

Verblijfsrechten van buitenlandse moeders bij hun minderjarige Nederlandse kind

Bekeken naar Nederlands recht, het recht van de Europese Unie, het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en het Internationaal Verdrag voor de Burgerrechten en Politieke Rechten

Laura van der Krogt
Scriptiebegeleider: Prof. Mr. P. Boeles
Leiden, januari 2005

Inhoudsopgave

Inleiding	p. 5
Hoofdstuk 1 Nederlands recht	p. 8
1.1 Inleiding	p. 8
1.2.1 Nederlanderschap	p. 10
1.2.2 Jurisprudentie	p. 10
1.2.3 Nationaliteit als grondrecht	p. 10
1.3.1 Persoonlijkheidsrechten	p. 11
1.3.2 Algemene persoonlijkheidsrechten onder Duits recht	p. 11
1.3.3 Algemene persoonlijkheidsrechten onder Nederlands recht	p. 13
1.4.1 Vreemdelingenwet 2000	p. 15
1.4.2 Gezinsleven in de zin van de Vw 2000	p. 16
1.4.3 Vereisten voor een verblijfsvergunning inzake gezinsleven	p. 17
1.4.4 Voorwaarden met betrekking tot de verzoeker	p. 18
1.4.5 Voorwaarden met betrekking tot de hoofdpersoon	p. 19
1.4.6 Verruimde gezinshereniging	p. 19
1.4.7 Andere verblijfsdoelen en discretionaire bevoegdheid van de Minister	p. 20
1.4.8 Wijziging verblijfsdoel	p. 21
1.4.9 De oude Vreemdelingenwet	p. 22
1.4.10 Reden voor een restrictieve uitleg van het begrip gezinsleven	p. 26
1.5. Conclusie	p. 27
Hoofdstuk 2 Europees recht	p. 30
2.1 Inleiding	p. 30
2.1.1 Doelstellingen van de Europese Unie	p. 30
2.2.1 Nationaliteitsrecht	p. 31
2.3.1 Algemene beginselen van gemeenschapsrecht	p. 33
2.4.1 Vrij verkeer van personen	p. 34
2.4.2 Gezinsleven	p. 35
2.4.3 Baumbast en R.	p. 36
2.4.3.1 Feiten	p. 36
2.4.3.2 Prejudiciële vragen	p. 36
2.4.3.2.1 Recht op verblijf en onderwijs	p. 36
2.4.3.2.2 Recht op verblijf verzorgende ouder	p. 37
2.4.3.2.3 Unieburgerschap	p. 38
2.4.3.2.4 Evenredigheidsbeginsel	p. 39
2.5.1 Economisch niet-actieve gemeenschapsonderdanen	p. 39
2.5.2 Chen	p. 40
2.5.2.1 Feiten	p. 40
2.5.2.2 Prejudiciële vragen	p. 41
2.5.2.2.1 Verblijfsrechten van een minderjarige gemeenschapsonderdaan	p. 41
2.5.2.2.2 Verblijfsrecht verzorgende ouder	p. 42
2.6.1 Grensoverschrijdend element	p. 43
2.6.2 Legaal of illegaal	p. 44
2.6.3 Art. 8 EVRM	p. 44
2.6.4 Richtlijn 2003/86	p. 45
2.6.5 Rechten van kinderen onder het gemeenschapsrecht	p. 46
2.7 Conclusie	p. 46

Hoofdstuk 3 Verblifsrechten op grond van het EVRM	p. 50
3.1 Inleiding	p. 50
3.1.1 Interne werking verdragsbepalingen	p. 50
3.1.2 Toetsingsmethode van het EVRM	p. 51
3.1.3 Uitspraken van het Hof	p. 51
3.2.1 Nationaliteitsrechten in het EVRM	p. 52
3.3.1 Art. 3 vierde protocol	p. 52
3.4.1 Persoonlijksrechten	p. 54
3.5.1 Recht op respect voor family life	p. 55
3.5.2 Positieve en negatieve verplichtingen van de verdragsstaat	p. 56
3.5.3 Tijdens illegaal verblijf ontstaan gezinsleven	p. 57
3.5.4 Tijdens legaal verblijf ontstaan gezinsleven	p. 57
3.5.5 Niet-verzorgende ouder	p. 58
3.5.6 Boultif	p. 59
3.5.7 Verzorgende ouder met de Nederlandse nationaliteit	p. 60
3.5.7.1 Ahmut	p. 60
3.5.7.2 Kritiek op Ahmut	p. 61
3.5.8 Rodrigues da Silva Hoogkamer	p. 62
3.6.1 Toepassing van art. 8 EVRM in het Nederlandse recht	p. 64
3.7 Conclusie	p. 66
Hoofdstuk 4 Verblifsrechten op grond van het IVBPR	p. 70
4.1 Inleiding	p. 70
4.1.1 Individueel klachtrecht	p. 70
4.2.1 Nationaliteitsrechten in het IVBPR	p. 71
4.3.1 Persoonlijksrechten	p. 71
4.4.1 Bescherming van privé-leven en family life	p. 71
4.4.2 Bescherming van de rechten van het kind	p. 72
4.4.3 Winata	p. 73
4.4.3.1 Kritiek op Winata	p. 75
4.4.4 Verzorgende ouder	p. 76
4.5 Toepassing van het IVBPR in het Nederlandse recht	p. 76
4.6 Conclusie	p. 77
Hoofdstuk 5 Conclusie	p. 79
Literatuurlijst	p. 83

Inleiding

Het lijkt wellicht vanzelfsprekend dat een Nederlands kind opgroeit in Nederland. Bovendien is het zelfs aan het begin van de 21^e eeuw geen vreemde gedachte dat een moeder de verzorging en opvoeding van haar kind op zich wil nemen. Echter, in sommige gevallen is geen sprake van een dergelijke vanzelfsprekendheid. Onder bepaalde omstandigheden kan het Nederlandse vreemdelingenrecht kan het beoogde gezinsleven van moeder en kind in Nederland doorkruisen. Hiervan kan sprake zijn indien het kind de Nederlandse nationaliteit bezit en de moeder de nationaliteit bezit van een ander land dat geen lid is van de Europese Unie. In de regelgeving wordt weinig rekening gehouden met deze moeders en hun kinderen.

Het gezinsleven is ontstaan door de relatie van deze buitenlandse vrouw met een Nederlandse man en door de geboorte van het kind. Verschillende feitencomplexen kunnen hieraan ten grondslag liggen.

Ten eerste kan sprake zijn van de omstandigheid waarin een vrouw verblijft in Nederland op grond van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd. De beperking waaronder deze vergunning is afgegeven is verblijf bij een Nederlands partner. Deze beperking is neergelegd in de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000. Het betreft een afhankelijke verblijfsvergunning. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat het recht om in Nederland te verblijven voor de vrouw afloopt op het moment waarop de relatie wordt beëindigd. Een dergelijke vergunning wordt afgegeven voor een jaar. Elk jaar kan een verzoek worden ingediend tot verlenging van de vergunning. Na drie jaar kan een zelfstandige -niet afhankelijke- verblijfsvergunning worden verleend aan de vrouw. Indien uit de relatie tussen de Nederlandse man en de vreemdeling een kind wordt geboren, krijgt dit kind bij erkenning door de vader de Nederlandse nationaliteit. Op grond van art. 3 lid 1 Rijkswet op het Nederlanderschap volgt dit uit het feit dat de vader ten tijde van de geboorte de Nederlandse nationaliteit bezit.¹ Het gevolg is

¹ Th. Holterman, *Vreemdelingenrecht, Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, zesde, geheel herziene druk, Kluwer:Deventer 2002, p. 13.

dat het kind automatisch gerechtigd is om in Nederland te verblijven. Echter, de moeder is nog steeds afhankelijk van haar partner voor het verblijfsrecht. Indien de relatie binnen drie jaar tot een einde komt, leidt dit ertoe dat de vreemdeling Nederland dient te verlaten met achterlating van haar Nederlandse kind. Een andere mogelijkheid is om terug te keren naar het land van herkomst met en het minderjarige kind mee te nemen.

Een andere situatie ontstaat wanneer de vrouw tijdens een illegaal verblijf in Nederland bevalt van een kind dat via erkenning door de vader de Nederlandse nationaliteit verkrijgt.

In deze scriptie zal ik onderzoeken welke mogelijkheden er binnen de Nederlandse wet- en regelgeving bestaan voor het uitoefenen van een gezinsleven binnen Nederland. Vervolgens zal ik mij concentreren op de rechten die gelden ten aanzien van gezinsleven op grond van het recht van de Europese Unie, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

Daarbij zal het antwoord op een aantal vragen tevens van belang zijn. Ik zal mij bezighouden met de vraag naar de waarde van het Nederlanderschap van het kind? Ook zal ik onderzoeken of andere grondrechten of rechtsbeginselen tot een recht op gezinsleven in Nederland kunnen leiden voor moeder en kind. Daarnaast is het van belang of de vrouw eerder legaal of illegaal verblijf heeft gehad in Nederland. Verder zullen de verbroken band met de Nederlandse vader en het feit dat de moeder als enige verzorger optreedt een rol? Tenslotte zal ook de leeftijd van het minderjarige kind aan de orde komen.

In hoofdstuk één zal ik eerst onderzoeken welke invulling binnen het Nederlandse recht wordt gegeven aan het Nederlanderschap van het minderjarige kind. Ook zullen de mogelijkheden om meer inhoud te geven aan het algemeen persoonlijkheidsrecht aan de orde komen. Vervolgens zal het systeem van de Vreemdelingenwet 2000 worden uitgelegd voorzover dit noodzakelijk is voor het begrip van de casus. Daarbij zal worden ingegaan op het limitatieve stelsel van beperkingen bij de verlening van een reguliere verblijfsvergunning. Er wordt bekeken waarom deze casus zowel buiten de regeling inzake gezinshereniging en gezinsvorming, als buiten die inzake verruimde gezinshereniging valt. Ook zal de discretionaire bevoegdheid van de Minister van Justitie aan de orde komen. Daarbij zal worden onderzocht hoever deze bevoegdheid reikt en op welke wijze er tot op heden gebruik van is gemaakt. Ook komt aan bod wat de achtergrond is van dit hiaat in de regelgeving.

In hoofdstuk twee wordt het recht van de Europese Unie behandeld. Hierbij zal duidelijk worden hoe het *acquis communautaire* zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld van zuiver economisch recht tot een geheel van rechten en plichten, waarbij mensenrechten en rechtsbeginselen een belangrijke rol spelen. Vooral de ontwikkelingen aangaande de rechten van economisch niet-actieve gemeenschapsburgers en aangaande afgeleide rechten zijn bepalend voor de casus van deze scriptie. Een belangrijke vraag is of kinderen onder het gemeenschapsrecht evenveel rechten hebben als volwassenen. Daarnaast zal worden bekeken of dergelijke rechten ook bestaan indien er geen sprake is van grensoverschrijdend verkeer.

In hoofdstuk drie komt het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) aan de orde. Er zal aan de hand van rechtspraak worden bekeken wat de reikwijdte is van het in art. 8 EVRM vervatte recht op family life en of dit verschilt van de invulling die onder Nederlands recht aan dit begrip wordt gegeven. Ook het verbod op uitzetting van eigen onderdanen van art. 3 van protocol vier zal worden besproken.

Hoofdstuk vier behandelt het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Daarbij zal worden bekeken welke in dit verdrag opgenomen bepalingen van belang kunnen zijn met betrekking tot het verblijfsrecht van een moeder bij haar kind. Er zal aandacht worden besteed aan de reikwijdte van de bepalingen en welke impact zij kunnen hebben op de Nederlandse regelgeving. Dit zal gebeuren aan de hand van een vrij recente uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens.

Hoofdstuk vijf is een concluderend hoofdstuk. Hierin zal worden gezien of de Nederlandse regelgeving een ongeoorloofde inbreuk vormt op door het EVRM, IVBPR of het Europees recht gegarandeerde rechten.

Hoofdstuk 1 Nederlands recht

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke mogelijkheden de Nederlandse wet-en regelgeving biedt ten aanzien van de rechten van een buitenlandse moeder en haar minderjarige kind om in Nederland tot de uitoefening van hun recht op gezinsleven te komen. In deze casus is het Nederlanderschap van het minderjarige kind een factor die naar mijn mening van belang is bij de beoordeling van het verblijfsrecht van moeder en kind. Daarom zal ik eerst onderzoeken of er rechten zijn verbonden aan het bezitten van de Nederlandse nationaliteit en zo ja, welke rechten dit zijn.

Vervolgens zal ik aandacht besteden aan het leerstuk van de algemene persoonlijkheidsrechten en de jurisprudentie daaromtrent. Tenslotte zal de regelgeving en jurisprudentie op grond van de Vreemdelingenwet 2000 worden onderzocht.

1.2.1 Nederlanderschap

In het kader van het vraagstuk over het Nederlanderschap van het minderjarige kind en de vraag of dit kind recht heeft op de aanwezigheid van een buitenlandse verzorgende ouder in Nederland is het niet van belang of deze ouder eerder legaal of illegaal in Nederland heeft verbleven.

Nationaliteit is een middel om de eigen onderdanen te onderscheiden van vreemdelingen. Nationaliteitsrecht valt van oudsher binnen de soevereine bevoegdheden van de staat.² Het staat de Nederlandse Staat vrij om te bepalen wie de Nederlandse nationaliteit verwerft en welke rechten aan deze nationaliteit zijn verbonden. Dit werd in 1923 door het Permanente Hof van Internationale Justitie (nu Internationale Gerechtshof) bepaald.³ In het Verdrag betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit van 1930 is deze soevereine bevoegdheid van de staten nogmaals bevestigd. In art. 1 van dit verdrag is neergelegd dat het tot de bevoegdheid van een staat behoort om in wetgeving te bepalen wie onderdanen van die staat zijn. Deze wetgeving moet door andere staten worden erkend voor zover zij in overeenstemming is met de internationale

² G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, Deventer: Kluwer 2002, p. 10.

³ G.R. de Groot, *Naar een harmonisatie van het nationaliteitsrecht in Europa?* ; K. Boele-Woelki, C.H. Brants & G.J.W. Steenhoff, *Het plezier van de rechtsvergelijking (opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. E.H. Hondius*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 63, Deventer: Kluwer 2003, p. 65.

verdragen, de internationale gewoonte en algemeen erkende rechtsbeginselen ter zake van nationaliteit.⁴

Toch is in het kader van deze scriptie niet zo zeer van belang wanneer iemand de Nederlandse nationaliteit verwerft, maar vooral welke rechten het Nederlanderschap met zich meebrengt. Het staat immers niet ter discussie dat het minderjarige kind de Nederlandse nationaliteit bezit. Uit de literatuur kan worden afgeleid dat nationaliteit an sich niet veel inhoud heeft, maar dat de betekenis afhankelijk is van de invulling die er door de staten aan wordt gegeven. Per staat zijn er dus ook andere rechten aan verbonden. Het fungeert als een koppelbegrip voor rechten die aan een bepaalde groep personen zijn voorbehouden.⁵ De meeste auteurs, zoals bijvoorbeeld De Groot⁶ en Belinfante,⁷ zijn het erover eens dat bijvoorbeeld het genieten van diplomatieke bescherming verbonden is aan het bezitten van een bepaalde nationaliteit. Ook worden Nederlanders in beginsel niet uitgeleverd aan andere staten.⁸ Tevens zijn bepaalde sociale grondrechten aan het Nederlanderschap gekoppeld, zoals het recht op bijstand van art. 20 lid 3 Grondwet. Maar het is twijfelachtig of op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat een recht bestaat op de aanwezigheid van een verzorgende buitenlandse ouder bij een kind met de Nederlandse nationaliteit. Het rechtskarakter van art. 20 lid 3 Grondwet wordt als zeer zwak aangemerkt.⁹ Een dergelijk recht zou dan moeten worden begrepen uit een combinatie van het recht om op het Nederlandse grondgebied te verblijven en het recht van het kind om niet onverzorgd achter te worden gelaten. De Nederlandse overheid zou in dat geval bijstand dienen te verlenen gelet op het feit dat het kind zelf niet in staat is om hierin te voorzien. Deze zogenaamde zorgverplichting van de Nederlandse Staat voor minderjarige kinderen zou in dat geval dienen te leiden tot een verblijfsrecht voor de verzorgende ouder gedurende de periode dat het kind deze

⁴ G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, Deventer: Kluwer 2002, p. 10.

⁵ G.R. de Groot & N. Doeswijk, *Nationaliteitsrecht en het internationale recht*. De nationaliteit in internationaal en Europees perspectief, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 129 (Preadviezen), T.M.C. Asser Press, november 2004, p. 52.

