;

¹⁸⁴ Het gaat om de volgende voorwaarden: artikel 4 lid 1 GRI laatste zin waarin is bepaald dat staten die in hun bestaande gezinsmigratiepraktijk integratievoorwaarden aan een kind van twaalf jaar of ouder stellen dit in uitzondering op de richtlijn kunnen blijven doen; artikel 4 lid 6 GRI dat staten die in hun gezinsmigratiepraktijk een maximumleeftijd van vijftien jaar hanteren dit in uitzondering op de GRI mogen doen; artikel 8 GRI dat enerzijds staten die in hun bestaande gezinsmigratiepraktijk een wachttermijn voor gezinshereniging van drie jaar hanteren toestaat om dit in uitzondering op de GRI te blijven doen en anderzijds in het algemeen lidstaten toestaat een wachttermijn van twee jaar te hanteren.

¹⁸⁵ HvJEG 26 juni 2006, Parlement t. de Raad, *JV* 2006/313 m. nt. Boeles, punt 35 en 37.

¹⁸⁶ HvJEG 26 juni 2006, Parlement t. de Raad, *JV* 2006/313 m. nt. Boeles, punt 57-59.

¹⁸⁷ Zie hierover ook de noot van Pieter Boeles in *JV* 2006/313 met verwijzing naar zijn eerdere noot in *RV* 1995/31.

wanneer een aanvraag aan de criteria uit de GRI voldoet, hebben lidstaten geen verdere *margin of appreciation* meer. Wanneer echter een aanvraag niet (volledig) aan de criteria voldoet, is er nog altijd een plicht om individuele belangen af te wegen. Daartoe verplichten artikel 5 lid 5 en artikel 17 van de GRI, maar uiteraard dienen daarbij ook de mensenrechtelijke bepalingen uit het IVRK en het EVRM te worden betrokken. Het niet voldoen aan de criteria, is daarmee op zichzelf nog niet voldoende grond om een aanvraag af te wijzen.¹⁸⁸ Ook in latere zaken benadrukt het Hof het belang van toetsing aan het ‘belang van het kind’ en van toetsing aan de concrete individuele omstandigheden wanneer getoetst wordt aan de door de Richtlijn erkende voorwaarden.¹⁸⁹

Interessant is daarbij dat het Hof van Justitie meermalen heeft benadrukt dat de toepassing van de Richtlijn altijd moet gebeuren vanuit het oogpunt “gezinshereniging te bevorderen”. Gezinshereniging is hoofdregel en uitgangspunt van de GRI; voorwaarden aan gezinshereniging moeten daarom strikt worden uitgelegd en Staten mogen hun handelingsvrijheid niet zo gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het doel en het nuttig effect van de Richtlijn.¹⁹⁰ Dit positieve uitgangspunt van het Hof en ook de uitwerking daarvan sluiten goed aan bij het algemene vereiste van welwillendheid bij gezinsherenigingsaanvragen dat is neergelegd in artikel 10 IVRK. Meer nog relevant aan dit basisuitgangspunt voor de toepassing van de Richtlijn is dat het de context waarin aan het ‘belang van het kind’ getoetst wordt, fundamenteel doet verschillen van de context waarbinnen aan het ‘belang van het kind’ getoetst wordt bij artikel 8 EVRM. Bij artikel 8 EVRM is het algemene uitgangspunt bij gezinsmigratie immers dat er geen recht op domiciliekeuze bestaat, bij de GRI is het uitgangspunt gezinshereniging. De toets aan het ‘belang van het kind’ is hier dus geen correctie of compensatie op een restrictief toetsingskader, maar een versterking van een toetsingskader dat op zichzelf een positieve basishouding ten opzichte van gezinshereniging heeft.

Vanuit kinderrechtelijk perspectief is er wel kritiek geweest op uitspraak Parlement tegen de Raad. Dat betreft dan met name de claim dat het Hof te weinig afstand zou nemen van overweging 12 van de preambule van de Richtlijn waar een te algemeen perspectief op de ontwikkeling van het kind weergegeven zou worden, terwijl de wijze waarop kinderen zich ontwikkelen zich moeilijk laat veralgemeniseren.¹⁹¹ Paradoxaal gezien is het in de positie van het Hof moeilijk om daar iets over te zeggen. Het Hof doet immers geen uitspraak in een individuele zaak, maar over de legitimiteit van enkele bepalingen uit de GRI in algemene zin. Nu de aangehaalde critici sterk de nadruk leggen op het individuele karakter van de ontwikkeling van kinderen, is het moeilijk voor het Hof om daar in algemene zin toch iets over te zeggen. Toch zou het een belangrijke toevoeging aan het arrest hebben gegeven als het Hof had geprobeerd om artikel 6 IVRK aan de toetsing aan de GRI toe te voegen en zo handvatten had gegeven voor de praktijk in individuele zaken.

3.2.2 Van Groenboek-discussie naar Richtsnoeren

In 2011 heeft de Europese Commissie (EC) een Groenboek¹⁹² uitgedaan over de Gezinsherenigingsrichtlijn. Doel was om aan de hand van een aantal vragen over de Richtlijn een maatschappelijke discussie op gang te brengen over de noodzaak om de Richtlijn open te breken en aan te passen. Naar aanleiding van deze discussie heeft de EC geconcludeerd dat de Gezinsherenigingsrichtlijn niet aangepast hoeft te worden, maar dat er wel behoefte is aan meer duidelijkheid over de toepassing en interpretatie van de Richtlijn. Om daartoe te komen heeft de EC op 3 april 2014 Richtsnoeren (of: Guidelines) ter verduidelijking van de Gezinsherenigingsrichtlijn

¹⁸⁸ HvJEG 26 juni 2006, Parlement t. de Raad, JV 2006/313 m. nt. Boeles, punt 60-65.

¹⁸⁹ HvJEU 6 december 2012, O, S & L, JV 2013/87, punt 75-80 en HvJEU 4 maart 2010, Chakroun, JV 2010/177 m. nt. Groenendijk, pnt. 48.

¹⁹⁰ HvJEU 4 maart 2010, Chakroun, JV 2010/177 m. nt. Groenendijk, pnt 43.

¹⁹¹ Zie: Drywood 2007 en Stalford 2012, p. 71. De kritiek gaat deels uit van een onjuiste lezing van een overweging van het arrest, waarin in feite alleen het standpunt van de Raad (als procespartij) wordt weergegeven en niet van het Hof. Wel snijdt deze kritiek hout voor zoverre het Hof wordt bekritiseerd dat het niet ingaat op de vraag naar het ontwikkelingsperspectief van kinderen bij gezinsherenigingsmigratie. Dit terwijl het ‘recht op ontwikkeling’ uit artikel 6 lid 2 IVRK toch vrij algemeen als een kernbeginsel van het IVRK wordt gezien.

¹⁹² (COM(2011) 735 definitief)

gepresenteerd.¹⁹³ De Richtsnoeren geven de huidige standpunten van de EC weer en kunnen veranderen. De standpunten zijn deels gebaseerd op uitspraken van het HvJEU over de Gezinsherenigingsrichtlijn, anderzijds op analoge toepassing van oordelen van het HvJEU over ander EU-recht en tot slot bevatten de Richtsnoeren aanbevelingen van de EC zonder een juridische grondslag.

In de Richtsnoeren wordt een aantal keren specifiek op de positie van kinderen ingegaan. Zo benadrukt de EC op meerdere plaatsen dat, conform artikel 5 lid 5 GRI terdege rekening gehouden moet worden met het 'belang van het kind' en op basis van artikel 17 GRI dat bij een afwijzing van een verzoek om gezinshereniging rekening gehouden moet worden met de individuele omstandigheden van het geval. Volgens de EC houdt artikel 5 lid 5 GRI de plicht in rekening te houden met het welzijn van het kind en met de situatie van het gezin. Hierbij verwijst de EC naar het beginsel van eerbiediging van het gezinsleven, zoals dit is neergelegd in het IVRK en het Handvest van de Grondrechten van de EU. De EC haalt verder rechtspraak van het HvJEU aan waarin is bepaald dat bij het vaststellen of in een individueel geval is voldaan aan de criteria voor gezinshereniging, deze vraag altijd beantwoord dient te worden in het licht van het recht op privé- en familielevens en de rechten van het kind.¹⁹⁴

Ook wordt aangehaald dat het HvJEU heeft erkend dat kinderen voor een volledige en harmonieuze ontplooiing van hun persoonlijkheid dienen op te groeien in een gezinsomgeving. De EC stelt mede daarom dat wanneer lidstaten een verzoek tot gezinshereniging behandelen, lidstaten er voor dienen te zorgen dat het kind niet tegen zijn wil van zijn ouders wordt gescheiden.¹⁹⁵ Dit is voor de Commissie slechts anders wanneer de belangen van de kinderen een dergelijke scheiding juist vereisen.¹⁹⁶

Hoewel de GRI lidstaten toestaat een limitatief aantal voorwaarden voor gezinshereniging te stellen, benadrukt de EC bij de bespreking daarvan steeds dat dit onverlet laat dat bij afwijzingen op basis van die voorwaarden altijd nog gekeken dient te worden naar de belangen van bij de zaak betrokken kinderen. Tot slot is het opvallend dat de EC lidstaten vanuit de behartiging van het 'belang van het kind' aanspoort om geen administratieve kosten in rekening te brengen bij gezinsherenigingsverzoeken die door kinderen zijn ingediend.¹⁹⁷

De Richtsnoeren van de EC zijn een belangrijke en nuttige interpretatie van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Op diverse plaatsen wordt de verplichting om individuele belangen bij de zaak te betrekken benadrukt (de horizontale bepalingen) en de betekenis van het 'belang van het kind' is zodoende stevig neergezet door de EC. In de Groenboek-discussie had Defence for Children ingezet op het komen tot aparte richtsnoeren die uitdrukking geven aan de betekenis en de wijze van toetsen aan het 'belang van het kind' in individuele gezinsherenigingsprocedures.¹⁹⁸ Zo ver heeft de EC echter nog niet willen gaan. Hoe nuttig de Richtsnoeren van de EC ook zijn, het blijft toch onbevredigend dat er nog geen nadere invulling is gegeven aan het begrip 'belang van het kind' c.q. aan het gewicht dat dit belang toekomt ten opzichte van andere belangen. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en uit diverse uitingen van de EC blijkt dat er toenemende aandacht is voor het 'belang van het kind' en een groeiende erkenning van de relevantie van dit kinderrechtelijk beginsel. Binnen de sfeer van de EU en binnen de sfeer van de Gezinsherenigingsrichtlijn blijft echter behoefte aan meer gezaghebbende interpretaties van hoe de kinderrechtelijke EU-beginselen in de praktijk toegepast moeten worden.

193 (COM)2014 2010 final.

194 COM(2014) 210 final, p. 26.

195 Opvallend is dat de EC dit oordeel aan het Hof van Justitie toeschrijft onder verwijzing naar het hierboven besproken arrest Parlement t. de Raad, terwijl het HvJ daarin eigenlijk alleen de tekst van artikel 9 IVRK weergeeft. De vraag is daarmee nog open welke betekenis artikel 9 IVRK voor het Hof van Justitie heeft in zaken die betrekking hebben op intrekking van een verblijfsvergunning van één van de leden van een gezin.

196 COM(2014) 210 final, p. 26.

197 COM(2014) 210 final, p. 9.

198 <http://www.defenceforchildren.nl/images/69/1835.pdf>.

3.3 Afhankelijk verblijfsrecht bij Unieburgerkind: het Zambrano-criterium

Sinds 2011 heeft het Zambrano-arrest¹⁹⁹ van het HvJEU geleid tot een juridische basis die in bepaalde situaties een afhankelijk verblijfsrecht geeft aan derdelanders voor verblijf bij een Unieburger. De doelstelling van dit afhankelijk verblijf is niet gebaseerd op het recht op respect voor het gezinsleven, maar op het effectief kunnen uitoefenen van de rechten die voortvloeien uit het Unieburgerschap. In verband met de praktische relevantie voor het kunnen uitoefenen van gezinsleven in bepaalde situaties en vanwege de zelfstandige rechtspositie die kinderen hierbij in de praktijk toekomt, wordt het Zambrano-arrest toch in dit onderzoek geanalyseerd.

Het Unieburgerschap is neergelegd in artikel 20 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). In lid 2 van artikel 20 VWEU is een (niet-limitatief) overzicht gegeven van rechten van Unieburgers. Voor het navolgende is vooral het recht uit artikel 20 lid 2 onder a relevant waarin het recht van Unieburgers wordt genoemd om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven.

In 2011 doet het Hof van Justitie in het Zambrano-arrest een zeer belangrijke uitspraak over artikel 20 VWEU. De zaak Zambrano gaat om een Colombiaans stel dat in België zonder succes asiel heeft aangevraagd, maar niet België is uitgezet. In België heeft het stel twee kinderen gekregen en de ouders hadden voor hen niet de Colombiaanse nationaliteit veilig gesteld. Ten tijde van de geboorte van deze kinderen, kregen in België geboren kinderen op basis van de Belgische nationaliteitswetgeving automatisch de Belgische nationaliteit wanneer zij anders staatloos zouden zijn.²⁰⁰ Zo ook de kinderen Zambrano. Op basis van artikel 20 VWEU krijgen de kinderen op basis van de Belgische nationaliteit ook automatisch het Unieburgerschap. Hoewel de kinderen altijd in België hadden verbleven en dus nooit van hun Unierechten gebruik hadden gemaakt, komt in een procedure bij het Hof van Justitie EU de vraag aan de orde of het Unieburgerschap van de kinderen een afhankelijk verblijfsrecht voor hun derdelander ouders met zich meebrengt.

In het Zambrano-arrest heeft het HvJEU geoordeeld dat artikel 20 VWEU zich ertegen verzet dat nationale maatregelen tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten.²⁰¹ Dit is het geval wanneer een staatsburger van een derde staat het recht wordt ontzegd te verblijven in de EU-lidstaat waar zijn kinderen, staatsburgers van die lidstaat en te zijnen laste, verblijven. Het HvJEU gaat ervan uit dat een dergelijke weigering in feite leidt tot een vertrek van de kinderen omdat zij hun ouder(s) zullen volgen naar hun land van herkomst.²⁰² Dit wordt ook wel het Zambrano-criterium genoemd.

Het Zambrano-criterium heeft een interessante vernieuwing in het Unierecht gebracht. Vanuit kinderrechtelijk perspectief is daarbij zonder meer positief te zien dat het kind als Unieburger de basis vormt voor de beoordeling van verblijfsrecht van de ouder. Hoewel de Zambrano-jurisprudentie geen expliciete verwijzingen naar kinderrechten bevat, is het gegeven dat het kind als primair rechthebbende wordt gezien waarvan de ouder(s) onder omstandigheden een afhankelijk verblijfsrecht kunnen ontleen, zonder meer in lijn met de basisidee van het VN-Kinderrechtenverdrag dat het kind als zelfstandig rechtssubject moet worden gezien.

Het Zambrano-arrest wordt door velen gezien als een revolutionaire uitspraak. Dat zit hem vooral in de (mogelijke) gevolgen van de uitspraak voor het leerstuk van de zuiver interne situatie. Kort gezegd is de idee achter dit leerstuk dat de rechten van de Unieburger pas geactiveerd worden als hij zich buiten het grondgebied van zijn eigen lidstaat begeeft. In de zaak Ruiz Zambrano is van een dergelijke situatie geen sprake. De kinderen Zambrano zijn nooit buiten het land van hun nationaliteit, België, geweest en toch is het Unierecht in deze zaak van toepassing.

199 HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, JV 2011/146 m.nt. Boeles.

200 Artikel 10, eerste alinea, van het (toenmalig) Wetboek van de Belgische nationaliteit.

201 HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, JV 2011/146 m.nt. Boeles, pnt. 42.

202 HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, JV 2011/146 m. nt. Boeles, pnt. 43-44.

De vraag komt op hoe verstrekkend het Zambrano-arrest is. Daar wordt zeer verschillend over gedacht. Toenmalig minister Leers gaf in zijn eerste reactie op de uitspraak aan te verwachten dat het Zambrano-arrest vrijwel geen relevantie zal hebben voor de Nederlandse situatie²⁰³, terwijl de wetenschappelijke reactie juist tamelijk verwachtingsvol was over de betekenis van het arrest.²⁰⁴

In de zaak Zambrano gaat het om het zogenaamde effectiviteitsbeginsel. Lidstaten zijn primair zelf bevoegd om de betrekkingen met hun eigen onderdanen te reguleren, zonder dat het Unierecht daarbij een rol speelt. Wanneer dit echter tot gevolg heeft dat de rechten die voortvloeien uit het Unieburgerschap van hun effectiviteit worden ontdaan, valt de situatie alsnog in de Unierechtelijke sfeer.²⁰⁵ In de Zambrano-zaak is artikel 20 vWEU in het geding omdat de kinderen Zambrano hun Unieburgerrecht om vrij op het grondgebied van de lidstaten te verblijven, alleen kunnen effectueren als hun ouder(s) ook recht op verblijf hebben. Kinderen hebben immers een afhankelijkheidsrelatie van hun ouders en wanneer ouders niet in de Unie kunnen verblijven, zullen kinderen de ouders volgen en bijgevolg niet meer vrijelijk op het grondgebied van de Unie kunnen verblijven.

Toch blijven er een hoop vragen over. De casuïstiek van het Zambrano-arrest was redelijk eenvoudig aangezien geen van beide ouders in de EU verblijfsrecht hadden. Voor variaties op het Zambrano-thema ontbreekt het in het Zambrano-arrest echter aan een duidelijk toetsingskader om nieuwe zaken mee te beoordelen. Nieuwe prejudiciële vragen en zaken bij het Hof van Justitie, die in de volgende paragraaf uiteen gezet zullen worden, konden dan ook niet uitblijven.

3.4 Nadere uitwerking van het Zambrano-criterium in opvolgende zaken

In de hierna te bespreken zaken Dereci, O.S en L en Alokpa geeft het Hof meer handvatten om te toetsen of de derdelander ouder(s) van EU-kinderen een afhankelijk verblijfsrecht bij hun kind kunnen verkrijgen, al levert dit nog steeds geen compleet bevredigend toetsingskader op.

Dereci

In de zaak Dereci komt het Hof te oordelen over een aantal verschillende situaties waarbij het steeds gaat om een verblijf van een derdelander bij een Unieburger-gezinslid die in zijn eigen lidstaat verblijft en waartussen geen exclusieve afhankelijkheidsrelatie bestaat. In Dereci stelt het HvJEU dat een feitelijk vertrek niet slechts betrekking heeft op een vertrek uit een lidstaat, maar op de Unie als geheel. Het HvJEU beschouwt het Zambrano-criterium als een criterium van zeer bijzondere aard.²⁰⁶ Het HvJEU beperkt in het Dereci-arrest de interpretatieruimte die Zambrano leek te bieden door te oordelen dat *“het enkele feit dat het voor een staatsburger van een lidstaat misschien wenselijk is, om economische redenen of om de eenheid van de familie op het grondgebied van de Unie te bewaren (...) volstaat bijgevolg niet om aan te nemen dat de burger van de Unie verplicht zal worden om het grondgebied van de Unie te verlaten indien een dergelijk recht niet wordt toegekend.”*²⁰⁷

In punt 72 van het Dereci-arrest laat het Hof de vraag naar de toepasselijkheid van het Handvest in feite aan de nationale rechters.²⁰⁸ Het Hof oordeelt hier namelijk dat de nationale rechter aan artikel 7 Handvest (recht op eerbieding van privé- en gezinsleven) dient te toetsen indien het meent dat de situatie van betrokkenen onder het Unierecht valt en aan artikel 8 EVRM indien het meent dat het buiten de sfeer van het Unierecht valt. Dit is op het eerste gezicht een vrij logisch standpunt aangezien op basis van artikel 51 lid 1 Handvest geldt dat lidstaten alleen aan het Handvest gebonden zijn wanneer zij het Unierecht uitvoeren. Hoewel het oordeel begrijpelijk lijkt, is dat bij nadere beschouwing niet zo. In de Zambrano-jurisprudentie fungeert het effectiviteitsbeginsel immers als een hefboom die maakt of iets puur een nationale aangelegenheid is of ook een Unierechtelijke kwestie. De vraag die het Hof hier open laat is echter of de beoordeling van een eventuele schending

203 Kamerstukken II 2010/11, 19 637, 1408,

204 Zie bijvoorbeeld: noot Boeles in *JV* 2011/146; d'Oliveira 2011, p. 78-79; Davies 2011, p. 274-283.

205 Ankersmit en Geursen 2011, p. 160-161.

206 HvJEU 15 november 2011, C-256/11, *JV* 2012/6, r.o. 66-67.

207 HvJEU 15 november 2011, C-256/11, *JV* 2012/6, r.o. 68. Zie ook: Lodder 2013, p. 6.

208 Zie ook: Lodder 2013, p. 6.

van de effectiviteit van het Unieburgerschap zelf maakt dat lidstaten al gebonden zijn aan het Handvest. Aangezien dit een zeer cruciale vraag betreft over de interpretatie van artikel 51 Handvest is het onbevredigend dat het Hof deze vraag in feite aan nationale rechters overlaat.²⁰⁹

Door de onduidelijkheid over de toepasselijkheid van het Handvest is er ook onduidelijkheid over de toepasselijkheid van artikel 24 Handvest (rechten van het kind) in Zambrano-zaken.²¹⁰ Dit is merkwaardig omdat het Zambrano-criterium als zodanig impliciet over het ‘belang van het kind’ gaat. Het Zambrano-criterium draait om de vraag naar de afhankelijkheid van het kind van zijn ouder(s) om in de EU te kunnen verblijven. Hypothetisch had het HvJEU in het Zambrano-arrest ook geen afhankelijkheid tussen ouder(s) en kind voor verblijf in de EU kunnen aannemen, maar kunnen stellen dat bijvoorbeeld de Belgische variant op Bureau Jeugdzorg dan maar voor de kinderen Zambrano moest zorgen om daarmee hun verblijf op Unie-grondgebied te garanderen. Met andere woorden, het HvJEU heeft door de erkenning dat kinderen van hun ouders afhankelijk zijn om in de Unie te verblijven een materiële invulling gegeven aan wat het ‘belang van het kind’ is en bovendien prioriteit gegeven aan dit belang. Het is dan hoogst onbevredigend dat de toetsing op nationaal niveau losgekoppeld kan zijn van de toetsing aan artikel 24 Handvest.

O.S en L

Het HvJEU heeft het Zambrano-criterium verder uitgewerkt in de zaak van O.S. en L.²¹¹ In dit arrest stelt het HvJEU: *“Voor de vraag of de betrokken burgers van de Unie feitelijk ook de voornaamste aan hun status verbonden rechten niet zouden kunnen uitoefenen, is ook relevant de vraag naar het gezag over de kinderen van de gezinsherenigers”*.²¹² Het HvJEU verbindt zelf geen doorslaggevende betekenis aan het ouderlijk gezag, maar laat dus wel duidelijk blijken dat het op nationaal niveau een overweging dient te zijn die meegewogen moet worden. Het HvJEU geeft bij de vraag naar de te onderzoeken afhankelijkheidsrelatie aan dat het hierbij dient te gaan om een ouder die de wettelijke, financiële en affectieve last voor het Unieburger-kind heeft.²¹³

Alokpa

De jurisprudentie van het Hof van Justitie liet altijd nog een hoop discussie open over wanneer een kind daadwerkelijk gedwongen wordt om het grondgebied van de Unie te verlaten. Het is vooral onduidelijk wanneer een andere ouder als beschikbaar geacht mag worden om voor het kind te zorgen en het Zambrano-criterium daarmee dus geen afhankelijk verblijfsrecht geeft voor de derdelander ouder. In het arrest Alokpa geeft het Hof hier meer duidelijkheid over. Het Hof overweegt: *“In dit verband heeft Alokpa, zoals de Advocaat-Generaal in de punten 55 en 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, als moeder van Jarel en Eja Moudoulou en als persoon die sedert hun geboorte alléén daadwerkelijk voor hen zorgt, een afgeleid recht om deze kinderen te begeleiden en met hen op het Franse grondgebied te verblijven.”*²¹⁴ De vader werd niet als beschikbaar geacht.