⁶ G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, Deventer: Kluwer 2002, p. 12.

⁷ A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2002, p. 48.

⁸ A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2002, p. 49.

⁹ A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2002, p. 306.

zorg en opvoeding nodig heeft.¹⁰ De rechter heeft bepaald dat het Nederlanderschap van een kind een dergelijke zorgverplichting door de overheid niet in zich bergt.

1.2.2 Jurisprudentie

In het arrest Bruinhart/Staat van 26 september 1991 concludeert het Hof Den Haag dat uit het Nederlanderschap van een minderjarig kind geen recht kan worden begrepen op de aanwezigheid van een buitenlandse ouder in Nederland.¹¹ De kinderen moesten kiezen tussen een opvoeding door hun moeder in Suriname, of een jeugd in Nederland waarbij zij het zonder hun moeder zouden moeten stellen. Het contact met de vader was verbroken. De moeder was in Nederland aangewezen op een bijstandsuitkering. Dit maakte dat haar aanwezigheid in strijd was met het economisch welzijn van Nederland. Door de rechter werd benadrukt dat geen sprake was van uitzetting van de kinderen, die immers te allen tijde naar Nederland terug konden keren en hier konden verblijven. Hieruit bleek dat minderjarige Nederlandse kinderen kennelijk geen recht hebben op aanwezigheid van hun verzorgende buitenlandse moeder met wie zij het gezin vormen.

Dit laatste raakt meteen aan de kern van de zaak. Het gaat hier om een situatie die niet daadwerkelijk tot uitzetting leidt, omdat er geen sprake is van een onmogelijkheid voor het Nederlandse kind om op een later tijdstip terug te keren naar Nederland. Ook leidt het niet tot verlies van het Nederlanderschap. Kortom, de uitspraak had alleen betrekking op de uitzetting van de verzorgende ouder. Het verblijf van de kinderen werd daarvan losgekoppeld. Hoewel het gaat om een juridisch correcte redenering, doet de constructie geforceerd aan. Een kind is immers wel feitelijk gedwongen om het land te verlaten omdat het alternatief van een verblijf in Nederland zonder verzorgende ouder naar mijn mening geen alternatief is.

Deze zienswijze werd in 1997 nogmaals bevestigd in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag.¹² In deze uitspraak, die later in dit hoofdstuk nogmaals aan de orde zal komen, benadrukte de Rechtbank dat het bezit van de Nederlandse nationaliteit niet zo kon worden uitgelegd dat op grond daarvan aan de niet-Nederlandse ouder toelating tot Nederland zou moeten worden verleend (r.o. 10).

1.2.3 Nationaliteit als grondrecht

¹⁰ P. Boeles, *Vreemdelingenrecht en Nederlanderschap*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1984, p. 33.

¹¹ Hof 's-Gravenhage 26 september 1991, NJ 1992/347, (Bruinhart/Staat).

¹² Rechtbank Den Haag (REK) 25 september 1997 (AWB 97/5074), *RV 100*, 2001, nr. 24.

Het is twijfelachtig of het recht op een nationaliteit kan worden aangemerkt als een grondrecht. Naar mijn mening is dit niet het geval. In de meeste mensenrechtenverdragen en in de Grondwet komt nationaliteit slechts zijdelings aan de orde. Ook wordt in het merendeel van de verdragen aangaande nationaliteit bevestigd dat het onderwerp behoort tot de autonome bevoegdheid van een staat. De in dergelijke verdragen behandelde materie heeft bijvoorbeeld betrekking op vraagstukken over verwerving en verlies van nationaliteit, dubbele nationaliteit en staatloosheid. Het gebrek aan interesse van de staten om op internationaal niveau regelgeving te vervaardigen met betrekking tot deze materie spreekt boekdelen. Dit neemt niet weg dat er naar mijn mening meer aandacht zou kunnen worden besteed aan de invulling van het begrip nationaliteit, zodat er een zeker minimum niveau van bescherming ontstaat, waarop men zich kan beroepen. Dit in het bijzonder aangezien mensen vaak bescherming nodig hebben tegen een inbreuk op hun nationaliteit en de daaraan verbonden rechten door de staat waarvan zij onderdaan zijn. Dit maakt dat internationaal toezicht geen overbodige luxe is bij het aanpakken van eventuele misstanden. Toch zal het zeer moeilijk zijn om tot dergelijke regelgeving te komen, gelet op de terughoudendheid van de staten. Dit is niet slechts het gevolg van de onwil van om tot overeenstemming te komen, maar vooral doordat het nationaliteitsrecht van de verschillende staten zo fundamenteel verschillend is ingevuld.

Toch zou ook het vervaardigen van dergelijke verdragsrechtelijke normen naar mijn mening weinig verschil maken voor het verblijfsrecht van een buitenlandse moeder. Die omstandigheid ligt te ver verwijderd van de primair uit het Nederlanderschap te begrijpen rechten. Het Nederlanderschap van het kind kan, zo volgt uit jurisprudentie, niet leiden tot een verblijfsrecht voor de verzorgende buitenlandse moeder.

1.3.1 Persoonlijksrechten

In het kader van het bovenstaande kan ik het niet laten om een blik te werpen op een andere leerstuk, namelijk dat van de persoonlijkheidsrechten. Deze onder Duits recht gevormde figuur is in het Nederlandse recht tot op heden weinig ontwikkeld. Daarom is het interessant om te onderzoeken wat de inhoud en reikwijdte ervan is, in verband met een eventuele nadere invulling van deze rechtsfiguur binnen het Nederlandse recht.

1.3.2 Algemene persoonlijkheidsrechten onder Duits recht

Het bestaan van een algemeen persoonlijkheidsrecht werd door het hoogste Duitse civiele rechtscollege, het Bundesgerichtshof, voor het eerst erkend in 1954 in het Leserbrief-Urteil.¹³ Het recht werd begrepen uit een combinatie van het recht van bescherming van de persoonlijke waardigheid en het recht op ontwikkeling van de persoonlijkheid. Deze twee rechten zijn neergelegd in art. 1 lid 1 en art. 2 lid 1 van de Duitse Grondwet van 1949.¹⁴ Bovendien werd al vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw een krachtig pleidooi in de literatuur gehouden voor de erkenning van een dergelijk recht.¹⁵ Als gevolg van deze basis in de Grondwet is het algemeen persoonlijkheidsrecht onder Duits recht aan te merken als een grondrecht.¹⁶ In 1969 werd het algemeen persoonlijkheidsrecht voor het eerst erkend door het Duitse constitutionele hof, het Bundesverfassungsgericht in het Mikrozensus-Urteil.¹⁷ Hieruit volgt dat persoonlijkheidsrechten zowel in het privaatrecht als in het constitutionele recht een rol kunnen spelen, hoewel de privaatrechtelijke variant in de Duitse jurisprudentie en literatuur een prominenter rol speelt.

Vooraf met betrekking tot de bescherming van de eer en goede naam, de bescherming van het privé-leven, ongewenste publicaties en het onrechtmatig gebruik van beelden en namen bestaat veel jurisprudentie.¹⁸

Het algemeen persoonlijkheidsrecht heeft betrekking op een verzameling aspecten die raken aan het recht van een persoon om een eigen leven te kunnen leiden en om dat leven in te richten zonder inmenging van buitenaf. Het heeft dus onder meer betrekking op het recht op privacy. Het recht op privacy omvat tevens het familie- en gezinsleven.¹⁹ Maar in feite is sprake van een

¹³ BGH 25 mei 1954, BGHZ 13, 334 (Leserbrief).

¹⁴ K. Lemmers, 'Two different visions of Privacy. The debate on the nature of privacy: subjective personality right or fundamental freedom', *MJ* 2003, p. 386.

¹⁵ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 18.

¹⁶ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 262.

¹⁷ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 22. BVerfG 16 juli 1969, BVerfGE 27, 1 (Mikrozensus).

¹⁸ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 49.

¹⁹ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 64.

grondrecht met een open karakter dat bescherming kan bieden aan allerlei schendingen van de persoonlijkheid.²⁰ De kern van dit recht wordt volgens een aantal auteurs, zoals Hubmann en Jarass gevonden in de ontplooiing van de eigen persoonlijkheid van het individu, al dan niet met vertrouwde derden zoals vrienden en familie. Zij noemen dit de individuelle Identität.²¹ Als subject van het algemeen persoonlijkheidsrecht gelden in ieder geval alle natuurlijke personen. Minderjarigen zijn hier niet van uitgezonderd.²² In deze hoedanigheid zou het algemeen persoonlijkheidsrecht naar mijn mening een belangrijke rol kunnen spelen in de bescherming van het gezinsleven van een minderjarige kind en zijn buitenlandse verzorgende moeder. In het algemeen geldt onder Duits recht dat waar het gaat om de kern van de privé-sfeer inbreuken niet zijn toegestaan. Hoe meer een situatie zich in de openbare sfeer bevindt, hoe minder sterk de bescherming is.²³

1.3.3 Algemene persoonlijkheidsrechten onder Nederlands recht

Zoals hierboven reeds is beschreven, is het leerstuk van het algemeen persoonlijkheidsrecht binnen de Nederlandse rechtsorde veel minder sterk ontwikkeld dan in het Duitse recht. Bovendien is het algemeen persoonlijkheidsrecht tot nu toe alleen opgedoken in een civielrechtelijke context.²⁴ Het algemeen persoonlijkheidsrecht heeft binnen het Nederlandse recht de status van ongeschreven rechtsbeginsel, waarvan de nadere invulling vooral aan de rechter wordt overgelaten.²⁵ Het is in tegenstelling tot het Duitse recht niet als zodanig uit de Grondwet te begrijpen. In 1994 is door de Hoge Raad in het Valkenhorst-arrest het bestaan van

²⁰ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 260.

²¹ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 47.

²² R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 51.

²³ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 49.

²⁴ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 99.

²⁵ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 1.

een algemeen persoonlijkheidsrecht in de Nederlandse rechterde bevestigd.²⁶ De grondslag voor dit persoonlijkheidsrecht wordt gevormd door de verschillende in de Grondwet neergelegde grondrechten, zoals het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting. Het arrest Valkenhorst had betrekking op het recht van een kind om te weten van wie het afstamt. Daarbij werd door de Hoge Raad bepaald dat een belangenafweging diende te worden gemaakt tussen het recht om te weten van wie men afstamt en het geheimhoudingsrecht waarop de tegenpartij zich beriep. Er was dus geen sprake van een absoluut recht. Het feit dat de figuur van het algemeen persoonlijkheidsrecht nog in de kinderschoenen staat, neemt niet weg dat wel degelijk ruimte bestaat voor nadere invulling. Deze heeft vooral plaatsgevonden met betrekking tot het auteursrecht. Maar dat sluit niet uit dat ook andere rechtsgebieden door het algemeen persoonlijkheidsrecht kunnen worden beïnvloed. Tot nog toe is het bestaan van de verticale variant van het algemeen persoonlijkheidsrecht waarbij de overheid zich dient te onthouden van inmenging in de gezinssituatie van een burger nog niet door de rechter bevestigd, maar dat betekent niet dat dit niet mogelijk is.²⁷

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van art. 10 Grondwet is bij uitstek een bepaling die nog ruimte biedt om nader ingevuld te worden.²⁸ De regering heeft bewust deze ruimte gelaten voor verdere invulling van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door de rechter.²⁹ Dit volgt onder meer uit de kamerstukken die aan de totstandkoming van deze bepaling vooraf zijn gegaan en waarin door de regering wordt gesteld dat de persoonlijke levenssfeer tal van terreinen omvat, welke zeer uiteenlopend van aard en problematiek zijn en waarvan sommige nog volop in ontwikkeling zijn.³⁰ Het feit dat een rechter overgaat tot het zelfstandig ontwikkelen van een algemeen persoonlijkheidsrecht op grond van art. 10 Grondwet wordt in de literatuur als problematisch beschouwd. Daarmee zou immers een grondwetswijziging ontweken worden. Naar mijn mening is de situatie niet zo zwart-wit, gelet op het feit dat de grondwet zelf ruimte biedt voor nadere invulling van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Daarin is

²⁶ HR 15 april 1994, NJ 1994/608 (Valkenhorst).

²⁷ J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000-6, p. 204.

²⁸ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 124.

²⁹ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 62.

mijns inziens de instemming van de wetgever te vinden aangaande de toepassing van deze bepaling op tot dan toe niet voorziene situaties.³¹

Gelet op het feit dat de Hoge Raad heeft bevestigd dat ook binnen de Nederlandse rechtsorde sprake kan zijn van persoonlijkheidsrechten, lijkt het mij niet onwaarschijnlijk dat hier een recht uit kan worden geconstrueerd ten aanzien van het beleven van het gezinsleven in Nederland. Naar mijn mening is het essentieel voor de ontwikkeling van de persoonlijkheid van een minderjarig kind om op te groeien in de aanwezigheid van zijn moeder die tevens zijn verzorger is. Maar de aanwezigheid van een kerngezin is niet de enige factor die van invloed is op de persoonlijke ontwikkeling. Ook de leefomgeving is van belang. En de nationaliteit van een kind kan daar een belangrijke component van zijn. Daarbij maakt het niet uit of het kind nog erg jong is. Bovendien vormt de vader de helft van de identiteit van het kind, hetgeen een factor is waaraan niet zonder meer voorbij mag worden gegaan. Hoewel de breuk tussen de ouders vervreemding van de vader van zijn kind tot gevolg heeft gehad, is dit geen onomkeerbare situatie. Op een later tijdstip kan de band worden hersteld. Het algemeen persoonlijkheidsrecht geldt in het Duitse recht voor alle natuurlijke personen, en naar ik aanneem zal dit onder Nederlands recht niet anders zijn. Een nadere uitwerking van dit vraagstuk in het kader van de algemene persoonlijkheidsrechten is niet bij voorbaat een nutteloze exercitie.

1.4.1 Vreemdelingenwet 2000

Het Nederlandse beleid inzake het vreemdelingenrecht is terug te vinden in de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000). Deze wet is in werking getreden op 1 april 2001. De oude Vreemdelingenwet was vanaf dat moment niet langer geldig (art. 122 Vw 2000).³² De Vw 2000 is nader uitgewerkt in een aantal regelingen zoals het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) en de Vreemdelingencirculaire (Vc). Er wordt in de nieuwe regelgeving een duidelijk onderscheid gemaakt tussen verblijf op reguliere gronden en verblijf vanwege een asielaanvraag als vluchteling. Dit is het gevolg van een wijziging en herindeling van bepalingen uit de oude

³⁰ Bijlage Handelingen II 1975/1976, 13872 nr. 3, p. 40 ; H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie.. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 62.

³¹ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 257.

³² T&t Vw 2000, p. 13.

Vreemdelingenwet.³³ De Vw 2000 heeft tot doel te voorzien in een restrictief vreemdelingenbeleid.³⁴

Verblijf op reguliere gronden wordt door de wet zelf omschreven als zijnde het verblijf van een vreemdeling in Nederland anders dan op grond van asiel (art. 1 sub j Vw 2000). De verblijfsvergunning asiel zal in deze scriptie buiten beschouwing blijven, hoewel ook in het kader van de verlening van een dergelijke verblijfsvergunning gezinshereniging kan plaatsvinden. De verblijfsvergunning regulier kan voor bepaalde of onbepaalde tijd worden verleend (art. 8 Vw 2000). Op grond van art. 14 Vw 2000 wordt een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd door de Minister van Justitie verleend onder zogenoemde beperkingen, die limitatief zijn opgesomd in de Vw 2000. Deze beperkingen zijn in de wet beschreven en hebben betrekking op het verblijfsdoel van de aanvrager. Zij zijn aan voorschriften gebonden. Een van deze beperkingen is te vinden in art. 15 Vw 2000 en houdt verband met het gezinsleven van de immigrant.

1.4.2 Gezinsleven in de zin van de Vw 2000

In de Vw 2000 worden vooral de termen gezinshereniging en gezinsvorming regelmatig gebruikt. Een vergunning in verband met gezinshereniging of gezinsvorming kan worden verleend aan gezinsleden van Nederlanders en van vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven. Van gezinshereniging is sprake indien het gezinsleven reeds bestond in het land van herkomst van de vreemdeling. Gezinsvorming heeft betrekking op het stichten van een nieuw gezin in Nederland. In het land van herkomst van de verzoeker was in dat geval nog geen sprake van gezinsleven.³⁵ Met betrekking tot de casus waarbij sprake is van eerder legaal verblijf, dient te worden opgemerkt dat geen van beide termen daadwerkelijk de lading dekt. Er is immers sprake van een eerder gezinsleven, maar dat gezinsleven vond in Nederland plaats en niet in het land van herkomst van de verzoekster. Daarom valt het niet onder gezinshereniging in de zin van de Vc. De term gezinsvorming is daarbij in het geheel niet van toepassing, omdat het niet gaat om een nieuw te vormen gezinsleven. In het geval waar sprake is van een eerder illegaal verblijf van de vreemdeling in Nederland is het eveneens lastig om de situatie onder een van deze noemers te brengen. Hoewel er wel sprake is van een reeds bestaand gezinsleven is het moeilijk om te

³³ M.J. Toet & N.J. van de Vrie, *PS-special: Vw 2000*, p. 13.