Het Hof maakt hiermee duidelijk dat het enkele feit dat er een andere biologische ouder aanwezig is op het grondgebied, nog niet maakt dat deze ouder ook beschikbaar of geschikt geacht moet worden voor de dagelijkse verzorging van het kind.

3.5 Analyse Zambrano-criterium

Het Zambrano-arrest heeft een belangrijke vernieuwing gebracht in het Unierecht; onder omstandigheden kan een derdelander een afhankelijk verblijfsrecht krijgen bij een minderjarige Unieburger omwille van het effectief genot van de rechten die voortvloeien uit de rechten van het Unieburgerschap. Het HvJEU neemt aan dat dit het geval is als een minderjarige Unieburger wordt gedwongen om het grondgebied van de Unie te verlaten omdat hij ten laste komt van een

209 Vgl. Boeles, Den Heijer, Lodder en Wouters 2014, p. 94-95.

210 Weliswaar heeft het HvJEU het in Dereci alleen over artikel 7 Handvest, maar het zou gelet op artikel 51 lid 1 Handvest merkwaardig zijn als er verschillende regels zou gelden voor de toepasselijkheid van verschillende bepalingen uit het Handvest.

211 HvJEU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11.

212 HvJEU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11, r.o. 51.

213 HvJEU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11, r.o. 56.

214 HvJEU 10 oktober 2013, C-86/12, Alokpa e.a., JV 2013/378, pnt. 34.

derdelander ouder die geen verblijfsrecht heeft op het grondgebied van de Unie. Het HvJEU creëert zodoende een criterium waarbij de minderjarige Unieburger als primaire rechthebbende geldt, waarvan een ouder onder omstandigheden verblijfsrechtelijk kan meeprofiteren ten behoeve van het belang van het kind om zijn rechten als Unieburger te gelde te kunnen maken.

Minder fraai is het echter dat dit kinderrechtelijke uitgangspunt niet consequent is doorgevoerd in de verdere jurisprudentie. In het Dereci-arrest werkt het HvJEU het Zambrano-criterium nader uit en oordeelt daarbij dat dit criterium niet bedoeld is ter bevrediging van de wens om de familie-eenheid door middel van verblijfsrecht te bewaren. De toepasselijkheid van (artikel 7 van) het Handvest wordt bovendien in dit arrest afhankelijk gemaakt van de vraag of het Zambrano-criterium een individueel geval een afhankelijk verblijfsrecht oplevert; het Handvest lijkt daarmee elke concrete functie te verliezen bij de toepassing van het Zambrano-criterium in individuele gevallen.

Het HvJEU maakt daarmee met de arresten Zambrano en Dereci een paradoxale beweging; enerzijds erkent het dat kinderen voor verblijf op het grondgebied van de Unie afhankelijk zijn van (bepaalde) familierelaties, anderzijds benadrukt het dat het Zambrano-criterium niet dient ter bevrediging van de particuliere wens om de familie-eenheid in stand te houden. Hoewel de wens de familie-eenheid verblijfsrechtelijk te beschermen niet altijd volledig hoeft samen te vallen met het enkel beschermen van die familierelatie(s) die het kind in staat stellen om op het grondgebied van de Unie te verblijven, is het een juridische fictie om te denken dat deze elementen geheel onafhankelijk van elkaar beoordeeld kunnen worden. In de praktijk zijn deze namelijk sterk met elkaar verweven. In feite speelt bij het Zambrano-criterium de vraag naar een goede verhouding tussen vier verschillende sferen:

- 1) het recht op respect voor het privé- en gezinsleven, dat op basis van onder andere het IVRK en jurisprudentie van het EHRM zelfstandig aan het kind toekomt, maar niet automatisch ook verblijfsrechtelijke bescherming biedt;
- 2) het verblijfs- en verplaatsrecht op het grondgebied van de Europese Unie dat elke (minderjarige) Unieburger toekomt.
- 3) het nationale verblijfsrecht, de nationale autoriteiten beslissen in beginsel op basis van eigen wetgeving en beleid wie wanneer verblijfsrecht toekomt;
- 4) de familierechtelijke verhoudingen, waarbij het in beginsel aan de ouders is om te bepalen bij wie het kind woont c.q. door wie het kind wordt verzorgd.

Deze vier hier genoemde sferen zijn in de jurisprudentie over het Zambrano-criterium onvoldoende op elkaar afgestemd; met name de overweging uit het Dereci-criterium dat een strikt onderscheid suggereert tussen de wenselijkheid van het behoud van de familie-eenheid en het enkele voorkomen dat een minderjarige Unieburger wordt gedwongen het grondgebied van de Unie te verlaten, geeft onvoldoende rekenschap over hoe afhankelijkheidsrelaties tussen kinderen en ouders in de praktijk vorm krijgen en hoe de duurzame en effectieve bescherming van Unieburgerrechten daarvan afhankelijk zijn. Juist het 'belang van het kind' zou hier als interpretatief beginsel de weg kunnen wijzen om een balans te vinden tussen de verschillende juridische sferen.

Concreet laat de jurisprudentie van het HvJEU grote onduidelijkheid over de vraag wanneer een kind dermate afhankelijk is van een derdelander ouder dat hij/zij feitelijk wordt gedwongen om het grondgebied van de Unie te verlaten. Met de arresten O.S en L en Alokpa heeft het HvJEU wel meer concrete handvatten gegeven voor de beoordeling van individuele situaties, maar een heel precies criterium is het Zambrano-criterium daarmee nog altijd niet. Het is lastig dat het criterium vaak wordt gepresenteerd als een zwart-wit-toepasbare norm waarvan de toepassing afhankelijk is van de feitelijke vraag of de minderjarige Unieburger wordt gedwongen om het grondgebied van de Unie te verlaten, terwijl de omstandigheden op basis waarvan dat beoordeeld moet worden geen duidelijk criterium bevatten om te beoordelen hoeveel ruimte de ouders nog wordt gelaten om te bepalen waar het kind mag opgroeien. Met name in situaties waarbij de ouders niet meer samen zijn en zij in zekere zin allebei (maar wel in ongelijke mate) voor het kind zorgen, is dit een essentiële vraag. Ook hier verdient het aanbeveling om deze vraag te beantwoorden door de verschillende juridische vragen die hierbij spelen te interpreteren vanuit het 'belang van het kind.'

3.6 EU-recht in het Nederlands gezinsmigratiebeleid

Het EU-recht is niet automatisch op alle gezinsherenigingsaanvragen van toepassing en ook niet altijd op dezelfde wijze. Hieronder wordt daarom eerst ingegaan op de Nederlandse toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn, daarna op het Zambrano-criterium en tot slot worden enkele voorbeelden uit het buitenland gegeven van hoe minderjarige nationale onderdanen in die landen in de gelegenheid worden gesteld om gezinsleven uit te oefenen met hun derdelander ouder(s).

3.6.1 De Gezinsherenigingsrichtlijn

De Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI) ziet op de gezinsherenigingsaanvragen van derdelanders. De GRI is in 2004 in de Nederlandse regelgeving geïmplementeerd.²¹⁵ Belangrijk uitgangspunt voor de Nederlandse regering daarbij was dat de GRI geen grote wijzigingen zou brengen voor het Nederlands gezinsmigratiebeleid.²¹⁶ Als gevolg hiervan kent de Nederlandse praktijk daarmee eigenlijk geen onderscheid in situaties waarin de GRI van toepassing is en waarin die niet van toepassing is. De voorwaarden die aan Gezinshereniging worden gesteld zijn gelijk voor derdelanders en voor nationale onderdanen. Wie niet aan deze voorwaarden voldoet, kan een beroep doen op artikel 8 EVRM.

Deze praktijk lijkt te miskennen dat de Richtlijn een geheel ander uitgangspunt heeft dan artikel 8 EVRM. Zoals uitgebreid beschreven in hoofdstuk 3.2 heeft de GRI als doel het bevorderen van gezinshereniging, terwijl artikel 8 EVRM in beginsel geen recht op domiciliekeuze bevat en slechts in specifieke situaties noopt tot verlenen van verblijfsrecht. De GRI staat lidstaten weliswaar toe om een limitatief aantal voorwaarden aan gezinshereniging te stellen, maar als iemand daar niet aan kan voldoen, dient er een individuele belangenafweging plaats te vinden die niet afdoet aan het genoemde doel van de Richtlijn. Dit maakt dat de belangenafweging vanuit een veel gunstiger perspectief vertrekt dan bij de toets aan artikel 8 EVRM. De Nederlandse praktijk is daarmee niet in overeenstemming; typerende artikelen uit de GRI die verplichten tot een individuele belangenafweging zoals artikel 5 lid 5 GRI en artikel 17 GRI zijn niet overgenomen in Nederlandse wet- of regelgeving. In de transponeringstabel van implementatiebesluit van de GRI is te zien dat de Nederlandse regering deze bepalingen heeft geïmplementeerd door te verwijzen naar de bestaande bepalingen artikel 3:2 van de Algemene Wet Bestuursrecht en artikel 8 EVRM.²¹⁷

De Europese Commissie heeft deze wijze van implementatie van de GRI in 2008 bekritiseerd onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie. Nederland wordt daarbij expliciet als land genoemd waarbij implementatie tekort schiet.²¹⁸ Sindsdien heeft Nederland de bepalingen uit artikel 5 lid 5 GRI en artikel 17 GRI weliswaar op een paar plekken geïmplementeerd²¹⁹, maar daarmee zijn deze bepalingen nu alleen op specifieke situaties van toepassing en niet algemeen op alle gezinsmigratie-zaken waarop de GRI van toepassing is. De implementatie voldoet daarmee nog altijd niet.

Recentelijk is het Nederlands gezinsmigratiebeleid precies op dit punt bekritiseerd door het College voor de Rechten van de Mens; het College heeft daarbij de aanbeveling gedaan om artikel 5 lid 5 en artikel 17 van de Richtlijn op te nemen in wetgeving en daarbij nader uit te werken. Bovendien beveelt het College aan dat artikel 24 Handvest een zelfstandige en prominente plek krijgt in wetgeving en toetsing.²²⁰ De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft op deze aanbeveling gereageerd. Hij geeft aan dat het er geen verplichting is om de omzetting van een Richtlijn altijd via wetgeving te laten plaatsvinden, doch dat er uiteindelijk om draait dat het nuttig effect van de Richtlijn wordt bereikt. Meer inhoudelijk stelt de staatssecretaris dat een omzetting in wetgeving

²¹⁵ Staatsblad 2004, nr. 496.

²¹⁶ Staatsblad 2004, nr. 496, p. 6.

²¹⁷ Staatsblad 2004, nr. 496, p. 24-25.

²¹⁸ (COM2008) 610), p. 12.

²¹⁹ Te noemen zijn artikel 3.77 lid 4 en 3.86 lid 12 Vreemdelingenbesluit 2000 m.b.t openbare orde en artikel 3.15 lid 3 onder c m.b.t. de wachtermijn van een jaar.

²²⁰ College voor de Rechten van de Mens 2014, p. 86.

niet nodig is omdat artikel 5 lid 5 en 17 GRI materieel aansluiten bij artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM. Dat is op zichzelf uiteraard correct. Echter de staatssecretaris gaat er hierbij aan voorbij dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie is op te maken dat de toetsing aan artikel 5 lid 5, 17 GRI en artikel 24 Handvest op basis van het doel van de GRI een veel positiever uitgangspunt heeft dan een toets aan artikel 8 EVRM, waarbij de Staat relatief veel vrijheid wordt gegund om eigen afwegingen te maken. De materiële normen mogen dus verwant zijn, de toetsing is toch heel anders.

In Nederland heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State recentelijk bepaald dat het inkomensvereiste uit de Nederlandse gezinsmigratieregelgeving op dezelfde wijze wordt toegepast op Nederlanders en derdelanders en de GRI daarmee ook op nationale onderdanen van toepassing is.²²¹ De redenering lijkt ruimte te laten voor een bredere toepassing van de GRI op nationale onderdanen. Een bredere toepassing van de GRI en bijhorende Unierechterlijke kaders op gezinshereniging met nationale onderdanen, roept de vraag op of ook de toets aan artikel 8 EVRM in dit licht niet fundamenteel veranderd zal moeten worden. De uitgangpositie van artikel 8 EVRM is immers restrictief van karakter en kent geen recht op domiciliekeuze, terwijl het uitgangspunt van de GRI is dat gezinshereniging bevorderd moet worden.