³⁴ M.J. Toet & N.J. van de Vrie, *PS-special: Vw 2000*, p. 27.

³⁵ *Teksten Vreemdelingencirculaire februari 2004*, B2/1.

bepalen waar dit gezinsleven dient te worden geplaatst. Omdat de vreemdeling illegaal was en dus voor de wet niet in Nederland verbleef en evenmin is vol te houden dat het gezinsleven in het land van herkomst plaats had, is het ook in dit geval lastig om een van de hierboven genoemde etiketten op de omstandigheden te plakken. Daarom kan worden geconcludeerd dat de termen gezinshereniging en gezinsvorming niet zonder meer van toepassing zijn in de casus, ongeacht of het gaat om een illegaal of om een legaal ontstane gezinssituatie.

Naar mijn mening is het correcter om zowel in het geval van eerder legaal als bij eerder illegaal verblijf te spreken van voortzetting van een bestaand gezinsleven. De verzoekster streeft er immers naar om het reeds bestaande gezinsleven met haar minderjarige kind voort te zetten in Nederland. Toch zijn de bepalingen inzake gezinshereniging (en –vorming) in beginsel de meest toepasselijke bepalingen die in de huidige Vreemdelingenwet zijn te vinden met betrekking tot de hier te behandelen omstandigheden. Daarom zal hieronder worden onderzocht of op grond hiervan een verblijfsrecht geldt voor de voortzetting van het bestaande gezinsleven met een Nederlands kind.

1.4.3 Vereisten voor een verblijfsvergunning inzake gezinsleven

In het Vreemdelingenbesluit 2000 kunnen de vereisten voor een verblijfsvergunning inzake gezinsleven worden gevonden. Het Vb 2000 is een algemene maatregel van bestuur (amvb). Dit wil zeggen dat het een besluit is van de regering dat de ministerraad moet passeren en waarbij de Raad van State dient te worden gehoord.³⁶ Deze amvb is een voorbeeld van een algemeen verbindend voorschrift, hetgeen betekent dat het gaat om een regeling waarin rechtsnormen van algemene strekking zijn neergelegd die zich richten tot anderen dan de het orgaan dat deze heeft vastgesteld.³⁷ In de Vw 2000 wordt in het kader van verschillende bepalingen de bevoegdheid gegeven om krachtens een algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen ter uitwerking van de bepalingen van de Vw 2000. De grenzen die in de Vw 2000 zijn gesteld, dienen daarbij in acht te worden genomen.³⁸ Men kan zich afvragen of het Vb 2000 zelf ruimte laat om ervan af te wijken. Juist omdat het om een algemeen verbindend voorschrift gaat, doet de mogelijkheid om

³⁶ W. Konijnenbelt, *Résumé Hoofdpijnen van administratief recht en de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: VUGA Uitgeverij B.V. 1997, p. 55.

³⁷ W. Konijnenbelt, *Résumé Hoofdpijnen van administratief recht en de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: VUGA Uitgeverij B.V. 1997, p. 54.

³⁸ A. Kuijjer (red.), *Nederlands vreemdelingenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 32.

ervan af te wijken zich niet voor.³⁹ Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld beleidsregels, waarbij afwijking minder problematisch is.⁴⁰ In art. 14 lid 2 Vw 2000 is neergelegd dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld over de beperkingen. De beperking gezinsvorming en gezinshereniging levert een niet-tijdelijk verblijfsrecht op (art. 3.5 lid 2 sub a en lid 3 Vb 2000). De vergunning kan elk jaar worden verlengd. Na drie jaar kan een vergunning worden verleend in verband met voortgezet verblijf (3.51 lid 1 sub a Vb 2000). In art. 3.13 Vb 2000 is bepaald dat een aantal voorwaarden gelden om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning onder deze beperking. Als aan deze voorwaarden is voldaan, wordt de verblijfsvergunning ook daadwerkelijk verleend. De voorwaarden zijn opgesomd in art. 3.14 e.v. Vb 2000. Zij hebben zowel betrekking op de persoon van de verzoeker als op de hoofdpersoon bij wie de verzoekster in Nederland wenst te verblijven. Natuurlijk gelden ten aanzien van deze verblijfsgrond tevens de algemene voorwaarden die zijn verbonden aan de verlening van elke verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd, zoals een geldige machtiging tot voorlopig verblijf, een geldig document voor grensoverschrijding, voldoende middelen van bestaan (of een partner die daarover beschikt). Ook mag de vreemdeling geen gevaar vormen voor de openbare orde of nationale veiligheid en dient te worden meegewerkt aan een medisch onderzoek (art. 16 Vw 2000).

1.4.4 Voorwaarden met betrekking tot de verzoeker

In art. 3.14 Vb 2000 worden de voorwaarden opgesomd met betrekking tot de verzoeker. Deze dient achttien jaar of ouder te zijn. In de casus ga ik ervan uit dat dit het geval is. Echter, de reden voor verlening van de verblijfsvergunning dient te zijn om herenigd te worden met de hierna te bespreken hoofdpersoon met wie de verzoeker gehuwd is, een geregistreerd partnerschap heeft of een duurzame en exclusieve relatie onderhoudt. Ook minderjarige biologische of juridische kinderen van de in Nederland gevestigde hoofdpersoon die feitelijk behoren en in het land van herkomst reeds behoorden tot het gezin van de hoofdpersoon, komen in aanmerking voor een verblijfsvergunning. De verzoeker is zoals gezegd een buitenlandse vrouw die wenst te verblijven bij haar minderjarige Nederlandse kind. Dit betekent dat zij niet aan de in art. 3.14 Vb 2000 neergelegde vereisten voldoet. De door haar beoogde gezinssituatie valt buiten het geschetste kader, nu zij noch als partner, noch als minderjarig kind van een

³⁹ P. Boeles, *Verruimde gezinshereniging op zijn smalst*, MR 2003, nr. 3, p. 78.

⁴⁰ P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Deel 2. Bestuurshandelingen en waarborgen*, vierde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 1998, p. 73.

hoofdpersoon wenst te verblijven. Hierbij speelt geen rol of zij eerder legaal of eerder illegaal verblijf in Nederland heeft genoten. Waarom dit laatste niet van belang is, zal nader worden toegelicht in paragraaf 1.4.8.

1.4.5 Voorwaarden met betrekking tot de hoofdpersoon

Op grond van art. 3.15 Vb 2000 geldt dat de hoofdpersoon bij wie de verzoekster wenst te verblijven de Nederlandse nationaliteit dient te bezitten (lid 1 sub a). Ook een vreemdeling die rechtmatig in Nederland verblijft, kan als hoofdpersoon gelden (lid 1 sub b). De hoofdpersoon dient de leeftijd van achttien jaar te hebben bereikt. Daarvan is in casu geen sprake. De hoofdpersoon bij wie de verzoekster wenst te verblijven heeft weliswaar de Nederlandse nationaliteit, maar is een minderjarig kind. De reden voor deze leeftijdseis is te vinden in de inkomenseis die geldt ten aanzien van de hoofdpersoon.⁴¹ Deze dient op grond van art. 3.22 lid 1 sub a Vb 2000 duurzaam en zelfstandig te beschikken over een netto-inkomen dat gelijk is aan de bijstandsnormen als bedoeld in de Algemene Bijstandswet (art. 3.74 sub a Vb 2000). Ook is het bereiken van de leeftijd van achttien jaar in beginsel vereist voor het kunnen aangaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap naar Nederlands recht (art. 1:31 BW). Kortom, op deze leeftijd wordt een persoon geacht te kunnen omgaan met de verantwoordelijkheden die op hem zullen komen te rusten.⁴² Geconcludeerd kan worden dat het minderjarige kind van de verzoekster op grond van art. 3.15 Vb 2000 niet in aanmerking komt als hoofdpersoon.

1.4.6 Verruimde gezinshereniging

In art. 3.24 Vb 2000 is neergelegd dat in bepaalde gevallen een verruiming mogelijk is ten aanzien van de persoon van de verzoeker indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. De vreemdeling dient naar het oordeel van de Minister feitelijk te behoren en reeds in het land van herkomst feitelijk te hebben behoord tot het gezin van de persoon bij wie hij wil verblijven (sub a). Daarnaast dient de achterlating van de vreemdeling naar het oordeel van de Minister tot onevenredige hardheid te leiden (sub b).

⁴¹ TK 26732 vergaderjaar 2001-2002 nr. 98, Brief van de Staatssecretaris van Justitie, p. 2.

⁴² J. Kleijne, *Artikelsgewijs commentaar op de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 399.

Er dient dus in het kader van deze bepaling sprake te zijn van een persoon die naar redelijkheid niet kan worden achtergelaten in het land van herkomst. In casu verblijft de moeder al in Nederland en kan de bepaling om die reden geen uitkomst bieden.

Art. 3.25 Vb 2000 voorziet in een recht op gezinshereniging voor vreemdelingen die ouder zijn dan zestig jaar. Ik acht het onwaarschijnlijk dat de moeder in casu deze leeftijd reeds heeft bereikt. Bovendien dient voor de toepasselijkheid van deze bepaling ook sprake te zijn achterlating in het land van herkomst.

Bovendien gelden ook met betrekking tot verruimde gezinshereniging dezelfde eisen ten aanzien van de hoofdpersoon die hierboven al zijn opgesomd. Daarom kan worden geconcludeerd dat ook deze bepaling geen uitkomst kan bieden in het geval van de verzoekster en haar minderjarige hoofdpersoon, ongeacht of de vrouw legaal of illegaal in Nederland verblijf houdt.

1.4.7 Andere verblijfsdoelen en discretionaire bevoegdheid van de Minister

In art. 3.4 lid 3 Vb 2000 is bepaald dat het de Minister is toegestaan om een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd te verstrekken onder een andere beperking dan de in lid 1 opgesomde beperkingen. Dit betekent dat een zekere beleidsvrijheid is geschapen waarmee de Minister gaten in de regelgeving zou kunnen dichten. Het stelsel van beperkingen is daarom in beginsel als niet limitatief te beschouwen. Echter, de bereidheid om nieuwe beperkingen te scheppen lijkt niet erg groot, gelet op het feit dat het doel van de wet is om een restrictief beleid te voeren.

Op grond van art. 3.13 lid 2 Vb 2000 kan de minister in gevallen waarin niet is voldaan aan de reeds besproken vereisten ten aanzien van de verzoeker en de hoofdpersoon toch overgaan tot verlening van een verblijfsvergunning onder de beperking verband houdende met het gezinsleven. Deze bevoegdheid staat bekend als de discretionaire bevoegdheid van de Minister. Dit houdt in dat de Minister, in gevallen die op grond van de wet zouden leiden tot afwijzing van het verzoek tot verlening van een verblijfsvergunning op grond van gezinshereniging en gezinsvorming, de mogelijkheid heeft om een afwijkend besluit te nemen.⁴³ In de literatuur is weinig informatie te vinden omtrent de reikwijdte van deze bepaling. Hoe deze bevoegdheid dient te worden ingevuld blijft daardoor vooralsnog onduidelijk. In de rechtspraak wordt wel regelmatig een beroep gedaan op de discretionaire bevoegdheid van de Minister. Helaas gebeurt dat tevergeefs. Omdat de

⁴³ J. Kleijne, *Artikelsgewijs commentaar op de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 396.

verzoekster en haar kind niet onder de normale regeling inzake gezinsleven vallen, kan zij in casu wellicht een poging ondernemen om op deze wijze toch een verblijfsvergunning te bemachtigen. Toch komt uit de rechtspraak naar voren dat het niet waarschijnlijk is dat de Minister over zal gaan tot de verlening van een verblijfsvergunning op deze uitzonderingsgrond.⁴⁴ Het feit dat deze bepaling in de literatuur nauwelijks aan de orde komt lijkt veelzeggend. Er wordt weinig heil van verwacht. Men kan zich afvragen of de Minister meer gebruik zou moeten maken van deze afwijkingsbevoegdheid. Wellicht is de ruimte die in art. 3.13 lid 2 is gecreëerd als reeds opgevuld te beschouwen door de bepalingen omtrent verruimde gezinshereniging en de bepalingen met betrekking tot het verblijf van ouderen. Toch lijkt dat enigszins onwaarschijnlijk, aangezien de bepaling in dat geval in het geheel niet in de Vw 2000 had hoeven worden opgenomen. Juist vanwege het feit dat de moeder die een verblijfsvergunning aanvraagt voor verblijf bij haar minderjarige kind evident niet valt onder art. 3.24 en 3.25 Vb 2000, zou daaruit kunnen worden opgemaakt dat 3.13 lid 2 Vb 2000 de aangewezen bepaling is om dit geval onder te scharen.⁴⁵ Echter, het nalaten van de Minister om deze bepaling nader in te vullen, gecombineerd met het stilzwijgen in de literatuur leidt ertoe dat de bepaling tot op heden zonder inhoud is gebleven. Gelet op het restrictieve toelatingsbeleid dat door de Minister wordt gevoerd, zal de bepaling dat waarschijnlijk ook in de toekomst blijven.

1.4.8 Wijziging verblijfsdoel

Hierboven is bekeken welke eisen worden gesteld voor de verlening van een verblijfsvergunning regulier vanwege gezinsleven in Nederland. Waar eerder legaal verblijf plaatsvond, is geen sprake van een eerste toelating omdat de vrouw al in het bezit is van een vergunning voor verblijf bij haar Nederlandse (huwelijks)partner. Zij zal daarom moeten verzoeken om een wijziging van de beperking waaronder haar verblijfsvergunning is verleend. De reden hiervoor is dat zij door de breuk met haar partner niet meer voldoet aan de beperking waaronder de verblijfsvergunning is verleend. Op grond van art. 18 Vw 2000 is het niet langer voldoen aan het verblijfsdoel reden voor de weigering tot verlenging van de verblijfsvergunning. Op grond van art. 19 Vw 2000 kan de verblijfsvergunning om deze reden ook worden ingetrokken. In art. 3.81 Vb 2000 is bepaald dat de aanvraag tot wijziging zal worden behandeld als een aanvraag tot verlening van een nieuwe verblijfsvergunning. Er dient namelijk te worden voldaan aan alle voorwaarden die horen

⁴⁴ Jv 2003, nr. 46, m.nt. P. Boeles, p. 107.

⁴⁵ P. Boeles, *Verruimde gezinshereniging op zijn smalst*, MR 2003, nr. 3, p. 79.

bij dit nieuwe verblijfsdoel.⁴⁶ Slechts als een verandering zo gering is dat in redelijkheid niet van een wijziging kan worden gesproken, hoeft geen nieuwe aanvraag te worden gedaan. De wijziging is in casu niet zo gering dat een nieuwe aanvraag achterwege kan blijven.⁴⁷ Een wijziging van de verblijfsgrond is aldus aan te merken als een nieuwe aanvraag. Daarom is de regeling met betrekking tot de eerste toelating ook hier van toepassing. Dit leidt ertoe dat de vrouw die eerder illegaal verblijf had, dezelfde weg dient te volgen als de vrouw die al legaal verblijf had in Nederland. Wel dient zij te voldoen aan de vereisten van art. 16 Vw 2000 die hierboven in de paragraaf 1.4.3 zijn opgesomd. Bij eerder legaal verblijf is daaraan al bij de eerste aanvraag voldaan (3.81Vb 2000).

1.4.9 De oude Vreemdelingenwet

Hoewel ik mij in het kader van deze casus voornamelijk zal bezighouden met de regelgeving zoals neergelegd in de Vreemdelingenwet 2000, is het toch nuttig aandacht te besteden aan de oude Vreemdelingenwet. Reden daarvoor is dat de rechtspraak over de casus betrekking heeft op de oude wet. In paragraaf 1.4.1 is vermeld dat deze wet sinds 1 april 2001 niet meer geldig is. Art. 11 lid 5 Vw (oud) luidde als volgt:

“Het verlenen van een vergunning tot verblijf daaronder begrepen voorwaardelijke vergunningen tot verblijf, alsmede het verlengen van de geldigheidsduur daarvan, kan worden geweigerd op gronden aan het algemeen belang ontleend.”