Tot slot is hierbij van belang om nog in te gaan op de toetsing door de Afdeling aan artikel 24 Handvest. Deze toetsing is door de Afdeling in eerste instantie vrijwel gelijk gesteld aan de eigen terughoudende jurisprudentie aan artikel 3 IVRK.²²² In latere jurisprudentie heeft de Afdeling een uitgebreide onderbouwing voor de wijze waarop het de toetsing aan artikel 24 Handvest uitvoert. Onder verwijzing naar onder andere het arrest Kraaijeveld²²³ oordeelt de Afdeling dat ook een Unierechterlijke bepaling die een bepaalde beoordelingsruimte laat, direct toepasbaar is door de rechter.²²⁴ De wijze van toetsing lijkt uiteindelijk echter volledig gelijk aan de toetsing door de Afdeling aan artikel 3 IVRK; dit betekent aldus een zeer terughoudende toets of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van het 'belang van het kind'.²²⁵ De Afdeling mist hier het cruciale punt dat artikel 3 IVRK en artikel 24 Handvest juist de beoordelingsvrijheid van de Staat beperken.

3.6.2 Zambrano-criterium

Het Zambrano-criterium luidt: *ontzegging van het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerschapsrechten is in strijd met art. 20 VWEU (rechten als Unieburger). Daarvan is sprake indien een derdelander ouder die jonge (minderjarige) Unieburger kinderen ten laste heeft een verblijfsvergunning en arbeidsvergunning wordt ontzegd. Aangezien het in die situatie te verwachten is dat een dergelijke ontzegging van een verblijfsvergunning ertoe zal leiden dat deze kinderen, burgers van de Unie, zullen worden verplicht om het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouder te volgen.*

In B10/2.2 Vc2000 zijn de volgende voorwaarden voor verblijfsrecht op basis van het Zambrano-criterium opgenomen: Het moet gaan om een ouder van een minderjarig kind met de Nederlandse nationaliteit; dit kind moet de ouder ten laste komen en bij deze vreemdeling wonen. De afhankelijkheidsrelatie die zo kenmerkend is voor het Zambrano-criterium is in de Vc zo verwoord: *“dit kind moet, bij het onthouden van verblijfsrecht aan de vreemdeling, de vreemdeling volgen en het grondgebied van de EU verlaten.”*

Verder bepaalt het beleid dat de Immigratie- en Naturalisatiedienst in ieder geval niet aanneemt dat het kind de vreemdeling over de grenzen van de EU moet volgen als er een andere ouder is met rechtmatig verblijf, die feitelijk voor het kind kan zorgen. Volgens het beleid kan een andere ouder in ieder geval voor het andere kind zorgen als deze het ouderlijk gezag heeft of alsnog kan krijgen of

²²¹ ABRvS 17 december 2014, JV 2015/60 m. nt. Groenendijk.

²²² Zie: ABRvS 7 februari 2012, JV 2012/152.

²²³ HvJEG 24 oktober 1996, C-72/95, pnt. 47 e.v.

²²⁴ ABRvS 9 oktober 2014, JV 2015/25, r.o. 1.3.

²²⁵ ABRvS 9 oktober 2014, JV 2015/25, r.o. 1.4.

indien de andere ouder gebruik kan maken van hulp en ondersteuning bij zorg en opvoeding die van overheidswege of door maatschappelijke organisaties wordt geboden, waaronder ook een uit algemene middelen betaalde uitkering wordt verstaan. De IND neemt in ieder geval aan dat de andere ouder feitelijk niet voor het kind kan zorgen als deze ouder zich in detentie bevindt of aantoonbaar dat het gezag aan hem niet kan worden toegekend.

De hiervoor samengevatte beleidsregels over de toepassing van het Zambrano-criterium zijn in feite de weergave van de jurisprudentie over dit criterium van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling). In een serie uitspraken van 7 maart 2012 heeft de Afdeling een zeer beperkte uitleg gegeven aan het Zambrano-criterium, daarbij sterk leunend op het Dereci-arrest.²²⁶ Centraal staat daarbij de gedachte dat als de andere ouder traceerbaar is, dat alleen in uiterst bijzondere situaties aangenomen kan worden dat er toch een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de derdelander ouder en het kind. Stellen dat de andere ouder niet voor het kind kan zorgen vanwege psychische problematiek is niet voldoende; de problemen die dit oplevert bij de verzorging van het kind zou met hulp van thuiszorgorganisaties of Bureau Jeugdzorg opgevangen kunnen worden.²²⁷

Bijzonder is ook de betekenis die wordt toegekend aan het ouderlijk gezag. Voor de Afdeling is de bestaande verdeling van het ouderlijk gezag geen relevant aspect in de beoordeling van een Zambrano-situatie. De Afdeling oordeelt in diverse zaken dat het in feite gaat om de potentiële verdeling van het gezag.²²⁸ Zo oordeelt de Afdeling op 17 oktober 2011 dat de vreemdeling door te stellen dat zij het eenhoofdig gezag heeft, nog niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij als enige voor het kind kan zorgen. Zij heeft immers nog niet aannemelijk gemaakt dat de vader niet – mede – met het gezag over het kind bedield zou kunnen worden.²²⁹ Uit het arrest O.S en L van het HvJEU blijkt dat het gezag een relevant aspect is bij de beoordeling van het Zambrano-criterium.²³⁰ Op welke wijze het ouderlijk gezag betrokken moet worden bij de beoordeling, geeft het HvJEU echter niet duidelijk aan. Lastig aan het begrip ‘ouderlijk gezag’ is dat het geen autonoom Unierechtelijk begrip is en het daardoor onduidelijk is welke invloed het HvJEU aan het ouderlijk gezag toekent bij het bepalen van de afhankelijkheidsrelatie tussen ouder en kind. Het lijkt echter weinig aannemelijk dat het HvJEU heeft bedoeld aan te geven dat de behandeling van een Zambrano-aanvraag zelf van invloed wordt op de invulling of aanpassing van het ouderlijk gezag; het HvJEU heeft immers overwogen dat het ouderlijk gezag relevant kan zijn voor de beoordeling of in een individueel geval uit artikel 20 VWEU een afhankelijk verblijfsrecht volgt en heeft dus niet geoordeeld dat artikel 20 VWEU relevant is voor de invulling van de civielrechtelijke verhouding tussen een kind en zijn ouders.

Uit het eerder geciteerde beleid blijkt bovendien dat de IND bij het hebben van ouderlijk gezag per definitie aanneemt dat die ouder daarmee voor het kind kan zorgen. Een ouder kan het gezag hebben, maar in feite nooit voor het kind hebben gezorgd of dit al jaren niet meer doen. De casus is voorstelbaar dat een derdelander-ouder feitelijk al jaren alleen voor het kind zorgt en dat de andere ouder (met Nederlandse nationaliteit of verblijfsrecht) mede beschikt over het ouderlijk gezag, maar in feite niet of slechts heel beperkt bij dit kind betrokken is. Volgens het IND-beleid wordt het kind in een dergelijke situatie niet gedwongen om het grondgebied van de Unie te verlaten bij het uitzetten van zijn verzorgende ouder. Het enkele feit dat er op het grondgebied een ouder verblijft die het ouderlijk gezag heeft over het kind zou dit al garanderen. Defence for Children vindt dit als algemene regel niet overtuigend. Niets is hiermee immers gezegd over de wil en feitelijke beschikbaarheid van de in Nederland verblijvende ouder; is deze ouder bereid en geschikt voor dit kind te gaan zorgen? De feitelijke situatie van die ouder kan dat wel heel moeilijk of zelfs onmogelijk maken. Maar het beleid gaat er vanuit dat het op deze ouder rustende ouderlijk gezag de feitelijke verzorging garandeert.

226 ABRvS 7 maart 2012, 201102780/1/V1, ABRvS 7 maart 2012, 20115729/1/V1, ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1, ABRvS 7 maart 2012, 201008763/1/V2.

227 ABRvS 7 maart 2012, 201108763/1/V2, r.o. 2.5-7, ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1, r.o. 2.3-7.

228 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0833 en ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8706.

229 ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0833, r.o. 5.5-5.6.

230 HvJEU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11, r.o. 51.

Opvallend aan de omgang met het ouderlijk gezag in de Afdelings-jurisprudentie en in de beleidsregels van de IND is de instrumentele omgang met het ouderlijk gezag ten behoeve van staatsbelangen in de context van het vreemdelingenrecht. Dit is opvallend omdat het begrip ouderlijk gezag in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over het recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, EVRM) als een aan ouders toegekende doelbevoegdheid ten behoeve van het 'belang van het kind' wordt gezien.²³¹ Ook in het Nederlands familie- en jeugdrecht wordt het ouderlijk gezag gezien als een juridische constructie die primair de belangen van het kind dient.²³² De Centrale Raad van Beroep heeft over de concrete betekenis van het ouderlijk gezag en de wijze waarop het Nederlands beleid daarmee omgaat in Zambrano-zaken, prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU.²³³

In zaken waarbij een beroep op het Zambrano-criterium wordt afgewezen, vindt vaak nog een resttoets plaats aan artikel 8 EVRM. De toetsingskaders aan artikel 8 EVRM en Zambrano zijn verschillend en dus is het in beginsel begrijpelijk dat deze toetsing gescheiden plaatsvindt. Toch leidt dit vaak tot zeer merkwaardige uitkomsten die de vraag opwerpen of de toetsing niet gedeeltelijk gecombineerd zou moeten worden. Als voorbeeld kan een uitspraak van de Afdeling van 28 juni 2013 dienen; de Afdeling overweegt daar in het kader van de toets aan het Zambrano-criterium dat de moeder niet heeft aangetoond dat de vader van het kind, eventueel met hulp van derden, niet voor het kind zou kunnen zorgen, zodat het in Nederland kan verblijven. In dezelfde uitspraak over dezelfde mensen overweegt de Afdeling echter juist dat er geen familielevens meer is tussen het kind en de vader, dat de vader geen feitelijke invulling geeft aan de vastgestelde omgangsregeling, niet bijdraagt aan de kosten van het levensonderhoud en de opvoeding van het kind en dat de moeder daarom het gezinsleven wel kan voortzetten in Canada.²³⁴ De uitkomst van de toets aan het Zambrano-criterium is dat het kind niet gedwongen wordt om Nederland te verlaten omdat ze terecht kan bij haar vader; de uitkomst van de 8 EVRM-toets is dat er geen gezinsleven meer is met haar vader en ze mee kan met haar moeder. De toetsingskaders mogen dan verschillen, het verschil in uitkomst wordt hier niet volledig door gerechtvaardigd. Cruciaal lijkt te zijn dat de Afdeling zelfs de meest hypothetische mogelijkheid dat het kind in Nederland bij een andere ouder kan verblijven al genoeg vindt om een beroep op het Zambrano-criterium af te wijzen. Dit verhoudt zich echter slecht tot de impliciete erkenning die in het Zambrano-arrest is gegeven voor de afhankelijkheid van het kind van zijn of haar verzorgende ouder. Continuïteit in de zorgrelatie is in het 'belang van het kind' en dit belang maakt het kind afhankelijk van de verzorgende ouder.

Problematisch hierbij is dat de Afdeling ook heeft geoordeeld dat het Handvest van de Grondrechten van de EU niet op dit soort zaken van toepassing is.²³⁵ Het HvJEU laat het aan de nationale rechter of het Handvest van toepassing is of niet. Toch wringt het dat de Afdeling hier het Handvest niet toepast. Het gaat immers om de vraag of het kind het effectieve genot van zijn aan het Unieburgerschap ontleende rechten wordt onthouden. Die vraag is een Unierechterlijke vraag. De wijze waarop het HvJEU toepassing geeft aan artikel 24 Handvest blijkt dat het deze bepaling (mede) gebruikt om Unierechterlijke bepalingen in het 'belang van het kind' te interpreteren.²³⁶ Wanneer dit zou gebeuren bij de toepassing van het Zambrano-criterium zou dat waarschijnlijk het ongemakkelijke verschil in uitkomst tussen de toets aan het Zambrano-criterium en 8 EVRM kunnen oplossen; het tot een primaire overweging maken van het 'belang van het kind' zoals genoemd in artikel 24 lid 2 Handvest benadrukt immers de noodzaak om de relatie tussen het kind en zijn verzorgende ouder te handhaven.²³⁷

231 Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013, p. 1571.

232 Zie hierover: Cardol 2013, p. 378-380.

233 CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665.

234 ABRvS 28 juni 2013, JV 2013/289 m. nt. Weterings, r.o. 4.4 en 6.3.

235 ABRvS 17 oktober 2012, LJN: BY0833, r.o. 9.1.

236 HvJEU 23 december 2009, C-403/09 Deticek.

237 Overigens heeft de Centrale Raad van Beroep in een recente uitspraak waarin prejudiciële vragen over het Zambrano-criterium zijn gesteld, wel relevantie toegekend aan artikel 24 Handvest. Zie: CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665, r.o. 4.7.

3.6.3 Illustraties uit andere Europese landen

In andere Europese landen staat het recht van onderdanen op gezinsleven met een derdelander ouder vaak voorop in het beleid, zoals onderstaande voorbeelden uit Duitsland, Frankrijk en Italië illustreren. De navolgende voorbeelden bevragen de noodzaak van de strenge Nederlandse omgang met het Zambrano-criterium en daarmee met het recht op gezinsleven van eigen minderjarige onderdanen.

DUITSLAND

In de Grundgesetz (Duitse Grondwet) is in artikel 6 opgenomen dat het huwelijk en het gezin bijzondere bescherming genieten van de Staat. In paragraaf 3 van dit artikel staat dat kinderen alleen van hun ouders kunnen worden gescheiden krachtens een wet en alleen als de ouders of verzorgers falen in hun opvoedingstaak of de kinderen gevaar lopen van ernstige verwaarlozing. Verder is in de Aufenthaltsgesetz (wet op verblijfplaats) in §28 (3) opgenomen dat ouders recht hebben op verblijf om voor hun Duitse kind op het Duitse grondgebied te gaan zorgen. Voorwaarden voor hereniging met het kind zijn dat een ouder gezag moet hebben, daadwerkelijk voor het kind wil gaan zorgen en dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in Duitsland. Het kunnen voldoen aan het middelenvereiste is geen voorwaarde voor een vergunning. Als na drie jaar de familieband nog steeds voortduurt, er geen redenen zijn tot uitzetting en de vreemdeling op basisniveau Duits kan, krijgt hij een permanente vergunning. Anders wordt de verblijfsvergunning verlengd zolang de familieband voortduurt. Dit kan ook verlengd worden als het kind net meerderjarig is, maar nog deel uitmaakt van de familie of nog een studie volgt. Mocht een ouder niet het gezag hebben, dan kan een vergunning worden verleend als de ouder al feitelijk voor het gezin zorgt op het federale gebied (AufenthG § 28 (1) vierde zin). Dit vloeit voort uit de gedachte dat Duitse onderdanen het absolute recht hebben op verblijf in Duitsland en dat recht zou worden verhinderd als de ouder niet zou worden toegelaten tot het gebied.²³⁸

FRANKRIJK

Een ouder die voor zijn Franse kind wil gaan zorgen, kan onder bepaalde voorwaarden aan een vergunning komen. Dit staat in L313-11 lid 6 van de *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Daarin wordt nog expliciet verwezen naar artikel 371-2 van de Code Civil waarin staat dat **elke** ouder bijdraagt aan het onderhoud en de opvoeding aan het kind. Polygamie en bedreiging van de openbare orde staan in de weg aan elke verlening van een verblijfsvergunning. De specifieke voorwaarden zijn dat de ouder daadwerkelijk moet bijdragen aan het onderhoud en de opvoeding van het kind en dit moet vanaf het moment van de geboorte of voor de duur van tenminste twee jaar. Als het kind niet met de Franse ouder samenwoont, moet de ouder door middel van bankafschriften de economische bijdrage aan de opvoeding bewijzen bij zijn verbijfsaanvraag.²³⁹

Frankrijk heeft een verbod om een ouder van een Frans kind uit te zetten. Dit verbod wordt geregeld in de *Code de l'entrée et du séjour*

²³⁸ Kreienbrink en Rühl, Working paper, family reunification in Germany 2007, p. 34. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/family-reunification/2_de_emn_ncp_small-scale_study_iv_family_reunification_final_en_version_en.pdf.

²³⁹ http://www.maine-et-loire.gouv.fr/IMG/pdf/16_Parent_d_enfant_francais.pdf.

des étrangers et du droit d'asile waar in artikel L521-2 staat dat de ouder van een minderjarig Frans kind niet uitgezet mag worden als die aan bepaalde voorwaarden voldoet, ook wel het relatieve recht op bescherming (*protection relative*) genoemd. De verbonden voorwaarden zijn dat de ouder geen gevaar is voor de openbare orde, niet polygaam is, daadwerkelijk in het onderhoud en de opvoeding van het kind voorziet sinds het kind geboren is of voor de duur van tenminste een jaar.

ITALIË

Italië heeft in artikel 30 van *La Costituzione della Repubblica Italiana* (Italiaanse Grondwet) opgenomen dat ouders het recht en de plicht hebben om voor hun kind(eren) te zorgen, tenzij zij daar niet toe in staat zijn. In het decreet *del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, nr. 1656* is de richtlijn 2004/38/EG betreffende het vrij verkeer van personen binnen de Europese Unie opgenomen. Dit decreet is niet alleen op EU-onderdanen van toepassing verklaard, maar ook op Italianen. Familieleden van Italianen en EU-onderdanen hebben het recht om met hun familie in Italië te wonen en daar te werken. Verder is met de wet van 6 maart 1988, n. 40 de Italiaanse vreemdelingenwet, *Testo Unico sull'immigrazione*, aangepast. Familieleden tot de tweede graad van Italiaanse of Europese burgers, mogen zich in Italië vestigen om familieredenen. In artikel 26 lid 3 van de wet is expliciet opgenomen dat het belang van het kind een eerste overweging moet zijn. Dit recht is nog sterker gewaarborgd in het verbod om familieleden tot de tweede graad van een Italiaanse staatsburger uit te zetten. Dit wordt geregeld in artikel 19 lid 1 van de wet. De enige uitzondering op dit uitzetverbod is opgenomen in artikel 13 lid 1 van de wet en dat is dat de vreemdeling geen gevaar mag zijn voor de openbare orde of voor de Staatsveiligheid. Net als in Duitsland kent Italië dus een absoluut recht voor Italianen om op hun grondgebied te blijven, ook al trouwen ze of hebben ze een ouder van een niet-EU nationaliteit.

Conclusie

De belangrijkste bronnen uit de EU die van invloed zijn op het Nederlandse gezinsmigratiebeleid zijn; het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (van toepassing op het handelen van lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen), de Gezinsherenigingsrichtlijn (in principe niet van toepassing op nationale onderdanen) en de verplichtingen die voortvloeien uit het Unieburgerschap. Binnen de EU is al jaren sprake van een toenemende aandacht voor- en invloed van kinderrechten. De verplichting uit artikel 3 IVRK dat het 'belang van het kind' in alle aangelegenheden die kinderen aangaan steeds een primaire overweging dient te zijn, komt op meerdere plaatsen in het Unierecht terug. Hoe het begrip 'primary consideration' precies gewogen wordt door het Hof van Justitie bij belangen van kinderen laat zich nog niet precies afleiden. Wel is duidelijk dat het Hof een afweging in het voordeel van het 'belang van het kind' geboden acht indien de belangen van het kind evident worden geschaad door een specifieke uitleg van een Unierechtelijke bepaling.

In artikel 24 van Handvest van de Grondrechten van de EU is een aantal bepalingen uit het IVRK overgenomen. Hoewel de daarbij gemaakte keuzes soms arbitrair aandoen, is de erkenning van kinderrechten in de EU van groot belang. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU blijkt bovendien dat de bepalingen van het IVRK zelf binnen de EU gelding hebben als onderdeel van de algemene beginselen van het Unierecht. Uit de praktijk blijkt dat de toets aan het 'belang van het kind' door het Hof van Justitie van de EU concreet is en een kindonvriendelijke uitleg van Unierecht kan overrulen.

De Gezinsherenigingsrichtlijn richt zich enkel op derdelanders. Deze Richtlijn bevat een subjectief recht op gezinshereniging; wie aan de limitatief genoemde voorwaarden voldoet, mag zich herenigen zonder dat lidstaten daar nog eigen regels of belangen tussen kunnen plaatsen. De Richtlijn heeft als doel om gezinshereniging te bevorderen. Ook wie niet aan de voorwaarden uit de Richtlijn voldoet, heeft recht op een individuele belangenafweging, waarbij het doel van de Richtlijn niet uit het oog verloren mag worden. De positieve grondhouding van de Richtlijn ten opzichte van gezinshereniging is verwant aan het vereiste van welwillendheid dat artikel 10 IVRK stelt aan de behandeling van gezinsherenigingsverzoeken. In het eerste verslag van de Europese Commissie over de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn is te lezen dat veel lidstaten de horizontale bepalingen onvoldoende hebben omgezet in nationale regelgeving. Nederland wordt als voorbeeld genoemd van één van de landen die ten onrechte dachten dat ze hierbij met een enkele verwijzing naar artikel 8 EVRM konden volstaan. Bij artikel 8 EVRM is het algemene uitgangspunt bij gezinmigratie dat er geen recht op domiciliekeuze bestaat, bij de Gri is het uitgangspunt het bevorderen van gezinshereniging. De toets aan het 'belang van het kind' is in de Gri dus geen correctie of compensatie op een restrictief toetsingskader, maar een versterking van een toetsingskader dat op zichzelf een positieve basishouding ten opzichte van gezinshereniging heeft.

De Europese Commissie (EC) heeft op 3 april 2014 Richtsnoeren (of: Guidelines) ter verduidelijking van de Gezinsherenigingsrichtlijn gepresenteerd. In de richtsnoeren wordt een aantal keren specifiek op de positie van kinderen ingegaan. De EC stelt mede dat wanneer lidstaten een verzoek tot gezinshereniging behandelen, lidstaten er voor dienen te zorgen dat het kind niet tegen zijn wil van zijn ouders wordt gescheiden. Dit is voor de Commissie slechts anders wanneer de belangen van de kinderen een dergelijke scheiding juist vereisen. Het is opvallend dat de EC lidstaten vanuit de behartiging van het 'belang van het kind' aanspoort om geen administratieve kosten in rekening te brengen bij gezinsherenigingsverzoeken die door kinderen zijn ingediend.

In dit hoofdstuk is naast de Gezinsherenigingsrichtlijn (Gri) aandacht besteed aan het Zambrano-criterium. Het Zambrano-criterium luidt: *ontzegging van het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerschapsrechten is in strijd met art. 20 VWEU (rechten als Unieburger). Daarvan is sprake indien een derdelander ouder die jonge (minderjarige) Unieburger kinderen ten laste heeft een verblijfsvergunning en arbeidsvergunning wordt ontzegd. Aangezien het in die situatie te verwachten is dat een dergelijke ontzegging van een verblijfsvergunning ertoe zal leiden dat deze kinderen, burgers van de Unie, zullen worden verplicht om het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouder te volgen.*

Sinds 2011 is er met het Zambrano-arrest een nieuwe mogelijkheid tot gezinshereniging tot stand gekomen, een derdelander ouder waarvan een minderjarige Unieburger afhankelijk is, kan onder voorwaarden een afhankelijk verblijfsrecht krijgen. Het doel van dit verblijfsrecht is niet gelegen in respect voor het gezinsleven, maar in het effectueren van de rechten die voortvloeien voor Unieburgers. Waar de Gri heldere voorwaarden stelt, met duidelijke grondrechten als vangnet voor wie niet aan de voorwaarden voldoet, daar kent het Zambrano-criterium veel onduidelijkheid en bovendien geen Handvest als vangnet. Het criterium ontbeert daarmee rechtszekerheid. Hoewel de Zambrano-jurisprudentie geen expliciete verwijzingen naar kinderrechten bevat, is het gegeven dat het kind als primair rechthebbende wordt gezien waarvan de ouder(s) onder omstandigheden een afhankelijk verblijfsrecht kunnen ontlenuen, zonder meer in lijn met de basisidee van het VN-Kinderrechtenverdrag dat het kind als zelfstandig rechtssubject moet worden gezien. De praktische invulling van de vraag of een kind dermate afhankelijk is van een derdelander-ouder dat hij onder het bereik van het Zambrano-criterium valt, wordt nu echter ten onrechte nog niet ingevuld aan de hand van het 'belang van het kind'-beginsel.