Op grond van deze bepaling ontstond een ruime beleidsvrijheid voor de overheid om een eigen beleid te voeren met betrekking tot beslissingen omtrent toelating.⁴⁸ Dit beleid hield in dat toelating van vreemdelingen slechts op drie gronden plaatsvond, namelijk waar dit voortvloeide uit internationale overeenkomsten, als de aanwezigheid van de vreemdeling een wezenlijk Nederlands belang diende of als sprake was van klemmende redenen van humanitaire aard.⁴⁹ Deze laatste toelatingsgrond is in casu vooral van belang, hoewel ook de andere gronden van toepassing kunnen zijn.

⁴⁶ J. Kleijne, *Artikelsgewijs commentaar op de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 481.

⁴⁷ A. Kuijjer (red.), *Nederlands vreemdelingenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 107.

⁴⁸ A. Kuijjer & J.D.M. Steenbergen, *Nederlands Vreemdelingenrecht*, Serie Migratierecht II, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1992, p. 71.

Onder de oude Vreemdelingenwet werd het recht op een verblijfsvergunning vooral geregeld op lager niveau dan de Vreemdelingenwet zelf, in het bijzonder in de Vreemdelingencirculaire. De Vreemdelingencirculaire geldt als beleidsregelgeving.⁵⁰ Beleidsregels zijn bij besluit vastgestelde algemene regels, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan (art. 1:3 lid 4 Awb).⁵¹ In beginsel waren dit ambtelijke instructies die slechts interne werking hadden, maar die later externe werking kregen ten opzichte van de burgers door openbaarmaking. In art. 4:84 Awb is vastgelegd dat het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Belangenafweging kan dus altijd leiden tot een andere uitkomst dan hetgeen is neergelegd in de beleidsregel.

De verzamelterm klemmende redenen van humanitaire aard is erg vaag. Uit de Vreemdelingencirculaire volgt dat daarvan sprake kan zijn bij de verbreking van een huwelijk, onder meer als er nauwe banden bestaan met Nederland of met in Nederland wonende personen.⁵² Er werd een belangenafweging gemaakt waarbij factoren als de situatie van alleenstaande vrouwen in het land van herkomst, de maatschappelijke positie van de betrokkene aldaar en de aanwezigheid van aanvaardbaar te achten opvang in het land van herkomst een rol speelden. Ook werd gekeken naar de zorg die de betrokken vrouw had voor in Nederland geboren en/of getogen kinderen en naar aangetoond (seksueel) geweld binnen het huwelijk, wat had geleid tot de verbreking van dat huwelijk. Het enkele feit dat een vreemdeling de zorg heeft over minderjarige kinderen, leidde niet per definitie tot verblijfsaanvaarding op grond van klemmende redenen van humanitaire aard.⁵³

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat onder de oude Vreemdelingenwet weliswaar volop mogelijkheden bestonden om middels pseudo-wetgeving nieuwe verblijfsgronden te creëren, maar dat met deze bevoegdheid desondanks restrictief werd omgegaan. Dit blijkt onder

⁴⁹ A. Kuijer & J.D.M. Steenbergen, *Nederlands Vreemdelingenrecht*, Serie Migratierecht II, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1992, p. 71.

⁵⁰ A. Kuijer & J.D.M. Steenbergen, *Nederlands Vreemdelingenrecht*, Serie Migratierecht II, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1992, p. 18.

⁵¹ P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Deel 1. Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Kluwer: Deventer 2001, p. 346.

⁵² Pocket Vreemdelingencirculaire aanvulling 21, oktober 1998, paragraaf B1/2.4.

⁵³ Pocket Vreemdelingencirculaire aanvulling 21, oktober 1998, paragraaf B1/2.4.

meer uit de rechtspraak onder de oude Vreemdelingenwet, waar regelmatig verzoeken om verlening van een verblijfsvergunning wegens verblijf bij een minderjarig kind werden afgewezen.

Op 17 januari 2003 deed de Rotterdamse vreemdelingenkamer uitspraak in de zaak van een legaal in Nederland verblijvende vrouw met de Kameroense nationaliteit.⁵⁴ De oude Vreemdelingenwet was van toepassing, vanwege het feit dat het beroep was ingesteld voor 1 april 2001. De vrouw had een aanvraag gedaan tot wijziging van de verblijfsgrond van de vergunning. Deze was verleend voor verblijf bij haar Nederlandse partner. Voortaan wilde zij een vergunning tot verblijf bij haar Nederlandse kind. Met de ex-partner bestond inmiddels geen contact meer. De aanvraag tot wijziging werd afgewezen. De vreemdelingenkamer paste slechts een marginale toetsing toe op het overheidsbeleid en besliste dat de Minister in redelijkheid geen verplichting had tot de verlening van een verblijfsvergunning aan deze vrouw op grond van de Vreemdelingenwet. Er was geen sprake van een verplichting gebruik te maken van de inherente afwijkingsbevoegdheid die de Minister kan uitoefenen, aldus de vreemdelingenkamer.

Op 6 december 1999 deed de vreemdelingenkamer in Amsterdam uitspraak in een zaak waar sprake was van een illegaal in Nederland verblijvende vreemdeling die verblijf wenste bij haar Nederlandse kind.⁵⁵ De vrouw die de Filippijnse nationaliteit bezat, woonde reeds een aantal jaren in Nederland en had gedurende die periode arbeid in loondienst verricht onder afdracht van belastingen en premies. Zij was in het huwelijk getreden met een Nederlandse man en had een kind gekregen dat inmiddels naar school ging. Na de beëindiging van het huwelijk vroeg zij de hierboven genoemde verblijfsvergunning aan. Met de vader van het kind was het contact verbroken. De Minister weigerde een verblijfsvergunning te verlenen wegens redenen aan het algemeen belang ontleend. Er zou geen sprake zijn van integratie in de Nederlandse samenleving. De vrouw had geen baan meer als (gevolg van het ontbreken van verblijfspapieren) en ontving een uitkering krachtens de Algemene Bijstandswet. Bovendien sprak zij slechts gebrekkig Nederlands. Terugkeer naar het land van herkomst zou niet leiden tot een zodanig schrijnende situatie dat dit niet van haar kon worden verwacht. Bovendien ging het om een eerste aanvraag omdat de vrouw tot dat moment illegaal in Nederland verbleef. Het recht van de dochter om, gelet op haar Nederlandse nationaliteit, in Nederland te verblijven en haar opvoeding en opleiding hier te genieten, werd genegeerd. Ook het feit dat sprake was van worteling van de dochter in de

⁵⁴ Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Rotterdam 17 januari 2003, kenmerk AWB 01/4228.

⁵⁵ Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam 6 december 1999, kenmerk AWB 99/473.

Nederlandse samenleving, werd niet van doorslaggevend belang geacht. De rechtbank constateerde dat de Minister zich in redelijkheid op het algemeen belang van de bescherming van het economisch welzijn kon beroepen. Afwijking van het restrictieve beleid werd niet noodzakelijk geacht. Het feit dat het Nederlandse kind van deze vrouw in de Filippijnen gedwongen zou zijn onder omstandigheden te leven die met recht erbarmelijk konden worden genoemd en bovendien de taal van het land niet machtig was, werd niet aangemerkt als zijnde een klemmende reden van humanitaire aard.⁵⁶

In 1997 boog de Rechtseenheidskamer (REK) zich over een soortgelijke zaak.⁵⁷ Deze zaak is hiervoor reeds aan de orde gekomen bij de paragraaf inzake Nederlanderschap. Ook hier ging het om een vrouw die illegaal in Nederland had verbleven. Zij was inmiddels de moeder van een kind met de Nederlandse nationaliteit, dat slechts enkele maanden oud was. Er was nog geen sprake van worteling in de Nederlandse samenleving vanwege de jeugdige leeftijd van het kind. De aanvraag had betrekking op toelating. Op grond van de Nederlandse regelgeving werd door de REK geen verplichting tot toelating geconstateerd. De aanvraag werd afgewezen op gronden aan het algemeen belang ontleend. Dit werd ingegeven door het feit dat aan de vreemdeling op een eerder moment een vergunning was verleend met als doel verblijf bij een Nederlandse partner. Daarbij had zij onjuiste gegevens verstrekt met betrekking tot het inkomen van deze partner. Verlenging van de verblijfsvergunning werd vervolgens geweigerd, hetgeen ertoe leidde dat zij haar legale status verloor. De Nederlandse nationaliteit van het minderjarige kind gaf evenmin aanleiding tot de verlening van een verblijfsvergunning aan de moeder.⁵⁸

Ook een andere uit 1997 stammende uitspraak van de Rechtbank Den Haag leidde tot een negatieve beoordeling van de aanvraag voor een verblijfsvergunning. Een Poolse vrouw wenste na het verbreken van haar relatie met een Nederlandse man te verblijven bij het uit deze relatie geboren Nederlandse kind. De Rechtbank ging over tot een belangenafweging, waarbij in het nadeel van de vrouw werd beslist. Een aantal elementen waren van groot belang bij de gemaakte afweging, namelijk de jonge leeftijd van het kind en het feit dat het nog niet was geworteld in Nederland, de mogelijkheid om het familie- en gezinsleven in Polen voort te zetten, de kans op toelating tot Polen van het kind en het feit dat het kind in de toekomst zonder belemmering naar

⁵⁶ In deze zaak werd een beroep op art. 8 EVRM wel gegrond geacht door de rechtbank.

⁵⁷ Rechtbank Den Haag (REK) 25 september 1997 (AWB 97/5074), *RV 100*, 2001, nr. 24.

⁵⁸ In deze zaak werd het beroep evenmin gegrond geacht op grond van verplichtingen voortvloeiend uit internationale overeenkomsten.

Nederland zou kunnen reizen. Het feit dat er geen emotionele en financiële band bestaat tussen vader en kind speelde een belangrijke rol.

Hoewel de oude Vreemdelingenwet meer ruimte gaf tot individuele belangenafweging door het bestuursorgaan, blijkt uit de hierboven behandelde cases dat voor de inwerkingtreding van de Vw 2000 reeds werd vastgehouden aan een restrictief toelatingsbeleid. Op grond van de Vw 2000 is deze inherente afwijkingsbevoegdheid veel minder omvangrijk geworden, als gevolg van het feit dat veel van de regelgeving die voorheen het karakter van een beleidsregel had, nu is opgenomen in de Vreemdelingenwet zelf en in het besluit. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de inhoud van de regels wellicht niet fundamenteel is veranderd, maar het karakter van de regelgeving des te meer.

1.4.10 Reden voor een restrictieve uitleg van het begrip gezinsleven

De reden voor het voeren van een beleid waarbij het voor een buitenlandse moeder in beginsel niet mogelijk is om een verblijfsvergunning te krijgen voor verblijf bij haar Nederlandse minderjarige kind is dat het onjuist wordt geacht dat een vrouw aan het enkele feit dat zij een kind heeft van een Nederlandse man, een recht ontleent om in Nederland te verblijven.⁵⁹ Dit zou ertoe kunnen leiden dat een kind wordt gezien als een vrijbrief om in Nederland te blijven. Een dergelijke redenering kan naar mijn mening nauwelijks stand houden omdat het niet waarschijnlijk is dat veel vrouwen ervoor zullen kiezen doelbewust een dergelijke situatie te creëren. Ook het algemeen belang en het economisch welzijn van Nederland worden vaak als reden opgevoerd. Dit valt te verklaren uit de extra last die in een deel van de gevallen bij de Nederlandse staat komt te liggen, in het bijzonder waar de vrouw een beperkte kans heeft op het vinden van een baan, of wanneer zij er bewust voor kiest zich geheel op de verzorging van haar kind te richten. Men kan het eens of oneens zijn met de redenering van de overheid dat het ontstaan van dergelijke situaties dient te worden ontmoedigd, maar naar mijn mening wordt daarmee voorbij gegaan aan een zeer belangrijk aspect. Het kind heeft geen deel aan deze handelswijze van de ouder. Het heeft er niet om gevraagd geboren te worden en verdiend de best denkbare bescherming en verzorging. Misschien verdient het zelfs een voorkeursbehandeling gelet op het feit dat dit kind extra weerloos is. Daarom ben ik van mening dat aan de moeder een

⁵⁹ Rechtbank Den Haag (REK) 25 september 1997 (AWB 97/5074), *RV 100*, 2001, nr. 24.

verblijfsvergunning zou moeten worden verleend. Hoewel dat in sommige gevallen een onterechte beloning kan lijken voor de moeder, is het de plicht van de Nederlandse overheid om zich te bekommeren om de eigen onderdanen.

1.5. Conclusie

In dit eerste hoofdstuk heb ik een aantal leerstukken bekeken in verband met het verblijfsrecht van een buitenlandse moeder bij haar minderjarige Nederlandse kind. Allereerst is het Nederlanderschap van het minderjarige kind aan de orde gekomen. Daarbij bleek dat aan de Nederlandse nationaliteit niet zonder meer allerlei rechten kunnen worden ontleend. Het nationaliteitsrecht behoort bij uitstek tot de soevereine bevoegdheden van een Staat. De Nederlandse Staat kan zelf vorm en inhoud geven aan het begrip, voor zover geen conflict ontstaat met internationale verdragen, internationale gewoonte en met algemeen erkende rechtsbeginselen ter zake van nationaliteit.

Aan het Nederlanderschap zijn onder meer een aantal (sociale) grondrechten gekoppeld, zoals het recht op bijstand. Echter, uit de jurisprudentie met betrekking tot dit onderwerp kan worden begrepen dat de Nederlandse nationaliteit geen recht geeft op aanwezigheid van een verzorgende buitenlandse ouder. Ten aanzien van het nationaliteitsrecht valt in de nabije toekomst weinig te verwachten aangaande dit onderwerp.

Vervolgens heb ik bekeken welke rechten zouden kunnen voortvloeien uit het algemeen persoonlijkheidsrecht, een leerstuk dat vooral in Duitsland tot ontwikkeling is gekomen, maar dat ook in Nederland een bescheiden rol speelt in de bescherming van een aantal rechten die onder meer aan het privé- en familieleven raken. In Nederland is het in civielrechtelijke context tot ontwikkeling gekomen, maar kruisbestuiving naar andere rechtsgebieden is niet uitgesloten. Vooral de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van art. 10 Grondwet biedt naar mijn mening aanknopingspunten ten aanzien van het beleven van het gezinsleven in Nederland door een minderjarig Nederlands kind en zijn of haar buitenlandse moeder.

Tenslotte heb ik de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000 bekeken. Daarbij zijn de verblijfsgronden die samenhangen met het beleven van een gezinsleven in Nederland aan de orde gekomen. Op grond van dit onderzoek kan worden geconcludeerd dat het onder het geldende Nederlandse vreemdelingenrecht hoogst onwaarschijnlijk is dat verblijf van een verzorgende buitenlandse ouder bij een minderjarig kind met de Nederlandse nationaliteit zal

worden aanvaard als grond voor rechtmatig verblijf voor bepaalde tijd. Het stelsel van beperkingen voorziet niet in een dergelijk verblijfsdoel. Zelfs de gebruikte definities dekken een dergelijke situatie niet. De termen gezinshereniging en gezinsvorming verwijzen naar omstandigheden die niet te verenigen zijn met de casus.

Hoewel art. 3.4 lid 3 Vb 2000 in de mogelijkheid voorziet om nieuwe beperkingen te creëren waar dit nodig blijkt, heeft de Minister tot nu toe weinig enthousiasme getoond om van deze bepaling gebruik te maken. Aan de in het Vb 2000 neergelegde eisen met betrekking tot de verzoeker en de hoofdpersoon kan niet worden voldaan. Ook de bepalingen aangaande verruimde gezinshereniging van 3.24 en 3.25 Vb 2000 bieden geen uitkomst. Aan geen van deze bepalingen kan door de buitenlandse moeder worden voldaan. De discretionaire bevoegdheid van de Minister is de afgelopen jaren niet nader ingevuld door de verschillende bewindslieden. Hoewel dit bij uitstek een omstandigheid is die onder deze bepaling kan worden geschaard, hebben de verschillende Ministers vooralsnog vastgehouden aan het restrictieve toelatingsbeleid. Omdat het voeren van een dergelijk beleid ook een van de doelstellingen was bij het opstellen van de nieuwe Vreemdelingenwet zal daar ongetwijfeld ook in de toekomst aan worden vastgehouden. Omdat de Vreemdelingenwet 2000 binnen het bestuursrecht valt, past de rechter slechts een marginale toetsing toe. Ook onder de oude Vreemdelingenwet werd verblijf bij een Nederlands kind in beginsel niet toegestaan. Wel was eventuele afwijking van de regelgeving minder problematisch omdat deze vooral in beleidsregels was neergelegd. De jurisprudentie onder de oude Vreemdelingenwet toont echter aan dat ook toen al sprake was van een restrictief beleid aangaande dit onderwerp. De leeftijd van het kind en het gebrek aan worteling in de Nederlandse samenleving, de mogelijkheid om in het buitenland het gezinsleven voort te zetten en de kans op toelating tot dat land spelen een hoofdrol in de overwegingen. Bovendien wordt het van belang geacht dat het kind op ieder gewenst moment terug kan keren naar Nederland en dat noch emotioneel, nog financieel een band met de vader bestaat. Daarbij is het niet van belang of de vrouw in het verleden legaal of illegaal in Nederland heeft verbleven.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het Nederlanderschap van het minderjarige kind niet kan leiden tot het recht op gezinsleven met de verzorgende buitenlandse moeder in Nederland. De status van de buitenlandse moeder is daarbij niet van belang.

Ook is duidelijk geworden dat de aanvraag van een verblijfsvergunning wegens verblijf bij een minderjarig kind niet zal leiden tot de verlening krachtens de Vw 2000 van een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Geen van de bepalingen is van toepassing op de situatie

van de buitenlandse moeder en haar Nederlandse kind. Het ligt niet in de lijn der verwachting dat op korte termijn nieuwe beperkingen totstandkomen. Bovendien kan de enige bepaling die een mogelijke oplossing in zich bergt, namelijk art. 3.13 lid 2 Vb 2000 als inhoudsloos worden beschouwd als gevolg van de onwil van de Minister om er invulling aan te geven. De gehanteerde criteria gaan voorbij aan het feit dat geen sprake is van een onomkeerbare situatie aangaande het verbroken contact met de vader. Bovendien heeft het kind er niet om gevraagd om ter wereld te komen. Daarom ben ik van mening dat het oneerlijk en onrechtvaardig is om een kind te straffen voor het feit dat het ter wereld is gekomen en toevallig een buitenlandse moeder heeft met verblijfsrechtelijk probleem.

Hoofdstuk 2 Europees recht

2.1 Inleiding

Met betrekking tot de toelating tot en het verblijf in Nederland van een buitenlandse moeder bij haar Nederlandse kind is in het vorige hoofdstuk onderzocht welke mogelijkheden de nationale regelgeving biedt. Daarbij zijn verschillende leerstukken aan de orde gekomen, zoals het Nederlandse nationaliteitsrecht, de algemene persoonlijkheidsrechten en het Nederlandse vreemdelingenrecht.

In dit hoofdstuk zal worden bekeken welke rechten voortvloeien uit het recht van de Europese Unie ten aanzien van moeder en kind. De Europese Unie houdt zich primair bezig met de rechten van gemeenschapsonderdanen. Rechten die betrekking hebben op het verblijf van personen die niet afkomstig zijn uit een van de Lidstaten (derdelanders), zijn in beginsel in het nationale recht van de Lidstaten te vinden. In bepaalde gevallen echter hebben deze personen onder het gemeenschapsrecht rechten die zijn afgeleid van die van gemeenschapsburgers. Om te onderzoeken op welke wijze het recht van de Europese Unie van belang kan zijn voor het verblijfsrecht van de buitenlandse vrouw bij haar minderjarige Nederlandse kind zal worden gekeken naar een aantal rechtsgebieden. Eerst zal worden uiteengezet op welke wijze het recht van de Europese Gemeenschap en de Europese Unie door de jaren heen tot ontwikkeling is gekomen. Ook zal ik onderzoeken welke rol nationaliteitsrechten en algemene persoonlijkheidsrechten spelen binnen het gemeenschapsrecht. Daarna zal het vrije verkeer van personen, dat is neergelegd in Titel III van het EG-Verdrag, worden behandeld. Centraal staat daarbij het recht dat de buitenlandse verzorgende ouder kan afleiden van haar kind, die gemeenschapsonderdaan is. Met de term Hof (van Justitie) wordt in het kader van dit hoofdstuk het Hof van Justitie EG bedoeld.

2.1.1 Doelstellingen van de Europese Unie

De Europese Unie en de Europese Gemeenschappen hebben van oudsher als doelstelling het bevorderen van de vrije handel tussen de Lidstaten (art. 2 EG-Verdrag). De manier om dit te bewerkstelligen, is het instellen van een interne markt, gekenmerkt door de afschaffing van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tussen de

Lidstaten (art. 3 lid 1 sub c EG-Verdrag).⁶⁰ Dit heeft tot gevolg gehad dat de meeste regelgeving die in de loop der jaren door de instellingen van de Gemeenschappen werd vervaardigd, gericht was op het bevorderen van de economische integratie. Hoewel de rechten van economisch actieve onderdanen van Lidstaten, ook wel marktburgers genoemd,⁶¹ centraal stonden en staan, kwamen tot de conclusie dat de aan deze groep toegekende rechten vaak niet los kunnen worden gekoppeld van die van andere gemeenschapsonderdanen en derdelanders. Dit heeft ertoe geleid dat ook ten aanzien van economisch niet actieve gemeenschapsonderdanen en derdelanders een scala aan rechten is ontstaan, ook waar dit door de Lidstaten niet primair was beoogd. De verschillende verdragsbepalingen die hieronder nader zullen worden bekeken, zijn uitgewerkt in secundaire regelgeving, waarbij het recht op gezinshereniging regelmatig aan de orde komt. Bij de totstandkoming van dergelijke regelgeving hebben de Lidstaten vaak een terughoudende positie ingenomen. De invloed van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is echter onverminderd groot geweest met betrekking tot de interpretatie van de in het verdrag en de secundaire regelgeving neergelegde bepalingen. Het vrij verkeer van personen is daardoor op belangrijke wijze uitgebreid en de positie van de gemeenschapsonderdanen versterkt, te meer omdat sprake is van een rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht binnen de nationale rechtsorde van de Lidstaten.⁶² Maar voordat ik mij verder zal verdiepen in het vrij verkeer van personen, zal ik eerst onderzoeken op welke wijze de Europese Unie omgaat met het nationaliteitsrecht van de Lidstaten en of het algemeen persoonlijkheidsrecht een rol speelt binnen het gemeenschapsrecht.

2.2.1 Nationaliteitsrecht

Binnen het Europese recht wordt de soevereiniteit van de Lidstaten aangaande de wijze waarop het nationaliteitsrecht wordt ingevuld in beginsel ongemoeid gelaten. De Lidstaten bepalen zelf welke regels gelden met betrekking tot de verwerving en het verlies van nationaliteit.⁶³ In het arrest Micheletti werd dit in beginsel door het Hof van Justitie EG bevestigd. Het Hof was van mening dat sprake was van een principiële nationale autonomie van de Lidstaten aangaande het nationaliteitsrecht. Toch werd daarbij in rechtsoverweging 10 van Micheletti een tweetal kanttekeningen gemaakt. Het Europese recht kan de nationale autonomie beperken. Ook dienen

⁶⁰ E. de Smijter, 'Het Europees recht omtrent het verblijfsrecht in de Europese Unie', *SEW* 2003-5, p. 154.

⁶¹ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 329.

⁶² HvJ EG, zaak 6/64 (Costa-Enel), jur. 1964, p. 1203.

de nationaliteitsrechtelijke bevoegdheden te worden uitgeoefend met inachtneming van het gemeenschapsrecht.⁶⁴ In beginsel geldt dus dat indien een persoon de nationaliteit van een van de Lidstaten verwerft of verliest, dit door de andere Lidstaten als rechtsfeit dient te worden geaccepteerd.⁶⁵ Een voorbeeld van strijdigheid met gemeenschapsrecht kan zich voordoen als een Lidstaat weigert een door een andere Lidstaat verstrekte nationaliteit te erkennen. Dit was het geval in de zaak Micheletti, waarin de Spaanse overheid weigerde een verblijfsvergunning te verstrekken aan Micheletti, die zowel de Italiaanse als de Argentijnse nationaliteit bezat. Ook het stellen van extra voorwaarden voor de erkenning van de nationaliteit van een andere Lidstaat in verband met de uitoefening van de in het Verdrag opgenomen fundamentele rechten is niet toegestaan. Dit werd door het Hof van Justitie EG bevestigd in rechtsoverweging 28 bij het arrest Garcia Avello.⁶⁶ Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat de Europese Unie zich in beginsel niet wil bemoeien met de verwerving en het verlies van de nationaliteit van de Lidstaten, mits dat niet leidt tot situaties waarin de rechten die op grond van Europees recht tot stand zijn gekomen, worden beknot. Hiermee hebben de Lidstaten grote invloed op de vraag welke onderdanen als Unieburgers een beroep kunnen doen op de rechten die gelden ten aanzien van deze groep personen onder het gemeenschapsrecht. Art. 17 EG-Verdrag luidt als volgt.

- 1) *Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een Lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie vult het nationale burgerschap aan doch komt niet in de plaats daarvan.*
- 2) *De burgers van de Unie genieten de rechten en zijn onderworpen aan de plichten die bij dit Verdrag zijn vastgesteld.*

Maar op de invulling van het Unieburgerschap zijn, oefent de Europese Unie, en met name het Hof van Justitie, grote invloed uit.⁶⁷ Het gemeenschapsrecht geeft invulling aan het nationaliteitsrecht als gevolg van het feit dat het geheel van rechten en plichten dat uit het acquis communautaire voortvloeit aan het bezitten van de nationaliteit van een van de Lidstaten en aan het unieburgerschap is verbonden. Het gemeenschapsrecht wordt bovendien door het Hof van

⁶³ G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, Deventer: Kluwer 2002, p. 33.

⁶⁴ HvJ EG 7 juli 1992, zaak C-369/90, (Micheletti); G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, Deventer: Kluwer 2002, p. 35.

⁶⁵ F.J.A. van der Velden, *Unieburgers en staatsburgers*. De nationaliteit in internationaal en Europees perspectief, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 129 (Preadviezen), T.M.C. Asser Press, november 2004, p. 15.

⁶⁶ HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-148/02, (Garcia Avello).

⁶⁷ B.J. Drijber, 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJb* 2004-31, p. 1614.

Justitie onder invloed van het Unieburgerschap extensief uitgelegd.⁶⁸ Dit zal nader blijken bij de bespreking van het vrij verkeer van personen en vestiging en uit de te bespreken jurisprudentie. Daarbij zal blijken dat het Hof van Justitie EG een enigszins andere kijk heeft op het verblijfsrecht van een buitenlandse verzorgende ouder bij een minderjarig kind dan de Nederlandse wetgever.

2.3.1 Algemene beginselen van gemeenschapsrecht

Het algemeen persoonlijkheidsrecht is niet in het EG-Verdrag neergelegd in een specifieke rechtsnorm. Toch zijn een aantal rechten in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG terug te vinden welke als uitwerking van het persoonlijkheidsrecht kunnen worden opgevat. Het Hof heeft zich bijvoorbeeld uitgesproken over het recht op privé-leven, het recht op medische geheimhouding en erkenning van transseksualiteit in verband met gemeenschapsrechten.⁶⁹ Deze uitingen van het persoonlijkheidsrecht worden door het Hof van Justitie EG onder de algemene of fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht geschaard. Deze zijn eind jaren zestig van de vorige eeuw tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie en omvatten onder meer de rechten die zijn neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, de gemeenschappelijke constitutionele tradities die gemeen zijn aan de verschillende Lidstaten.⁷⁰ In het Verdrag betreffende de Europese Unie is dit terug te vinden in art. 6. Maar ook het Internationaal Verdrag voor de Burger- en Politieke Rechten en het Europees Sociaal Handvest gelden als bronnen van het gemeenschapsrecht.⁷¹ Op deze wijze werden de grondrechten geïntegreerd in het gemeenschapsrecht dat in beginsel een zuiver economische grondslag had. Het feit dat het Hof zich laat inspireren door deze constitutionele en verdragsrechtelijke grondrechten heeft niet tot gevolg dat het daarbij zonder meer de gehanteerde beperkingsgronden bij deze rechten toepast.⁷² Het Hof heeft er, zoals hieronder zal blijken, duidelijk voor gekozen om zelf de reikwijdte van de rechten te bepalen, met als doel de onder het gemeenschapsrecht

⁶⁸ H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Het Europese Hof activeert het Europese burgerschap', *NJb* 2003-28, p. 2243.

⁶⁹ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 335.

⁷⁰ Kapteyn VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 352.

⁷¹ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 345.

⁷² H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 337.

gegeven vrijheden zo volledig mogelijk te garanderen. Hieronder zal nader worden bekeken welke invulling het Hof van Justitie EG heeft gegeven aan deze algemene rechtsbeginselen, die dus voor een deel als aspecten van het algemeen persoonlijkheidsrecht kunnen worden opgevat. Daarbij zullen verschillende algemene beginselen van gemeenschapsrecht langskomen, zoals het verbod van discriminatie en het evenredigheidsbeginsel.

2.4.1 Vrij verkeer van personen

In Titel III van het EG-Verdrag is onder meer het vrij verkeer van personen neergelegd. De in deze bepalingen neergelegde rechten gelden echter niet zonder beperkingen. Er kan daarom niet worden gesproken van een onvoorwaardelijk recht voor personen om zich te verplaatsen en te vestigen binnen de Europese Unie.⁷³ Dat de Lidstaten beperkingen en voorwaarden kunnen stellen aan dit recht, volgt uit art. 39 lid 3 EG-Verdrag, waarin kan worden gelezen dat beperkingen gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid. Desalniettemin geldt als uitgangspunt ten aanzien van het vrij verkeer van personen dat verschillen tussen de Lidstaten dienen te worden verwijderd om te kunnen komen tot een zo volledig mogelijke vrijheid voor marktburgers. Dit betekent dat personen uit andere Lidstaten onder dezelfde voorwaarden toegang dienen te hebben tot de arbeidsmarkt van een Lidstaat als de onderdanen van die gaststaat zelf. In beginsel werd daarbij vooral gedacht aan factoren als arbeidsvoorwaarden en beloning.⁷⁴ Later is een groter scala van rechten onder dit verbod op discriminatie van art. 12 EG-Verdrag gebracht.

Twee voorwaarden staan centraal bij de uitoefening van de in Titel III neergelegde rechten. Ten eerste dient men onderdaan van de Europese Unie te zijn. Daarmee wordt bedoeld dat men de nationaliteit van een van de Lidstaten dient te bezitten (art. 17 EG-Verdrag). Op het Unieburgerschap zal hieronder nog nader worden ingegaan. Ten tweede dienen de gemeenschapsonderdanen economisch actief te zijn. Als aan deze voorwaarden is voldaan, kan in beginsel een beroep worden gedaan op het recht van verplaatsing en verblijf binnen de Unie.⁷⁵ Later in dit hoofdstuk zal blijken onder welke voorwaarden niet-economisch actieve onderdanen rechten ontleen aan het gemeenschapsrecht. De bepalingen in Titel III hebben rechtstreekse

⁷³ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 329.

⁷⁴ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 330.

werking, hetgeen betekent dat individuele burgers er een beroep op kunnen doen voor hun nationale rechter.⁷⁶ In de loop der tijd is in een reeks richtlijnen en verordeningen neergelegd op welke wijze gebruik kan worden gemaakt van deze in het EG-Verdrag neergelegde rechten. Door het Hof van Justitie EG is steeds uitgegaan van een ruime interpretatie van de rechten die toekomen aan burgers. Vooral op het gebied van het uitoefenen van het recht op gezinsleven is het Hof gekomen tot een forse uitbreiding van de bestaande rechten, soms zelfs tegen de wens en bedoeling van de verschillende Lidstaten in. Dit zal hieronder worden verduidelijkt aan de hand van jurisprudentie.

Op 29 april 2004 is een nieuwe Richtlijn aangenomen ter vervanging en wijziging van de op dit moment geldende regelgeving. Het doel van de Richtlijn is om een einde te maken aan de gefragmenteerde benadering van het recht van vrij verkeer en verblijf.⁷⁷ Deze Richtlijn geldt zowel voor economisch actieve als voor niet-economisch actieve gemeenschapsonderdanen en hun familieleden, ongeacht of deze familieleden de nationaliteit van een van de Lidstaten bezitten. Dit nieuwe stuk regelgeving betekent een renovatie van de bestaande regelgeving met betrekking tot vrij verkeer en verblijf binnen de Europese Unie, maar beoogd er geen fundamentele wijzigingen in aan te brengen. Richtlijn 2004/38⁷⁸ dient op 30 april 2006 door de Lidstaten te zijn geïmplementeerd. Op deze datum wordt het grootste deel van de op dit moment geldende regelgeving met betrekking tot vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de Unie vervangen door deze nieuwe richtlijn.