In andere Europese landen staat het recht van onderdanen op gezinsleven met een derdelander ouder wel vaak voorop in het beleid, zoals in Duitsland, Frankrijk en Italië.

Aanbevelingen

Voor de Staat

- Breng de Nederlandse wetgeving in overeenstemming met de Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI); typerende artikelen uit de richtlijn die verplichten tot een individuele belangenafweging zoals artikel 5 lid 5 GRI en artikel 17 GRI dienen voor alle gezinsmigratiezaken overgenomen te worden in Nederlandse wet- of regelgeving.
- Breng geen administratieve kosten in rekening bij gezinsherenigingsverzoeken die door kinderen zijn ingediend.
- Kom tot nationale richtsnoeren die uitdrukking geven aan de betekenis en de wijze van toetsen aan het 'belang van het kind' in individuele gezinsherenigingsprocedures.
- Geef in navolging van de aanbeveling van het College voor de Rechten van de Mens aan artikel 24 Handvest (rechten van kinderen) een zelfstandige en prominente plek in wetgeving en beleid.
- Pas het zeer rigide beleid over de toepassing van het Zambrano-criterium aan; beantwoord de vraag of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen het kind en zijn derdelanderouder aan de hand van het 'belang van het kind' en de vraag of er een wettelijke, financiële of affectieve last is bij de ouder om voor het kind te zorgen.

Voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst als uitvoerder voor de Staat:

- Neem als basisuitgangspunt, in lijn met de GRI, dat een gezin herenigd moet worden. De toets aan het 'belang van het kind' is dan geen correctie of compensatie op een restrictief toetsingskader, maar een versterking van een toetsingskader dat op zichzelf een positieve basishouding ten opzichte van gezinshereniging heeft.
- Kijk bij afwijzing van gezinsherenigingszaken op basis van voorwaarden die in algemeen beleid zijn gesteld altijd nog naar de belangen van bij de zaak betrokken kinderen.

Voor de rechterlijke macht:

- Pas in zaken waarop de Gezinsherenigingsrichtlijn van toepassing is niet langer de restrictieve toets aan 8 EVRM toe, maar toets aan artikel 5 lid 5 en 17 lid GRI en 7 Handvest in het licht van de doelstelling van de Richtlijn om gezinshereniging te bevorderen.
- Stel prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over hoe zwaar artikel 5 lid 5 en artikel 24 Handvest wegen? Hoeveel ruimte laten deze bepalingen nog aan Staten om een eigen belangenafweging te maken?
- Toets de voor het Zambrano-criterium relevante feiten in het licht van artikel 3 IVRK of artikel 24 Handvest. Betrek bij de toets aan het Zambrano-criterium de familierechtelijke gevolgen.

SAMENVATTING

Gezinnen in de knel; Een analyse van het belang van het kind in het Europese en Nederlandse gezinsmigratiebeleid

Vele kinderen worden van hun ouders gescheiden door de Nederlandse overheid, vanwege het huidige gezinsmigratiebeleid. De Nederlandse regering registreert niet hoeveel ouders ieder jaar verblijfsrecht aanvragen op grond van hun gezinsleven bij hun kind.

In het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) staat dat kinderen er recht op hebben om samen met hun ouders te leven, tenzij hun belang zich hiertegen verzet (artikel 9 IVRK). Volgens de Engelse tekst van artikel 3 IVRK moeten de belangen van kinderen altijd een 'primary consideration' zijn. Nederland heeft in de praktijk moeite om het belang van het kind een prominente plaats te geven in het gezinsmigratiebeleid. In dit onderzoek is aan de hand van deskresearch en een jurisprudentieanalyse antwoord gegeven op de vraag:

Op welke wijze dient het begrip 'primary consideration' uit artikel 3 IVRK te worden ingevuld in het gezinsmigratiebeleid?

De vraag wordt beantwoord aan de hand van de vaststelling en weging van het 'belang van het kind' in het IVRK, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het recht van de Europese Unie.

1. De vaststelling en weging van 'het belang van het kind' in het IVRK

Artikel 3 IVRK stelt dat bij alle maatregelen die kinderen aangaan, het belang van het kind de primaire overweging moet zijn. De 'primaire overweging' betekent volgens het VN-Kinderrechtencomité dat het belang van kinderen niet op gelijke waarde mag worden beoordeeld als de belangen van anderen, maar als zwaarwegender aangemerkt moet worden. Voor het VN-Kinderrechtencomité valt de functie van artikel 3 lid 1 in drie te onderscheiden functies uiteen:

1. **een inhoudelijk recht:** het recht van het kind om zijn belang(en) te laten vaststellen en de erkenning daarbij dat dit/deze belang(en) in beginsel prioriteit geniet in de afweging met andere belangen.
2. **een fundamenteel, interpretatief beginsel:** wanneer een bepaling meerdere interpretaties openlaat, moet worden gekozen voor de interpretatie die in het belang van het kind is.
3. **een procedureregulering:** bij elke beslissing die genomen wordt die invloed heeft op een specifiek kind, een bepaalde groep kinderen of kinderen in het algemeen, moet bij het besluitvormingsproces een inschatting worden gemaakt van het belang van het betrokken kind of de betrokken kinderen. Hierbij dient te worden gemotiveerd hoe het belang van het kind is vastgesteld, op basis van welke criteria en hoe dit belang is afgewogen tegen andere belangen.

Het begrip 'belang van het kind' moet ingevuld worden afhankelijk van de individuele situatie. Het holistisch karakter van het IVRK maakt dat dit dient te gebeuren aan de hand van de voor een concrete situatie meest relevante IVRK-artikelen. In *General Comment 14* geeft het VN-Kinderrechtencomité een niet limitatieve lijst van aspecten waarmee rekening gehouden zou moeten worden. Voor gezinsmigratie is daarbij van belang dat in diverse artikelen in wordt gegaan op de verhouding tussen ouder(s) en kinderen. Uit de artikelen blijkt dat groot belang wordt gehecht aan de betekenis van de (gezins)omgeving waarin het kind opgroeit. Een hoofdregel lijkt afgeleid te kunnen worden uit artikel 9 lid 1 IVRK: het is in beginsel in het belang van het kind om samen met zijn ouder(s) te kunnen leven, tenzij expliciet blijkt dat dit niet in het belang van het kind is. Uit artikel 10 blijkt verder dat de Staat bij de behandeling van een verzoek om gezinshereniging een positieve grondhouding moet tonen.

In Nederlandse wetgeving- of beleid is op geen enkele plaats aangegeven hoe bij (gezins)migratie omgegaan dient te worden met het IVRK of met het 'belang van het kind'. Ook in de jurisprudentie over het IVRK bij gezinsmigratie blijkt dat het verdrag nog onvoldoende wordt gebruikt.

2. De vaststelling en weging van 'het belang van het kind' in het EVRM

Het Europees Hof voor de Rechten van de mens (EHRM) ziet het kind als een zelfstandig rechtssubject, dat onafhankelijk van de positie van zijn/haar ouders eigen rechten heeft. Artikel 8 EVRM bevat het recht op respect voor het privé- en gezinsleven. Dit verdragsartikel fungeert in de praktijk als de ondergrens voor het Nederlands- en Europees gezinsmigratiebeleid.

Het hebben van gezinsleven met iemand die verblijfsrecht heeft op het grondgebied van een verdragsstaat van het EVRM, brengt niet automatisch het recht met zich mee om dit gezinsleven uit te oefenen in dat land. Wel moet er in dit soort zaken steeds een *fair balance* worden gevonden tussen de concurrerende belangen van de staat en de vreemdeling. Er bestaat daarbij een *margin of appreciation* voor de Staat. In de jurisprudentie van het Hof is bij het vinden van een *fair balance* steeds vaker aandacht gekomen voor kindspecifieke belangen. In het algemeen overweegt het Hof dat in zaken waarbij het gezinsleven is aangegaan terwijl de verblijfsstatus van één van de betrokkenen onzeker was en de gezinsleden zich hier bewust van waren, de uitzetting dan slechts in *exceptional circumstances* in strijd komt met artikel 8 EVRM. Vanuit het perspectief van het kind is het problematische aan dit toetsingskader dat (jonge) kinderen zich vaak niet bewust zullen zijn van de onzekere verblijfsstatus van zichzelf of hun gezinsleden. Bovendien zijn kinderen vrijwel nooit verantwoordelijk voor het aangaan van gezins- of privéleven gedurende verblijfsrechtelijk onzekere omstandigheden.

In diverse gezinsmigratiezaken verwijst het EHRM bij de toetsing aan het 'belang van het kind' naar het *Neulinger*-arrest. In dit arrest gaat het Hof uitgebreid in op de inhoudelijke betekenis van het 'belang van het kind' en hoe dit begrip in individuele zaken vastgesteld moet worden. Het gaat bij het vaststellen van het 'belang van het kind' om twee pijlers:

1. het belang om de band met zijn/haar familie te behouden, tenzij een uitzonderlijke situatie zich hiertegen verzet;
2. het belang om zich in een veilige situatie te ontwikkelen.

Het gaat er volgens het EHRM bij het vaststellen van het belang van het kind om dat steeds op individueel niveau naar het ontwikkelingsperspectief van het kind wordt gekeken. Daarbij zijn leeftijd, rijpheid, aan- of afwezigheid van ouders, omgeving en ervaringen van het kind belangrijke factoren. In de nationale procedure dient een diepgaande analyse gemaakt te worden van de hele familiesituatie, waarbij feitelijke, emotionele, psychologische, materiële en medische aspecten onderdeel uit dienen te maken van de belangenafweging. Over de belangenafweging stelt het EHRM in het *Neulinger*-arrest dat er een internationale consensus bestaat dat het belang van het kind "*must be paramount in all actions concerning children*".

In de baanbrekende *Jeunesse*-zaak verschaft het EHRM meer duidelijkheid over het gewicht dat het 'belang van het kind' toekomt in het kader van artikel 8 EVRM; het 'belang van het kind' is het meest gewichtige belang, maar niet op zichzelf al beslissend. Kortom, het 'belang van het kind' gaat in gewicht wel voor op andere belangen, maar in de belangenafweging weegt het belang van de vreemdeling(en) te licht als het 'belang van het kind' het enige belang is dat in zijn/haar voordeel spreekt. In nationale besluitvormingsprocedures dienen besluitvormingsorganen bij het beoordelen van aangedragen bewijs acht te slaan en onderzoek te doen naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een verwijdering van een buitenlandse ouder en zodoende effectieve bescherming en voldoende gewicht te geven aan het 'belang van het kind'.

Geen woord is er in het Nederlands beleid over artikel 8 EVRM opgenomen over de positie van minderjarige kinderen. De wijze waarop en welk gewicht het 'belang van het kind' krijgt ten opzichte van andere belangen blijft hierdoor onduidelijk. Het meer algemene feit dat uit de Hof-jurisprudentie is af te leiden dat het 'belang van het kind' een groot gewicht kent in de belangenafweging wordt vaak niet erkend. Dit probleem wordt in de nationale jurisprudentie over artikel 8 EVRM in stand gelaten doordat in jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over de toetsingsintensiteit rechters slechts terughoudend dienen te toetsen hoe belangen tegen elkaar zijn afgewogen. Deze jurisprudentie lijkt op gespannen voet te staan met de erkenning in de jurisprudentie van het Hof dat het 'belang van het kind' een zeer zwaarwegend

belang is en dat daarmee in zaken waarbij kinderen zijn betrokken de *margin of appreciation* voor staten aanmerkelijk kleiner is dan in andere zaken.