2.4.2 Gezinsleven

Regelgeving met betrekking tot het recht op gezinsleven is onder meer terug te vinden in Verordening 1612/68 EG.⁷⁹ In art. 1 is neergelegd dat het iedere onderdaan van een Lidstaat is toegestaan om op het grondgebied van een andere Lidstaat arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten. Daarbij geldt dat onder meer diens echtgenoot en bloedverwanten in neergaande lijn

⁷⁵ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 329.

⁷⁶ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 329.

⁷⁷ Richtlijn 2004/38, overweging 4.

⁷⁸ Richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de Lidstaten van de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 en 93/96, Publicatieblad nr. L 229 van 29/06/2004, p. 35-48.

zich bij hem mogen vestigen (art. 10). In art. 12 van Verordening 1612/68 is te lezen dat kinderen van een gemeenschapsonderdaan in een gastlidstaat worden toegelaten tot het algemene onderwijs, het leerlingstelsel en de beroepsopleiding. Deze bepaling was van belang in de zaak van Baumbast en R. uit 2002, waarin het Hof van Justitie EG kwam tot een belangrijke uitbreiding van het verblijfsrecht dat van een (voormalig) werknemer in de zin van bovengenoemde Verordening kan worden afgeleid. Hierbij bleek dat een afgeleid verblijfsrecht dat gezinsleden van de werknemer genieten in sommige gevallen sterker kan zijn dan het recht waaruit het in beginsel is ontstaan.

2.4.3 Baumbast en R.

2.4.3.1 Feiten

In de zaak Baumbast en R. werd door het Britse Immigration Appeal Tribunal een aantal prejudiciële vragen (art. 234 EG-Verdrag) aan het Hof van Justitie EG gesteld omtrent de reikwijdte en correcte uitlegging van de bepalingen met betrekking tot het verblijf van een voormalig werknemer in de zin van Verordening 1612/68 en zijn familieleden in een gaststaat.⁸⁰ Zowel in de zaak Baumbast als in de zaak R. - het betrof twee verschillende feitencomplexen - was sprake van een gemeenschapsonderdaan die werkzaam was (geweest) in een andere Lidstaat, waarbij de kinderen onderwijs volgden in dit gastland. Bovendien was in beide zaken sprake van een huwelijk van de werknemer met een derdelander, waarbij deze derdelander als verzorgende ouder kon worden aangemerkt. Middels het stellen van een aantal prejudiciële vragen is duidelijkheid gecreëerd ten aanzien van het verblijfsrecht van zowel de schoolgaande kinderen als de buitenlandse verzorgende ouder. Bovendien werd meer duidelijkheid verkregen omtrent de reikwijdte van het begrip unieburgerschap in de zin van artt. 17 en 18 EG-Verdrag.

2.4.3.2 Prejudiciële vragen

2.4.3.2.1 Recht op verblijf en onderwijs

Ten eerste wilde het Immigration Appeal Tribunal weten of de kinderen van een burger van de Europese Unie die zelf gemeenschapsonderdanen zijn en lager onderwijs hebben gevolgd terwijl hun ouder verblijfsrechten uitoefende als werknemer in een gastland op grond van art. 12 van

⁷⁹ Verordening 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, Publicatieblad nr. L 257 van 19/10/1968, p. 002-0012.

⁸⁰ Hof van Justitie EG, 17 september 2002, C-413/99, (Baumbast en R.).

Verordening 1612/68 gerechtigd zijn om in het gastland te verblijven om er algemeen (voortgezet) onderwijs te volgen.

Het Hof beantwoordde de eerste vraag bevestigend. De kinderen van een burger van de Europese Unie die zich in een Lidstaat hebben gevestigd terwijl hun ouder in die Lidstaat rechten van verblijf als migrerende werknemer uitoefent, mogen volgens art. 12 in die Lidstaat verblijven om er algemeen onderwijs te volgen. Factoren die daarbij niet van invloed zijn, zijn het feit dat de ouders niet langer gehuwd zijn, dat slechts een van de ouders burger van de Unie is en die ouder in het gastland niet langer migrerende werknemer is, of dat de kinderen zelf geen gemeenschapsonderdanen zijn (r.o. 63). Het Hof is dus van mening dat een aan een gemeenschapsonderdaan toekomend recht niet zomaar eindigt nadat de ontstaansgrond ervan is komen vervallen.

2.4.3.2.2 Recht op verblijf verzorgende ouder

De tweede prejudiciële vraag luidde als volgt. Indien de kinderen volgens art. 12 het recht hebben in het gastland te verblijven om er algemeen onderwijs te volgen, moet de verplichting van het gastland met betrekking hiertoe dan zo worden uitgelegd, dat de verzorgende ouder, ongeacht of deze burger van de Unie is, het recht wordt verleend om bij hen te verblijven om de uitoefening van dat recht te vergemakkelijken, ook al zijn de ouders gescheiden of werkt de vader, die burger van de Unie is, niet meer in het gastland?

Ten aanzien van deze vraag bepaalde het Hof dat bij de beantwoording ervan diende te worden gelet op het stelsel en het doel van Verordening 1612/68. De Verordening in het algemeen en art. 12 in het bijzonder hebben ten doel het vrije verkeer van de gezinsleden van de werknemer te bevorderen. Belangrijk is daarbij dat de werknemer en zijn gezin in de Lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als de onderdanen van die staat (r.o. 68). Ook diende daarbij rekening te worden gehouden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals neergelegd in art. 8 EVRM.

Op grond daarvan is sprake van een recht op verblijf voor de verzorgende ouder bij het kind. Dit betekent dat uit het afgeleide recht van het kind een recht kan worden afgeleid voor de verzorgende ouder, ongeacht of deze gemeenschapsonderdaan is. Indien er geen recht op verblijf zou bestaan voor deze verzorger, zou inbreuk worden gemaakt op het onder het EG-recht aan de kinderen gegeven recht om een opleiding in een gastland te volgen (r.o. 73). Door de

aanwezigheid van de verzorgende ouder bij de kinderen toe te staan, wordt de uitoefening van het in art. 12 neergelegde recht mogelijk gemaakt. Deze conclusie heeft geleid tot een belangrijke uitbreiding van de uit het gemeenschapsrechten afgeleide rechten.⁸¹

2.4.3.2.3 Unieburgerschap

Met betrekking tot het verblijfsrecht van Baumbast speelt het Unieburgerschap van art. 18 EG-Verdrag een belangrijke rol. De vraag die centraal staat, is of het een persoon is toegestaan om op het grondgebied van een andere Lidstaat te verblijven op grond van het enkele feit dat hij gemeenschapsonderdaan is. Baumbast kon immers niet langer aanspraak maken op een verblijfsrecht als werknemer. Door het Hof werd bepaald dat art. 18 EG-Verdrag rechtstreekse werking heeft. Door deze duidelijke en nauwkeurige bepaling in het EG-Verdrag wordt dit recht toegekend aan iedere burger van de Unie. Baumbast heeft daarom louter in zijn hoedanigheid van onderdaan van een Lidstaat, en dus als burger van de Unie, het recht, zich op art. 18 te beroepen (r.o. 84). Echter, hieruit kan niet zonder meer volgen dat dit een onvoorwaardelijk verblijfsrecht oplevert. Het recht van art. 18 is gebonden aan beperkingen en voorwaarden die in het EG-Verdrag en in secundaire regelgeving zijn neergelegd (r.o. 85). Daaruit blijkt dat geen sprake is van een onvoorwaardelijk recht op verblijf op grond van het Unieburgerschap. Het in art. 18 neergelegde recht wordt immers nader ingevuld en vormgegeven door secundaire regelgeving.⁸² In het geval van Baumbast zijn deze voorwaarden neergelegd in Richtlijn 90/364.⁸³ Toch blijkt het Hof aan te sturen op de toekenning van een grotere waarde aan het begrip Unieburger, door er op een dergelijke expliciete manier naar te verwijzen en door de verduidelijking dat sprake is van rechtstreekse werking. In het arrest Trojani⁸⁴ heeft het Hof de in Baumbast en R. neergelegde regel ten aanzien van het Unieburgerschap nogmaals bevestigd. Trojani was een Franse onderdaan die in België deelnam aan een maatschappelijk en beroepsintegratieproject. Hij woonde in een opvangcentrum van het Leger des Heils. Ook in deze zaak besliste het Hof dat op de enkele grond van het Europees burgerschap een verblijfsrecht in het gastland ontstaat, maar dat de uitoefening daarvan gebonden blijft aan de beperkingen en voorwaarden die in secundaire regelgeving is neergelegd. Evenals in Baumbast en R. benadrukte het Hof dat deze toegepast moeten worden met inachtneming van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, in het

⁸¹ H. Staples, 'Het verblijfsrecht van burgers van de Unie en hun familieleden', *NTER* 2003-3, p. 53.

⁸² E. de Smijter, 'Het Europees recht omtrent het verblijfsrecht in de Europese Unie', *SEW* 2003-5, p. 161.

⁸³ Richtlijn 90/364/EEG van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht, Publicatieblad nr. L 180 van 13/07/1990.

⁸⁴ HvJ EG 7 september 2004, zaak C-456/02 (Trojani).

bijzonder het evenredigheidsbeginsel. Daarbij mag niet worden gediscrimineerd op grond van nationaliteit. Het Hof houdt scherp in de gaten of toepassing van voorwaarden en beperkingen van secundair gemeenschapsrecht niet afdoen aan de strekking van de in het EG-Verdrag neergelegde rechten, maar neemt de gestelde grenzen wel in acht. Indien het Hof een verdere uitbreiding had willen geven aan hetgeen in Baumbast en R. is bepaald met betrekking tot de omvang van het begrip Unieburgerschap, had het daartoe de mogelijkheid in de zaak Trojani. Het feit dat dit niet is gebeurd, geeft naar mijn mening aan dat het Hof niet te ver wil afdwalen van hetgeen door de overige instellingen van de Unie in de secundaire regelgeving is neergelegd. In het Hof daar wel toe over zou gaan, zou het zich te ver in het vaarwater van de wetgevende instanties begeven.

2.4.3.2.4 Evenredigheidsbeginsel

Hoewel de rechtstreekse werking van art. 18 EG-Verdrag aldus is beperkt door de door de Lidstaten gestelde voorwaarden en beperkingen, dient wel te worden benadrukt dat de Lidstaten daarbij de algemene gemeenschapsrechtelijke beginselen in acht dienen te nemen. De toepassing van de beperkingen en voorwaarden is vatbaar voor rechterlijke toetsing. In het bijzonder noemt het Hof in dit kader het evenredigheidsbeginsel. Hiermee wordt bedoeld dat terzake gestelde nationale maatregelen passend en noodzakelijk dienen te zijn om het beoogde doel te bereiken (r.o. 91). In de zaak Baumbast waren als factoren en omstandigheden in het voordeel van Baumbast aan te merken de duur van het verblijf, het verblijf op het nationale grondgebied van familieleden van Baumbast, tewerkstelling en de duur daarvan en het feit dat geen van de betrokkenen een beroep had gedaan op de bijstand in het gastland.⁸⁵ Het feit dat spoedeisende zorg in het Verenigd Koninkrijk niet werd gedekt door de ziektekostenverzekering van Baumbast kon hier niet aan afdoen. Het is de Lidstaten niet toegestaan om het onder het EG-recht gegeven recht op verblijf en verplaatsing binnen de Unie meer te beperken dan noodzakelijk is met het oog op nationale belangen. Een dergelijke beperking zou een van de kernbeginselen van het gemeenschapsrecht, het vrije verkeer van personen, illusoir maken. Daarom leidt de belangenafweging van het Hof tot deze uitkomst.

2.5.1 Economisch niet-actieve gemeenschapsonderdanen

⁸⁵ A.P. van der Mei, 'De Juridische Meerwaarde van het Burgerschap van de Europese Unie (1)', *MR* 2003-8, p. 274.

De verblijfsrechten van derdelanders bij gemeenschapsonderdanen en de gemeenschapsregelgeving daaromtrent zijn door het Hof van Justitie in de zaak Baumbast en R. behoorlijk opgerecht. Wel was daarbij sprake van een gemeenschapsonderdaan die economisch actief was (geweest). Dit is ook de ontstaansgrond van de verblijfsrechten van de familieleden die geen gemeenschapsonderdanen waren. In het geval van het Nederlandse kind en zijn buitenlandse moeder is geen sprake van het op enig moment uitgeoefend hebben van een economische activiteit.

Richtlijn 90/364 regelt de rechten van gemeenschapsonderdanen die niet economisch actief zijn en niet onder andere regelingen vallen. Het gaat dus om een restcategorie.⁸⁶ Onder deze Richtlijn dient aan twee voorwaarden te zijn voldaan voor een verblijfsrecht in een andere Lidstaat (art 1 lid 1). Ten eerste dienen de gemeenschapsonderdaan en zijn familieleden te beschikken over toereikende bestaansmiddelen om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van de bijstandsregeling van het gastland. Ten tweede moeten zij een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt. Indien hieraan is voldaan, mag de houder van het verblijfsrecht zich vestigen in een andere Lidstaat. Op grond van deze Richtlijn mogen de bloedverwanten in opgaande lijn die ten laste van de gemeenschapsonderdaan komen zich bij deze gemeenschapsonderdaan vestigen, ongeacht hun nationaliteit. Hieruit blijkt dat het recht op verplaatsing en verblijf binnen de Europese Unie op verschillende wijzen is uitgebreid door de jaren heen. Regelgeving heeft ervoor gezorgd dat verschillende groepen personen, zoals studenten, gepensioneerden en niet-economisch actieve gemeenschapsonderdanen ook onder de paraplu van het gemeenschapsrecht zijn gebracht. Daarnaast heeft zich een alternatieve ontwikkeling voorgedaan. De rechtspraak van het Hof van Justitie EG heeft gezorgd voor een uitbreiding en uitlegging van de rechten. Dit is reeds geïllustreerd aan de hand van Baumbast en R. met betrekking tot art. 12 van Verordening 1612/68. De reikwijdte en uitleg van de bepalingen van Richtlijn 90/364 zijn door het Hof van Justitie EG nader onderzocht in de zaak Chen⁸⁷, waarin kortgeleden arrest is gewezen.

2.5.2 Chen

2.5.2.1 Feiten

⁸⁶ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 343.

⁸⁷ HvJ EG 19 oktober 2004, zaak C-200/02 (Chen).

In de zaak Chen is sprake van een economisch niet actieve gemeenschapsonderdaan, namelijk een minderjarig kind van Chinese ouders dat zelf de Ierse nationaliteit bezit. Dit ten gevolge van een speciale Ierse regeling waarbij aan alle kinderen die op het Ierse eiland worden geboren automatisch deze nationaliteit wordt toegekend. Na de geboorte verhuizen moeder en dochter naar het Verenigd Koninkrijk. De vader van het meisje verblijft in China waar hij leiding geeft aan een Chinese onderneming. De Britse autoriteiten weigeren een verblijfsvergunning te verstrekken aan moeder en dochter, als gevolg van het feit dat Catherine slechts acht maanden oud is en daarom geen uit het EG-Verdrag voortvloeiende rechten zou kunnen uitoefenen (r.o. 14).

2.5.2.2 Prejudiciële vragen

2.5.2.2.1 Verblijfsrechten van een minderjarige gemeenschapsonderdaan

De Immigration Appellate Authority stelt een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG naar aanleiding van de rechten die voortvloeien uit het feit dat het kind gemeenschapsonderdaan is. Allereerst wordt de vraag gesteld of het recht om naar een Lidstaat te reizen en er te verblijven in de zin van art. 1 van Richtlijn 90/364 of art. 1 van Richtlijn 73/148 ook van toepassing is op minderjarige gemeenschapsonderdanen.

Met betrekking tot de aan Catherine als minderjarige gemeenschapsonderdaan toe te kennen rechten, redeneert het Hof als volgt. Vanaf en door het rechtsfeit van de geboorte heeft Catherine bepaalde rechten. Het feit dat een persoon minderjarig is en derhalve niet in staat is om zelfstandig tot de uitoefening te komen van de haar toekomende rechten, kan niet tot gevolg hebben dat deze rechten niet gelden ten aanzien van deze persoon. Uit geen van de bepalingen van het EG-Verdrag of van de hierboven genoemde regelgeving blijkt dat deze rechten afhankelijk zijn gesteld van een voorwaarde die verband houdt met het bereiken van een bepaalde leeftijd (r.o. 20). A-G Tizzano is in zijn conclusie van mening dat het feit dat zij niet in de gelegenheid is om zelfstandig gebruik te maken van deze rechten juist tot gevolg heeft dat anderen haar daarbij dienen te assisteren. De ouders acht hij daartoe in het bijzonder geschikt.⁸⁸ Op grond van Richtlijn 73/148 kan geen aanspraak worden gemaakt op een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd in het Verenigd Koninkrijk, omdat Catherine weliswaar dienstontvanger is in verband met haar (eigen) geboorte en verzorging, maar het verblijfsrecht op basis daarvan slechts overeenkomt met de duur van de dienstverrichting (r.o. 23). Richtlijn 90/364, gecombineerd met art. 18 EG-Verdrag, biedt wel uitkomst ter verkrijging van een recht op

duurzaam verblijf. Catherine voldoet aan de beide in deze Richtlijn neergelegde voorwaarden, inzake ziektekostenverzekering en bestaansmiddelen, die hierboven reeds aan de orde kwamen bij het verblijfsrecht van Baumbast. Het Hof concludeert dat het slechts van belang is dat de gemeenschapsonderdaan de beschikking heeft over een ziektekostenverzekering en toereikende bestaansmiddelen. Over de herkomst van deze bestaansmiddelen wordt in de Richtlijn zelf niet gerept (r.o. 30). Daarom acht het Hof het onjuist om in het kader van deze zaak extra voorwaarden aan de herkomst te verbinden, te meer omdat het gaat om bepalingen waarin een fundamenteel beginsel van het vrije verkeer van personen is neergelegd. Een ruime interpretatie is daarbij geboden (r.o. 31). Als gevolg van deze uitlegging heeft Catherine op grond van art. 18 EG-Verdrag en Richtlijn 90/364 het recht zich in het Verenigd Koninkrijk te vestigen.

2.5.2.2.2 Verblijfsrecht verzorgende ouder

Ook wenst de Immigration Appellate Authority te vernemen onder welke omstandigheden een onderdaan van een derde land die de moeder en tevens verzorger is van de minderjarige gemeenschapsonderdaan het recht heeft om te verblijven bij de gemeenschapsonderdaan in het gastland? Op deze vraag antwoordt het Hof dat het aan de houder van het verblijfsrecht op grond van Richtlijn 90/364 is toegestaan om familieleden in de opgaande lijn die te zijner laste komen bij zich te hebben. Echter, het Hof concludeert dat zich in casu een omgekeerde situatie voordoet, waarbij de houder van het verblijfsrecht ten laste komt van de onderdaan van een derde staat. Daarom kan de moeder van Catherine niet op deze grond aanspraak maken op een verblijfsrecht bij haar kind (r.o. 43 en 44). Maar de uitkomst van deze redenering kan het Hof niet tevreden stellen, omdat deze ertoe zou leiden dat het verblijfsrecht van het kind illusoir zou worden. Daarom concludeert het Hof dat aan de ouder die daadwerkelijk zorgt voor de minderjarige gemeenschapsonderdaan op grond van dezelfde bepalingen als de gemeenschapsonderdaan zelf, namelijk art. 18 EG-Verdrag en Richtlijn 90/364, verblijf voor onbepaalde tijd wordt toegekend in de gaststaat. Hoewel de ouders van Catherine toegeven dat zij misbruik hebben gemaakt van het gemeenschapsrecht door hun kind in Ierland ter wereld te brengen, heeft dit het Hof niet weerhouden van de toekenning van een verblijfsrecht. Dit is opmerkelijk te noemen. De reden waarom het Hof dit gedrag niet afstraft, is omdat gebruik is gemaakt van de Ierse nationale bevoegdheid aangaande de toekenning van nationaliteit (r.o. 37). In paragraaf 2.1.1 bleek al dat de Europese Unie zich in beginsel niet mengt in aangelegenheden aangaande de verwerving en het verlies van de nationaliteit van Lidstaten. Dit is de reden waarom het Hof het misbruik in dit

⁸⁸ Opinion of Advocate General Tizzano, delivered on 18 May 2004, Case C-200/02, Chen, overweging 46.

specifieke geval niet afstraft. Indien sprake is van misbruik van een gemeenschapsrechtelijke regeling deinst het Hof er niet voor terug deze regelgeving niet van toepassing te achten.⁸⁹ Hierboven bleek in de paragraaf over nationaliteitsrecht al dat de gemeenschapsinstellingen zich in beginsel niet mengen in de toekenning van de nationaliteit door Lidstaten. Dan kan men zich nog afvragen of het Hof tot een zelfde conclusie zou zijn gekomen indien met de vader van Catherine geen contact meer bestond. Naar mijn mening is dit niet van belang. Het Hof concentreert zich uitsluitend op de rol van het kind als drager van rechten onder het gemeenschapsrecht. Daarbij wordt geen aandacht besteed aan de positie van de vader.

Ten aanzien van de hierboven besproken uitspraak kan worden opgemerkt dat deze zorgt voor een uitbreiding van de verblijfsrechten van een verzorgende ouder bij haar minderjarige kind dat de nationaliteit van een Lidstaat bezit. Daarbij blijft echter vooralsnog gelden dat men moet beschikken over voldoende middelen van bestaan en over een passende ziektekostenverzekering. Het merendeel van de buitenlandse moeders van een minderjarige gemeenschapsonderdaan zal onmogelijk aan deze eisen kunnen voldoen, gelet op het feit dat niet alleen de emotionele maar ook de financiële band met de vader van het kind is verbroken. Dit heeft tot gevolg dat zij alle kosten van het eigen verblijf en dat van het kind binnen de Europese Unie dienen te dragen. Een andere belemmering wordt gevormd door het grensoverschrijdend element.

2.6.1 Grensoverschrijdend element

Een belangrijke voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de in het EG-recht neergelegde rechten is dat sprake is van een grensoverschrijdend element. Als een gemeenschapsonderdaan binnen zijn Lidstaat blijft en er dus geen aanknopingspunten zijn met de materiële werkingssfeer van het EG-recht, is dit recht niet op hem van toepassing.⁹⁰ Dit kan ertoe leiden dat sprake is van omgekeerde discriminatie. Gemeenschapsonderdanen die zich over de grenzen van de verschillende Lidstaten verplaatsen hebben in sommige gevallen op grond van het EG-recht meer rechten hebben dan de onderdanen van de Lidstaat waarheen zij zich verplaatsen.⁹¹ Een voorbeeld hiervan is de zaak *Morson en Jhanjan*, waarin het verblijfsrecht voor familieleden zoals neergelegd in Verordening 1612/68 niet van toepassing werd geacht ten aanzien van een zuiver

⁸⁹ HvJ EG 23 september 2003, zaak C-109/01 (Akrich). B.J. Drijber, 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJb* 2004, 1615.

⁹⁰ A.P. van der Mei, 'De Juridische Meerwaarde van het Burgerschap van de Europese Unie (2)', *MR* 2003-9/10, p. 320.

nationale Nederlandse omstandigheid.⁹² Dit leidt ertoe dat ten aanzien van onderdanen van een andere Lidstaat niet de strenge eisen gelden waaraan Nederlanders dienen te voldoen op grond van de in hoofdstuk één behandelde Vreemdelingenwet 2000.⁹³ Het Hof van Justitie heeft weliswaar meermalen een belangrijke rol gespeeld door het hanteren van een extensieve interpretatie van het grensoverschrijdende element, bijvoorbeeld met betrekking tot het dienstenverkeer,⁹⁴ maar voor zuiver interne situaties is een dergelijke interpretatie niet mogelijk. Omgekeerde discriminatie kan niet ongedaan worden gemaakt met een beroep op het in art. 12 EG-Verdrag vervatte verbod op discriminatie.

Ook de nieuwe richtlijn 2004/38 biedt geen oplossing voor gevallen waarin sprake is van omgekeerde discriminatie.⁹⁵ De Lidstaten houden het laatste woord aangaande de verblijfsrechten bij eigen onderdanen op het eigen grondgebied.⁹⁶

Dit maakt dat in beginsel geen recht bestaat voor de buitenlandse moeder om in Nederland te verblijven bij haar Nederlandse kind op grond van het EG-recht, indien sprake is van een zuiver interne situatie. Om tot effectuering van de eerder besproken rechten te komen, dienen moeder en kind gebruik te maken van de onder het EG-Verdrag gegeven vrijheden, hetgeen concreet inhoudt dat zij zich in een andere Lidstaat zullen moeten vestigen of er een economische activiteit zullen moeten ontplooien.

2.6.2 Legaal of illegaal

Het Hof heeft weliswaar erkend dat een gemeenschapsonderdaan recht heeft op de aanwezigheid van een verzorgende ouder, maar men kan zich daarbij afvragen of het van belang is of deze verzorger tot op dat moment een legale status heeft gehad op het grondgebied van de Europese Unie. Naar mijn mening is dat geen dwingende voorwaarde. Het Hof heeft een aantal malen bepaald dat ondanks illegaal verblijf binnen de Unie sprake kan zijn van een verblijfsrecht. Een voorbeeld is de zaak *Carpenter*⁹⁷, waarin het Hof bepaalde dat een zich illegaal op Brits grondgebied bevindende vrouw met de Filipijnse nationaliteit recht op verblijf had. Zij had de immigratiewetten van het Verenigd Koninkrijk overtreden door na het verstrijken van haar

⁹¹ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 352.

⁹² A.P. van der Mei, 'De Juridische Meerwaarde van het Burgerschap van de Europese Unie (2)', *MR* 2003-9/10, p. 320. Hof van Justitie EG 27 oktober 1982 (Morson en Jhanjan).

⁹³ H. Staples, 'Heeft omgekeerde discriminatie zijn langste tijd gehad?', *NTER* 2002-9, p. 207.

⁹⁴ Hof van Justitie EG, 11 juli 2002 (*Carpenter*).

⁹⁵ B.J. de Drijber, 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJb* 2004-3, p. 1615.

⁹⁶ E. de Smijter, 'Het Europees recht omtrent het verblijfsrecht in de Europese Unie', *SEW* 2003-5, p. 168.

vergunning het land niet te verlaten en was tijdens dit illegale verblijf in het huwelijk getreden met een Britse onderdaan. Omdat zij geen gevaar voor de openbare orde en veiligheid vormde en evenmin werd gevreesd dat dit in de toekomst het geval zou zijn, zou inmenging in het huwelijk door uitzetting van de vrouw in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel (r.o. 44). Ook in de zaak R.⁹⁸, was sprake van een illegaal verblijf van R., die de Amerikaanse nationaliteit bezit. Na de scheiding van haar Franse echtgenoot, hield zij nog een aantal jaren verblijf in het Verenigd Koninkrijk bij haar kinderen zonder in het bezit te zijn van een geldige verblijfstitel.

2.6.3 Art. 8 EVRM

In de zaak *Baumbast en R.* werd door het Hof van Justitie EG onder meer verwezen naar het in art. 8 EVRM vervatte recht op respect voor gezinsleven ter rechtvaardiging van de ruime uitleg van het gemeenschapsrecht. Art. 8 EVRM behoort tot de hierboven reeds besproken algemene beginselen van gemeenschapsrecht.⁹⁹ In de zaak *Chen* wordt niet verwezen naar deze bepaling. Het Hof baseert zich uitsluitend op het gemeenschapsrecht bij de toekenning en uitbreiding van het verblijfsrecht van gemeenschapsonderdanen en hun familieleden. Naar mijn mening wijst dit op een groei in de betekenis van het in art. 18 EG-Verdrag neergelegde Unieburgerschap en de bescherming die hiervan uitgaat.

2.6.4 Richtlijn 2003/86

Op 22 september 2003 is door de Raad een Richtlijn aangenomen inzake het recht op gezinshereniging.¹⁰⁰ De basis voor deze Richtlijn wordt gevormd door art. 63 lid 3 EG-Verdrag. Deze bepaling heeft betrekking op immigratievraagstukken. Het recht op gezinshereniging wordt op grond van deze Richtlijn toegekend aan onderdanen van derde landen die wettig op het grondgebied van de Lidstaten verblijven. Indien deze voldoen aan een aantal in de Richtlijn opgesomde vereisten, ontstaat een recht om in de Lidstaat van verblijf te worden herenigd met de in art. 4 genoemde familieleden. Op grond van deze bepaling kan het recht op gezinshereniging met een familielid in de opgaande lijn ontstaan. Het minderjarige kind uit de casus kan echter geen beroep doen op deze bepalingen vanwege het feit dat de Richtlijn uitsluitend het recht op

⁹⁷ Hof van Justitie EG, 11 juli 2002 (*Carpenter*).

⁹⁸ Hof van Justitie EG, 17 september 2002, C-413/99, (*Baumbast en R.*).

⁹⁹ R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 67.

gezinshereniging voor derdelanders beoogt te regelen. Art. 3 lid 3 Richtlijn sluit gezinsleden van gemeenschapsburgers uit. Ook hieraan kan de buitenlandse moeder van een minderjarige Nederlandse kind dus geen verblijfsrecht binnen de Unie ontlenen.

2.6.5 Rechten van kinderen onder het gemeenschapsrecht

In eerste instantie zou het voorgaande de indruk kunnen geven dat vooral de rechten van volwassenen geregeld worden onder het EG-recht. Hoewel vanaf de oprichting van de Gemeenschappen de rechten van economisch actieve - en dus veelal meerderjarige-gemeenschapsonderdanen centraal stonden, is dat niet het geval. De arresten Baumbast en R. en Chen maken duidelijk dat het gemeenschapsrecht van belang is voor alle gemeenschapsonderdanen, ongeacht hun leeftijd. Zoals door A-G Tizzano wordt benadrukt in de conclusie bij Chen is er geen sprake van een minimumleeftijd om gebruik te kunnen maken van de rechten die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht.¹⁰¹ Het feit dat een minderjarig kind niet in staat is zelfstandig tot de uitoefening van zijn rechten te komen, dient ertoe te leiden dat hij daarbij alle mogelijke hulp ontvangt, met name van de ouders.¹⁰² Hieruit kan worden geconcludeerd dat het gemeenschapsrecht juist ook bescherming biedt aan minderjarigen, omdat het Hof erkent dat zij zich in een afhankelijke positie bevinden. Het Hof heeft zelfs het begrip van Unieburgerschap extra inhoud gegeven om de bescherming van minderjarigen te vergroten en ervoor te zorgen dat de aanwezigheid van een verzorgende ouder mogelijk wordt gemaakt. Daarbij is het Hof niet zo ver gegaan dat het de voorwaarden van Richtlijn 90/364 aangaande bestaansmiddelen en ziektekostenverzekering heeft laten vervallen. Hieruit blijkt dat het Hof wel degelijk rekening houdt met de belangen van de Lidstaten, maar tegelijkertijd stevig vasthoudt aan de grondrechten van de individuele burgers.

2.7 Conclusie

Naar aanleiding van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat binnen het EG-recht steeds meer rechten ontstaan met betrekking tot het verblijf van gemeenschapsburgers en hun familieleden in andere Lidstaten. Om te beginnen is het bezitten van de nationaliteit van een van

¹⁰⁰ Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, Publicatieblad nr. L 251 van 03/10/2003, p. 0012-0018.

¹⁰¹ Opinion of Advocate General Tizzano, delivered on 18 May 2004, Case C-200/02, Chen, overweging 43.

de Lidstaten in gemeenschapsrechtelijke context van groot belang. Dit vloeit voort uit het feit dat de in het gemeenschapsrecht neergelegde rechten middels art. 18 EG-Verdrag zijn toegekend aan deze personen in hun hoedanigheid van Unieburger. De beslissing aangaande verwerving en het verlies van de nationaliteit van de Lidstaten valt echter nog altijd binnen de soevereine bevoegdheid van de Lidstaten.

Het in hoofdstuk één reeds aan de orde gekomen algemeen persoonlijkheidsrecht is niet als zodanig en onder deze naam terug te vinden in het gemeenschapsrecht. Bepaalde aspecten ervan zijn ondergebracht bij de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht. Dit is een verzameling beginselen die kunnen worden teruggevoerd op de constituties van de Lidstaten en op verschillende mensenrechtenverdragen. Hierboven is al gebleken dat het Hof deze beginselen gebruikt ter correctie van regels van gemeenschapsrecht indien toepassing van dat recht zou leiden tot een onredelijk en onbillijk resultaat of als daardoor de grondslagen van de Europese Unie zouden worden ondermijnd.

Geconcludeerd kan worden dat uit het recht op verplaatsing en verblijf voor werknemers van Titel III EG-Verdrag een steeds ruimer recht is geëvolueerd, vooral onder invloed van het Hof van Justitie EG. Het Unieburgerschap speelt daarbij een belangrijke rol, in weerwil van de aanvankelijke wens van de Lidstaten.