3. De vaststelling en weging van ‘het belang van het kind’ in de Europese Unie

De belangrijkste bronnen uit de EU die van invloed zijn op het Nederlandse gezinsmigratiebeleid zijn; het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (van toepassing op het handelen van lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen), de Gezinsherenigingsrichtlijn (in principe niet van toepassing op nationale onderdanen) en de verplichtingen die voortvloeien uit het Unieburgerschap. Binnen de EU is al jaren sprake van een toenemende aandacht voor- en invloed van kinderrechten. De verplichting uit artikel 3 IVRK dat het ‘belang van het kind’ in alle aangelegenheden die kinderen aangaan steeds een primaire overweging dient te zijn, komt op meerdere plaatsen in het Unierecht terug. Zo geeft artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie kinderrechten een centrale positie binnen de EU.

Hoe het begrip *‘primary consideration’* precies gewogen wordt door het Hof van Justitie bij belangen van kinderen laat zich nog niet precies afleiden. Wel is duidelijk dat het Hof een afweging in het voordeel van het ‘belang van het kind’ geboden acht indien de belangen van het kind evident worden geschaad door een specifieke uitleg van een Unierechtelijke bepaling.

De Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI) richt zich enkel op derdelanders (en in beginsel dus niet op Nederlanders die gezinshereniging aanvragen). In Nederland heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State recentelijk bepaald dat het inkomensvereiste uit de Nederlandse gezinsmigratieregelgeving op dezelfde wijze wordt toegepast op Nederlanders en derdelanders en de GRI daarmee ook op nationale onderdanen van toepassing is. De redenering lijkt ruimte te laten voor een bredere toepassing van de GRI op nationale onderdanen. De Richtlijn heeft als doel gezinshereniging te bevorderen. Ook wie niet aan de voorwaarden uit de Richtlijn voldoet, heeft recht op een individuele belangenafweging, waarbij het doel van de Richtlijn niet uit het oog verloren mag worden. De positieve grondhouding van de Richtlijn ten opzichte van gezinshereniging is verwant aan het vereiste van welwillendheid dat artikel 10 IVRK stelt aan de behandeling van gezinsherenigingsverzoeken. De implementatie van de GRI door Nederland schiet tekort; in feite wordt de afweging en toetsing aan individuele omstandigheden in Nederland gelijkgesteld aan de toets aan artikel 8 EVRM. De Europese Commissie (EC) heeft op 3 april 2014 Richtsnoeren (of: Guidelines) ter verduidelijking van de Gezinsherenigingsrichtlijn gepresenteerd. In de Richtsnoeren wordt een aantal keren specifiek op de positie van kinderen ingegaan. De EC stelt mede dat wanneer lidstaten een verzoek tot gezinshereniging behandelen, lidstaten er voor dienen te zorgen dat het kind niet tegen zijn wil van zijn ouders wordt gescheiden. Dit is voor de Commissie slechts anders wanneer de belangen van de kinderen een dergelijke scheiding juist vereisen. De EC spoort lidstaten aan, vanuit de behartiging van het ‘belang van het kind’, om geen administratieve kosten in rekening te brengen bij gezinsherenigingsverzoeken die door kinderen zijn ingediend.

Sinds 2011 is er met het Zambrano-arrest een nieuwe mogelijkheid tot gezinshereniging tot stand gekomen, een derdelander ouder waarvan een minderjarige Unieburger afhankelijk is, kan onder voorwaarden een afhankelijk verblijfsrecht krijgen. Dit Zambrano-criterium luidt: *ontzegging van het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerschapsrechten is in strijd met art. 20 VWEU (rechten als Unieburger). Daarvan is sprake indien een derdelander ouder die jonge (minderjarige) Unieburger kinderen ten laste heeft een verblijfsvergunning en arbeidsvergunning wordt ontzegd. Aangezien het in die situatie te verwachten is dat een dergelijke ontzegging van een verblijfsvergunning ertoe zal leiden dat deze kinderen, burgers van de Unie, zullen worden verplicht om het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouder te volgen.* Het doel van dit verblijfsrecht is niet gelegen in respect voor het gezinsleven, maar in het effectueren van de rechten die voortvloeien voor Unieburgers.

Hoewel de Zambrano-jurisprudentie geen expliciete verwijzingen naar kinderrechten bevat, is het gegeven dat het kind als primair rechthebbende wordt gezien waarvan de ouder(s) onder omstandigheden een afhankelijk verblijfsrecht kunnen ontlenen, zonder meer in lijn met de basisidee van het VN-Kinderrechtenverdrag dat het kind als zelfstandig rechtssubject moet worden gezien. Het feit dat de afhankelijkheidsrelatie van het kind ten opzichte van zijn ouders centraal staat

in de beoordeling van het verblijfsrecht van de ouder, maakt dat het Zambrano-criterium impliciet een afweging bevat over het 'belang van het kind'. Nederland geeft in de praktijk een zeer strikte uitleg aan het Zambrano-criterium die bij de vaststelling of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen het kind en zijn derdelander ouder onvoldoende erkenning geeft aan het 'belang van het kind' daarbij.

Concluderend

Uit de analyse van het Europese en Nederlandse gezinsmigratiebeleid blijkt dat het 'belang van het kind' een steeds prominentere rol krijgt. Het VN-Kinderrechtencomité, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de EU geven in de rechtspraak duidelijke handvatten mee om het 'belang van het kind' vast te stellen en te wegen ten opzichte van andere belangen. Het Nederlandse gezinsmigratiebeleid brengt gezinnen onnodig in de knel door hier geen opvolging aan te geven. Nederland wijst daarmee te makkelijk verzoeken om gezinshereniging af. Startpunt van de wijziging in Nederland zou een positieve grondhouding moeten zijn ten opzichte van het recht op gezinsleven voor het kind.

BIJLAGE: OVERZICHT AANBEVELINGEN

INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE DE RECHTEN VAN HET KIND

Voor de Staat:

- Neem 'het belang van het kind' op in de Vreemdelingenwet. Creëer een duidelijk toetsingskader voor de aspecten die mee worden genomen bij de vaststelling van het belang van het kind en de mate van weging van deze aspecten. Bij de invulling van dit kader dient General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité leidend te zijn. Voor verdere uitwerking in werkinstructies zou daarnaast inspiratie kunnen worden gehaald uit het ontwikkelingsvoorwaardenmodel en de Best Interest of the Child (BIC) Questionnaire van het Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht van de Rijksuniversiteit Groningen.

Voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst als uitvoerder voor de Staat:

- Toon conform artikel 10 IVRK bij de behandeling van een gezinshereningsverzoek een positieve grondhouding.
- Behandel gezinsmigratiezaken conform artikel 10 IVRK met spoed; wijs aanvragen van gezinnen niet af om het enkele feit dat iemand geen Machtiging tot Voorlopig Verblijf kan overleggen.
- Stel het 'belang van het kind' concreet vast door toepassing van de aspecten die worden weergegeven in General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité en de voor gezinshereningszaken essentiële artikelen uit het IVRK: artikel, 5, 7, 8, 9, 10 en 16 IVRK.

Voor de rechterlijke macht:

- Een nadere uitwerking in wet-en regelgeving van de belangen van kinderen is geen voorwaarde voor rechters om te kunnen toetsen aan artikel 3 IVRK. Rechterlijke instanties worden concreet genoemd als instantie voor wie de inhoudelijke verplichting uit artikel 3 IVRK geldt. Waar belangen worden afgewogen en er belangen van kinderen aan de orde zijn, daar bepaalt artikel 3 IVRK dat het 'belang van het kind' in beginsel voor gaat en afwijking van dit belang een deugdelijke motivering behoeft.
- Bouw de samenwerking en uitwisseling van expertise tussen kinderrechters en vreemdelingenrechters uit, door in complexe zaken waar er een raakvlak is tussen familierecht en vreemdelingenrecht, als meervoudige kamer met daarin zowel bestuursrechters als een kinderrechter over de zaak te beslissen.

EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE VRIJHEDEN

Voor de Staat:

- Neem een concrete toetsing aan het 'belang van het kind' op in wetgeving en/of het beleid over artikel 8 EVRM. Hierin is vastgelegd dat het 'belang van het kind' dient te gelden als het zwaarstwegende belang, gezien ten opzichte van andere individuele belangen. In een belangenafweging kunnen andere belangen voor gaan, mits afdoende wordt gemotiveerd waarom dat in dit specifieke geval zo is.

Voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst als uitvoerder voor de Staat:

- Verzamel in navolging van de jurisprudentie van het EHRM actief informatie bij zaken waar kinderen bij zijn betrokken. Schakel deskundigen in om het 'belang van het kind' te laten onderzoeken. Dit deskundigenrapport dient expliciet meegenomen te worden in de verdere belangenafweging. In het Neulinger-arrest wordt een duidelijke methode gegeven voor hoe in individuele procedures omgegaan moet worden met het belang van het kind. Op individueel

niveau moet naar het ontwikkelingsperspectief van het kind worden gekeken. Daarbij zijn volgens het EHRM leeftijd, rijpheid, aan- of afwezigheid van ouders, omgeving en ervaringen van het kind belangrijke factoren. In de nationale procedure dient een diepgaande analyse gemaakt te worden van de hele familiesituatie, waarbij feitelijke, emotionele, psychologische, materiële en medische aspecten onderdeel uitmaken van de belangenafweging.

- Onderzoek de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een negatief besluit voor het bij de zaak betrokken kind of kinderen.
- Laat expliciet in de motivering van het besluit de afweging van belangen zien. Toon daarbij aan dat het 'belang van het kind' is gewogen conform de Hof-jurisprudentie.

Voor de rechterlijke macht:

- Beoordeel in lijn met de artikel 8 EVRM jurisprudentie, hoe de 'belang van het kind'-toets concreet is toegepast, door te kijken naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van de uitzetting van een buitenlandse ouder. Een dergelijke toets zal ook consequenties moeten hebben voor de nationale rechterlijke toetsing. De lijn van de Afdeling, waarbij de nadruk ligt op het toetsen of alle belangen zijn meegenomen en slechts terughoudend wordt getoetst hoe de belangen tegen elkaar zijn afgewogen, kan geen stand houden gelet op het oordeel van het EHRM in de Jeunesse-zaak.

RECHT VAN DE EUROPESE UNIE

Voor de Staat

- Breng de Nederlandse wetgeving in overeenstemming met de Gezinsherenigingsrichtlijn (GRI); typerende artikelen uit de richtlijn die verplichten tot een individuele belangenafweging zoals artikel 5 lid 5 GRI en artikel 17 GRI dienen voor alle gezinsmigratiezaken overgenomen te worden in Nederlandse wet- of regelgeving.
- Breng geen administratieve kosten in rekening bij gezinsherenigingsverzoeken die door kinderen zijn ingediend.
- Kom tot nationale richtsnoeren die uitdrukking geven aan de betekenis en de wijze van toetsen aan het 'belang van het kind' in individuele gezinsherenigingsprocedures.
- Geef in navolging van de aanbeveling van het College voor de Rechten van de Mens aan artikel 24 Handvest (rechten van kinderen) een zelfstandige en prominente plek in wetgeving en beleid.
- Pas het zeer rigide beleid over de toepassing van het Zambrano-criterium aan; beantwoord de vraag of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen het kind en zijn derdelanderouder aan de hand van het 'belang van het kind' en de vraag of er een wettelijke, financiële of affectieve last is bij de ouder om voor het kind te zorgen.

Voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst als uitvoerder voor de Staat:

- Neem als basisuitgangspunt, in lijn met de GRI, dat een gezin herenigd moet worden. De toets aan het 'belang van het kind' is dan geen correctie of compensatie op een restrictief toetsingskader, maar een versterking van een toetsingskader dat op zichzelf een positieve basishouding ten opzichte van gezinshereniging heeft.
- Kijk bij afwijzing van gezinsherenigingszaken op basis van voorwaarden die in algemeen beleid zijn gesteld altijd nog naar de belangen van bij de zaak betrokken kinderen.

Voor de rechterlijke macht:

- Pas in zaken waarop de Gezinsherenigingsrichtlijn van toepassing is niet langer de restrictieve toets aan 8 EVRM toe, maar toets aan artikel 5 lid 5 en 17 lid GRI en 7 Handvest in het licht van de doelstelling van de Richtlijn om gezinshereniging te bevorderen.
- Stel prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over hoe zwaar artikel 5 lid 5 en artikel 24 Handvest wegen? Hoeveel ruimte laten deze bepalingen nog aan Staten om een eigen belangenafweging te maken?
- Toets de voor het Zambrano-criterium relevante feiten in het licht van artikel 3 IVRK of artikel 24 Handvest. Betrek bij de toets aan het Zambrano-criterium de familierechtelijke gevolgen.

LITERATUURLIJST

Aarrass 2010

B. Aarrass, 'Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van 'privéleven' in migratiezaken: *Asiel & Migrantenrecht* 2010-04.

Alston 1994

P. Alston (red.), *The best interests of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford: Clarendon Press 1994.

Ankersmit en Geursen 2011

L.J. Ankersmit en W. Geursen, 'Ruiz Zambrano: de interne situatie voorbij', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2011-04.

Bartels en Heiner 1994

A. Bartels en H. Heiner, 'De condities voor optimale ontwikkeling: Het belang van het kind in hulpverlening, preventie en beleid', *Jeugd en Samenleving* 1994, nr. 5.

Beltman 2013

Beltman in *JV* 2013/229.

Boeles 2004

Boeles in *JV* 2004/449.

Blaak, Bruning, Eijgenraam, Kaandorp en Meeuwese 2012

M. Blaak, M. Bruning, M. Eijgenraam, M. Kaandorp en S. Meeuwese (red.), *Handboek Internationaal jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012.

Boeles, Den Heijer, Lodder en Wouters 2014

P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder en K. Wouters, *European Migration Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014.

Bruning, Liefwaard en Vlaardingerbroek 2013

M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingerbroek, *Sdu Commentaar Jeugdrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Van Bueren 1998

G. van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1998.

Cardol 2007

G. Cardol, 'De betekenis van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor gezinshereniging', *Migrantenrecht* 2007-01-02.

Cardol 2013

G. Cardol, 'Ruiz Zambrano vanuit familie- en jeugdrechtelijk perspectief', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2013-08.

Davies 2011

G. Davies, 'Ruiz Zambrano en de non-EU ouders van (bijna) Nederlandse kinderen', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2011-07.

Detrick 1992

S. Detrick (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide tot the "Travaux Préparatoires*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1992.

Detrick 1999

S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International 1999.

Drywood 2007

E. Drywood, 'Giving with One Hand, Taking With the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision', *European Law Review* 2007.

College voor de Rechten van de Mens 2014

Gezinnen Gezien? Onderzoek naar Nederlandse regelgeving en uitvoeringspraktijk in het licht van de Europese Gezinsherenigingsrichtlijn, College voor de Rechten van de Mens, 2014.

Groenendijk 2014

C.A. Groenendijk, 'Gezinshereniging met Nederlanders uit immigrantengroepen – Straatsburg uit kritiek op Nederlandse toetsing van de belangen van kinderen', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2014- 08-09.

Heiner en Bartels 1989

J. Heiner en A.A.J. Bartels, 'Jeugdstrafrecht en het belang van het kind: Het belang van het kind nader omschreven', *FJR – Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1989, nr. 3.

Hodgkin en Newell 2007

R. Hodgkin en P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF 2007.

Joseph, Shultz en Castan 2004

S. Joseph, J. Schultz en M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Material and Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Kalverboer en Beltman 2014

M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures. De toepassing van General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité ter doorbreking van de impasse ten aanzien van het 'belang van het kind'-beginsel in vreemdelingenprocedures', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2014-7/8.

Kalverboer 2014

M.E. Kalverboer, *Het belang van het kind in het vreemdelingenrecht; Pedagogisch geduid en gewogen*, Amsterdam: SWP 2014.

Kalverboer en Zijlstra 2006a

M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, *Het belang van het kind in het Nederlands recht. Voorwaarden voor ontwikkeling vanuit een pedagogisch perspectief*, Amsterdam: SWP 2006.

Kalverboer en Zijlstra 2006b

M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, *Kinderen uit asielzoekersgezinnen en het recht op ontwikkeling. Het belang van het kind in het Vreemdelingenrecht*. Amsterdam: SWP 2006.

Kilkelly 2010

U. Kilkelly, 'Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations', *Northern Ireland Legal Quarterly* 2010-3.

Kinderrechtencollectief 2014

Kinderrechtencollectief, *Kinderrechten in Nederland, 4de NGO rapportage van het Kinderrechtencollectief*, Leiden 2014.

Klaassen en Lodder 2014

M.A.K. Klaassen en G.G. Lodder, 'Kroniek Gezinshereniging II. Artikel 8 EVRM', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2014-02.

Kohm 2008

L.M. Kohm, 'Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence', *Journal of Law & Family Studies* 2008.

Lodder 2012

G.G. Lodder, 'Het recht van kinderen op een gezinsleven', in: G.G. Lodder en P.R. Rodrigues (red.), *Het kind in het immigratierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Lodder 2013

G. Lodder, 'Het Zambrano-criterium in Nederland: een tussenstand', *Asiel & Migrantenrecht* 2013-01.

McGlynn 2002

C. McGlynn, 'Rights for Children?: The Potential Impact of the European Charter of Fundamental Rights', *European Public Law* 2002-08.

Meuwese 2003

S. Meuwese, 'Positive' is welwillender dan welwillend', *Migrantenrecht* 2003-07.

Nieuwenhuis, Stolker en Valk 2011

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2011.

d'Oliveira 2011

H.U. d'Oliveira, 'Unieburger in eigen land!', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2011-02.

Van Os 2012

E.C.C. van Os, 'Het kind in het migratierecht. Het hele Kinderrechtenverdrag voor minderjarige migranten en asielzoekers', in: G.G. Lodder en P.R. Rodrigues (red.), *Het kind in het immigratierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Reneman 2011

A.M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden', *Asiel & Migrantenrecht* 2011-08.

Smyth 2012

C. Smyth, 'The Best Interests of the Immigrant Child in the European Courts: Problems and Prospects', in: G.G. Lodder en P.R. Rodrigues, *Het kind in het immigratierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Smyth 2013

C. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child*, Leiden: Boexpress 2013.

Spijkerboer 2009

T. Spijkerboer, Structural Instability: 'Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion', *European Journal of Migration and Law* 2009-11.

Spijkerboer 2013

T.P. Spijkerboer, 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en kinderrechten in het vreemdelingenrecht', in: C.J. Forder, *Rechterlijke creativiteit en de rechten van het kind*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Spijkerboer 2014a

T.P. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

Spijkerboer 2014b

T. Spijkerboer, 'De Afdeling bestuursrechtspraak is helemaal niet formalistisch', *Journal Vreemdelingenrecht* 2014-04.

Stalford 2012

H. Stalford, *Children and the European Union. Rights, welfare and accountability*, Oxford: Hart Publishing 2012.

Strik 2011

M.H.A. Strik, *Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen: De wisselwerking tussen nationaal en Europees niveau*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Strik, Ullersma en Werner 2012

M.H.A. Strik, C. Ullersma en J. Werner, 'Nareis: Het onderzoek naar de gezinsband in de praktijk', *Asiel & Migrantenrecht* 2012-09.

De Vries 2011

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

Werner 2015

J. Werner, 'De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2015-01.

Jurisprudentie:**Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State**

ABRvS 12 april 2007, JV 2007/241

ABRvS 27 november 2008, JV 2009/50

ABRvS 7 februari 2012, JV 2012/152

ABRvS 7 maart 2012, 201102780/1/V1

ABRvS 7 maart 2012, 20115729/1/V1

ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1

ABRvS 7 maart 2012, 201108763/1/V2

ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0833

ABRvS 20 december 2012, JV 2013/89 m. nt. Nissen

ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8706.

ABRvS 16 april 2013, JV 2013/229 m. nt. Beltman

ABRvS 23 januari 2013, 201200110/1/V1

ABRvS 28 juni 2013, JV 2013/289 m. nt. Weterings

ABRvS 18 oktober 2013, 201208082/1/V1

ABRvS 9 oktober 2014, JV 2015/25

ABRvS 17 december 2014, JV 2015/60 m. nt. Groenendijk

ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1044

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 19 februari 1996, Gül t. Zwitserland, RV 1996/23

EHRM 28 november 1996, 21702/93, Ahmut t. Nederland

EHRM 2 augustus 2001, Boultif t. Zwitserland, JV 2001/254 m. nt. Boeles

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

EHRM 26 april 2002, Pretty t. het VK, 2346/02

EHRM 20 juni 2002, 50963/99, Al-Nashif t. Bulgarije, JV 2002/239, m. nt. E. Guild

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

EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, JV 2006/90 m. nt. Boeles

EHRM 18 oktober 2006, Üner t. Nederland, JV 2006/417 m. nt. Boeles

EHRM 23 juni 2008, Maslov t. Oostenrijk, JV 2008-267 m. nt. Boeles

EHRM 31 juli 2008, Darren Omoregie t. Noorwegen, JV 2008/330 m. nt. Boeles

EHRM 12 november 2008, Demir & Baykara t. Turkije, 34503/97

EHRM 27 april 2010, 16318/07, Moretti en Benedetti t. Italië

EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, RV 2010/98 m. nt. Ruitenbergh

EHRM 14 juni 2011, Osman t. Denemarken, JV 2011/331 m. nt. Van Walsum en RV 2011/19 m. nt. Arbaoui

EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum

EHRM 20 september 2011, A.A. t. het VK, JV 2011/484 m. nt. Van Walsum

EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, Genovese t. Malta, JV 2012/107

EHRM 3 november 2011, Arvelo Aponte t. Nederland, JV 2012/3

EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, JV 2012/170 m. nt. Van Walsum en RV 2012/18 m. nt. Werner

EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m. nt. Stronks en RV 2012/21 m. nt. Brink

EHRM 30 juli 2013, Berisha t. Zwitserland, JV 2013/302

EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, JV 2014/320, m. digi-nt. Werner

EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, JV 2014/343 m. nt. P. Boeles

EHRM 2 april 2015, Sarközi en Mahran t. Oostenrijk, 27945/10

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap/Unie

HvJEG 24 oktober 1996, Kraaijeveld, C-72/95

HvJEG 26 juni 2006, Parlement t. de Raad, JV 2006/313 m. nt. Boeles

HvJEU 23 december 2009, c-403/09 Deticek

HvJEU 2 maart 2010, Rottman, C-135/08

HvJEU 4 maart 2010, Chakroun, JV 2010/177 m. nt. Groenendijk

HvJEU 8 maart 2011, Zambrano, JV 2011/146 m.nt. Boeles.

HvJEU 15 november 2011, C-256/11, JV 2012/6

HvJEU 6 december 2012, O, S & L, JV 2013/87

HvJEU 6 juni 2013, C-648/11, JV 2013/250

HvJEU 10 oktober 2013, C-86/12, Alokpa e.a., JV 2013/378

HvJEU 7 november 2013, C-313/12

HvJEU 11 december 2014, Boudjlida, ECLI:EU:C:2014:2431

Centrale Raad van Beroep

CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665

COLOFON

Copyright © 2015 Defence for Children, alle rechten voorbehouden.

Tekst en redactie

Jorg Werner
Martine Goeman

Druk

Stenco Grafimedia, Diemen

Oplage

300 ex.

Ontwerp

Designink.nl, Den Haag

Dit rapport is ook (gratis) online beschikbaar;
www.defenceforchildren.nl

Publicatie

Defence for Children
Postbus 11103
2301 EC Leiden
Nederland

Telefoon: +31 (0)71 516 09 80
Fax: +31 (0)71 516 09 89
E-mail: info@defenceforchildren.nl

www.defenceforchildren.nl

Dit onderzoek is financieel mogelijk gemaakt door Adessium Foundation.



ADESIUM
FOUNDATION

Uitgave

Defence for Children
Postbus 11103
2301 EC Leiden
Nederland

Telefoon: +31 (0)71 516 09 80

Fax: +31 (0)71 516 09 89

E-mail: info@defenceforchildren.nl

www.defenceforchildren.nl