De behandelde jurisprudentie laat zien dat sprake is van een constante ontwikkeling in het gemeenschapsrecht, waarbij het Hof van Justitie als grootste vernieuwer naar voren treedt. Terwijl de Lidstaten zich vaak terughoudend opstellen of onderling niet tot overeenstemming kunnen komen, heeft het Hof minder moeite met de uitbreiding van de Europese integratie door middel van extensieve interpretatie van gemeenschapsregelgeving. Dit bleek onder meer in de zaak Baumbast, waarin het Hof het evenredigheidsbeginsel toepaste ten aanzien van het feit dat Baumbast niet volledig kon voldoen aan de aan hem gestelde voorwaarden onder Richtlijn 90/364. Hij beschikte over een ziektekostenverzekering die niet voorzag in spoedeisende hulp in het gastland. Ook bepaalde het Hof dat zijn verblijfsrecht op grond van Verordening 1612/68 weliswaar tot een einde was gekomen, maar dat uit deze Verordening desalniettemin nog steeds een recht voortvloeide ten aanzien van zijn kinderen. Uit het verblijfsrecht van de kinderen kon bovendien een verblijfsrecht voor de verzorgende ouder, namelijk de moeder, worden begrepen. Daarbij werd het niet van belang geacht dat deze moeder niet de nationaliteit van een van de

¹⁰² Opinion of Advocate General Tizzano, delivered on 18 May 2004, Case C-200/02, Chen, overweging 46.

Lidstaten bezat. In de zaak Chen wordt het beginsel van het vrije verkeer van personen als fundamenteel beginsel genoemd. Door het Hof wordt benadrukt dat een ruime uitleg van dit beginsel dient te worden gehanteerd (r.o. 32). Deze uitleg van het gemeenschapsrecht komt weliswaar niet overeen met hetgeen is neergelegd in Richtlijn 90/364 met betrekking tot de herkomst van de bestaansmiddelen van een Unieburger, maar leidt ertoe dat deze burger in de gelegenheid wordt gesteld om in aanwezigheid van haar verzorgende ouder gebruik te maken van de haar gegeven rechten. Het Hof concludeert dat het verblijfsrecht van de minderjarige gemeenschapsonderdaan pas nuttig effect heeft indien aan de buitenlandse verzorgende ouder onder dezelfde voorwaarden een verblijfsrecht wordt verschafte.

In het kader van de rechtspraak van het Hof van Justitie EG is het naar mijn mening niet van belang of de buitenlandse moeder tot op dat moment legaal of illegaal bij haar kind heeft verbleven. Dit volgt uit eerdere uitspraken, waarin het Hof het slechts van belang achtte of een persoon een gevaar tijdens illegaal verblijf een gevaar had opgeleverd voor de openbare orde en nationale veiligheid. Het enkele overtreden van de immigratiewetten van een land kon niet tot een dergelijke conclusie leiden.

Toch zijn er nog een aantal factoren die ertoe leiden dat het gemeenschapsrecht niet voor iedereen rechten in het leven roept. Het feit dat niet iedere buitenlandse moeder van een minderjarige gemeenschapsonderdaan kan voldoen aan de voorwaarden betreffende een passende ziektekostenverzekering en voldoende bestaansmiddelen vormt een belemmering. In een dergelijk geval kan nog sprake zijn van een verblijfsrecht indien dergelijke eisen niet aan de eigen onderdanen van een Lidstaat worden gesteld. Er is dan sprake van een schending van het verbod op discriminatie van art. 12 EG-Verdrag. Dit brengt mij bij een zo mogelijk nog groter opstakel voor de uitoefening van gemeenschapsrechten. Er dient sprake te zijn van een grensoverschrijdend element. Daardoor zal het gemeenschapsrecht in veel gevallen buiten het bereik van moeder en kind blijven. Tenslotte is ook de nieuwe Richtlijn 2003/86 aan de orde gekomen. Door middel van deze Richtlijn is een recht op gezinshereniging geschapen voor onderdanen van derde landen die op het grondgebied van de Unie verblijven. Omdat het kind gemeenschapsonderdaan is, kan het geen aanspraak maken op de hierin neergelegde rechten. Ook de moeder die derdelander is, kan geen beroep doen op de in deze Richtlijn neergelegde rechten. De Richtlijn beoogt de regeling van gezinshereniging van legaal binnen de Europese Unie verblijvende derdelanders met hun familieleden die eveneens derdelanders zijn. Indien de moeder

illegaal verblijft op het grondgebied van een van de Lidstaten, valt zij zonder meer buiten het bereik van deze Richtlijn.

Toch wil ik tot slot opmerken dat onder het gemeenschapsrecht en met name door het Hof van Justitie EG kinderen als volwaardige Unieburgers worden beschouwd, die recht hebben op de best mogelijke bescherming. Het Hof kiest niet voor een makkelijke uitweg door het recht van een kind te erkennen maar vervolgens niets te doen om de effectuering ervan mogelijk te maken. Het tegenovergestelde is het geval.

Het Hof van Justitie EG maakt het gezinsleven van een Nederlands minderjarig kind met een moeder die geen gemeenschapsonderdaan is in beginsel mogelijk, door aan deze verzorger dezelfde rechten toe te kennen als aan het kind. Daarbij speelt de worteling in de samenleving van een van de Lidstaten geen rol. Het Hof gaat ervan uit dat de enkele hoedanigheid van Unieburger voldoende is om bescherming te bieden aan het kind. Echter, de drie voorwaarden die daarbij worden gesteld, te weten het grensoverschrijdend element, het voldoen aan de bestaansmiddelen eis en het beschikken over een passende ziektekostenverzekering, kunnen nog roet in het eten gooien.

Hoofdstuk 3 Verblijfsrechten op grond van het EVRM

3.1 Inleiding

Een belangrijk deel van de regelgeving ten aanzien van het recht om een gezinsleven te onderhouden is neergelegd in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Waar ik de term Hof gebruik, bedoel ik daar in dit hoofdstuk het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg mee.

Allereerst zal worden bekeken welke plaats het EVRM inneemt in de Nederlandse rechtsorde. Ook zal ik kort samenvatten op welke wijze het Hof toetst of sprake is van een schending van de in (art. 8 van) het EVRM neergelegde rechten en welke consequenties een veroordeling van een verdragsstaat heeft. Vervolgens zal worden onderzocht welke betekenis het EVRM heeft aangaande de Nederlandse nationaliteit van het minderjarige kind en welke invulling is gegeven aan art. 3 van het vierde protocol bij het EVRM. Daarna zal het onderzoek zich concentreren op art. 8 EVRM, waarbij onder meer wordt bekeken of sprake is van een algemeen persoonlijkheidsrecht. Aan de hand van de rechtspraak van het Hof wordt onderzocht wat de reikwijdte is van het recht op respect voor family life. Ook daarbij zal ik mij in het bijzonder bezighouden met de vraag met betrekking tot de waarde welke de Nederlandse nationaliteit van een kind heeft voor effectuering van het recht op respect voor family life en welke waarde kan worden toegekend aan het feit dat de buitenlandse moeder de verzorgende ouder is en het contact met de vader is verbroken. Tenslotte zal worden onderzocht op welke wijze art. 8 EVRM wordt toegepast in de nationale rechtspraak en of deze toepassing verdragconform is.

3.1.1 Interne werking verdragsbepalingen

Op grond van art. 93 Grondwet hebben bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt. In art. 94 Grondwet is neergelegd dat binnen Nederland geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar

is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit betekent dat burgers een rechtstreeks beroep kunnen doen op deze bepalingen binnen de Nederlandse rechtsorde.¹⁰³ De nationale rechter geeft voorrang aan deze regels boven nationaal recht dat daarmee strijdig is.¹⁰⁴ Of een verdragsbepaling een ieder verbindend is, is afhankelijk van de bewoordingen, aard, strekking en totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling. Bovendien moet de verdragsbepaling door de rechter kunnen worden toegepast. De in het EVRM (en het hierna nog te behandelen IVBPR) opgenomen bepalingen omtrent het recht op respect voor family life zijn algemeen verbindende bepalingen.¹⁰⁵

3.1.2 Toetsingsmethode van het EVRM

Nadat door het Hof is onderzocht of een tegen een Verdragsstaat ingediende klacht ontvankelijk is (art. 35 EVRM), wordt een stappenschema toegepast om te kunnen bepalen of sprake is van een schending van bijvoorbeeld art. 8 EVRM. Allereerst wordt gekeken of sprake is van een beperking van het in lid 1 van deze bepaling neergelegde recht door de Verdragsstaat. Indien dit niet het geval is, wordt de klacht als ongegrond aangemerkt. Indien wel sprake is van een dergelijke beperking, wordt getoetst of deze prescribed by law is. Daarbij wordt bekeken of de inbreuk een basis heeft in de nationale wet en of deze wet voldoende toegankelijk en voldoende duidelijk is. Indien dit niet het geval is, geldt de klacht als gegrond. Indien wel aan deze vereisten is voldaan, wordt door het Hof onderzocht of de beperking een legitiem doel heeft. Indien dit niet het geval is, is de klacht gegrond. Indien wel sprake is van een legitiem doel (legitimate aim), onderzoekt het Hof of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Daarbij is van belang of er een zwaarwegend maatschappelijk belang is en of de maatregel proportioneel is. Als het antwoord op deze vragen bevestigend is, wordt de klacht ongegrond verklaard. Indien dit niet het geval is, is de klacht gegrond en is dus sprake van een ongeoorloofde beperking van het aan de verzoeker toekomende recht op respect voor zijn gezinsleven. Er is sprake van een zekere margin of appreciation voor de Verdragsstaten. Deze dient als schokbreker om de culturele

¹⁰³ Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 584-585.

¹⁰⁴ P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 12.

¹⁰⁵ F.M.C. Vlemmix, 'Een ieder verbindend verdragsrecht en de bevoegdheden van de (bestuurs)rechter', *NJb* 1999-21, p. 950.

verschillen tussen de Verdragsstaten op te vangen.¹⁰⁶ Hoe groot deze marge is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de belangen die op het spel staan.¹⁰⁷

3.1.3 Uitspraken van het Hof

Indien het Hof tot de conclusie komt dat sprake is van een schending van een van de verdragsrechten, dient de verdragsstaat over te gaan tot rechtsherstel. Als rechtsherstel slechts gedeeltelijk mogelijk is, kan het Hof een billijke genoegdoening toekennen aan de benadeelde (art. 41 EVRM).¹⁰⁸ De uitspraken van het Hof hebben bindende kracht. Het Comité van Ministers ziet er op toe dat de verdragsstaten zich aan de einduitspraken conformeren (art. 46 EVRM). Het EVRM voorziet niet in middelen om de naleving van de uitspraken van het Hof af te dwingen. De praktijk wijst echter uit dat verdragstaten een morele dwang voelen om deze uitspraken na te leven.¹⁰⁹

3.2.1 Nationaliteitsrechten in het EVRM

Het recht op nationaliteit is niet terug te vinden in het EVRM. In art. 15 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens uit 1948 wordt het recht op nationaliteit wel vermeld.¹¹⁰ Dit document dat nooit verdrag is geworden en daardoor ook niet bindend is, heeft model gestaan voor het EVRM. Toch is deze weglating niet onbegrijpelijk gelet op het feit dat het recht op een nationaliteit feitelijk een leeg begrip is dat door de afzonderlijke staten dient te worden opgevuld.¹¹¹ Dit is al in hoofdstuk één geconstateerd. Indien het nationaliteitsrecht in het EVRM zou worden opgenomen, zouden daaraan ook daadwerkelijke inhoudelijke eisen dienen te worden gesteld. Een dergelijk recht zou door de verdragsstaten waarschijnlijk worden afgekeurd, gelet op het falen van eerdere pogingen tot het vervaardigen van een aanvullend protocol over

¹⁰⁶ S.K. van Walsum, 'Vreemdelingenrecht en gezinsleven Deel 1, internationaal recht', *MR* 4/04, p. 137.

¹⁰⁷ Gürgülü t. Duitsland, 26 februari 2004, nr. 74969/01. Zie S.K. van Walsum, *Vreemdelingenrecht en gezinsleven Deel 1, internationaal recht*, *MR* 42004-4, p. 138.

¹⁰⁸ C. Ovey & R. White, *Jacobs & White, The european convention on human rights*, third edition, Oxford University Press 2002, p. 416.

¹⁰⁹ C. Ovey & R. White, *Jacobs & White, The european convention on human rights*, third edition, Oxford University Press 2002, p. 431.

¹¹⁰ G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, geheel herziene derde druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 12.

¹¹¹ G.R. de Groot & N. Doeswijk, *Nationaliteitsrecht en het internationale recht*. De nationaliteit in internationaal en Europees perspectief, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 129 (Preadviezen), T.M.C. Asser Press, november 2004, p. 52.

nationaliteit.¹¹² Ook voor de toepassing van de in het EVRM neergelegde rechten is het niet van belang of men de nationaliteit van een van de verdragsstaten bezit. Eenieder die zich op het grondgebied van een verdragsstaat bevindt, kan zich op de bepalingen beroepen.

3.3.1 Art. 3 vierde protocol

Indien de buitenlandse moeder van een Nederlands kind die optreedt als verzorger van dit kind uitgezet wordt naar het land van herkomst, zal het kind de moeder in het merendeel van de gevallen volgen. Vooral indien het contact met de Nederlandse vader is verbroken, zal er veelal geen alternatief zijn voor het kind om nog in Nederland te blijven. Dit leidt niet direct, maar wel indirect, tot de beëindiging van het verblijf van het minderjarige kind in het land waarvan het de nationaliteit bezit.

Daarom zal ik bekijken wat de betekenis van art. 3 van het vierde protocol bij het verdrag is voor de casus. Art. 3 luidt als volgt:

1. *No one shall be expelled by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.*
2. *No one shall be deprived of the right to enter the territory of the State of which he is a national.*

De Commissie voor de Rechten van de Mens heeft als omschrijving van het woord uitzetting gegeven: de omstandigheid dat een persoon gedwongen is om het grondgebied van een verdragsstaat permanent te verlaten zonder dat deze de mogelijkheid heeft om op een later tijdstip terug te keren.¹¹³ Op grond van deze definitie kan men al snel tot de conclusie komen dat van uitzetting in de zin van art. 3 van het vierde protocol geen sprake is wanneer een minderjarig Nederlands kind de verzorgende moeder volgt naar het land van herkomst. De toegang tot Nederland wordt het kind immers niet ontzegd en het zal op een later tijdstip altijd kunnen terugkeren. Dit neemt naar mijn mening niet weg dat wel degelijk sprake is van uitzetting. Doordat de toegang tot Nederland aan de moeder wordt ontzegd, wordt het kind zonder verzorger achtergelaten. Weliswaar wordt het kind de vrijheid gegeven om in Nederland te blijven, maar

¹¹² G.R. de Groot & N. Doeswijk, *Nationaliteitsrecht en het internationale recht*. Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 129 (Preadviezen), T.M.C. Asser Press, november 2004, p. 62.

¹¹³ P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 546.

hierbij is geen sprake van een echte keuze. Het kind is te jong om te kunnen beseffen dat het een keuze heeft en heeft geen alternatieve verzorging in Nederland omdat de band met de vader is verbroken. Hoewel het vertrek van het kind naar het buitenland niet kan worden omschreven als uitzetting *de iure*, dan toch zeker als uitzetting *de facto*. Vanzelfsprekend blijft de mogelijkheid om op latere leeftijd terug te keren naar het vaderland bestaan, maar de opvoeding van het kind zal noodgedwongen in een ander land plaatsvinden. Een recht op aanwezigheid van buitenlandse verzorgende gezinsleden kan er volgens de Commissie in elk geval niet uit worden afgeleid.¹¹⁴

3.4.1 Persoonlijksrechten

In het EVRM kan vooralsnog geen duidelijk als algemeen persoonlijkheidsrecht te herkennen recht worden gevonden. Toch zijn aspecten van het in hoofdstuk één beschreven onder Duits recht ontwikkelde algemeen persoonlijkheidsrecht terug te vinden in het Verdrag. Door onder meer Janssen en Nehmelman wordt aangenomen dat aspecten van dit recht afgeleid kunnen worden uit het gehele systeem van rechtsbescherming van het EVRM,¹¹⁵ en in het bijzonder uit het hieronder te behandelen art. 8 EVRM.¹¹⁶ Nehmelman beschouwt het recht op het recht op privé-leven als het algemene recht, waaronder ook de overige in art. 8 EVRM neergelegde rechten, aangaande familie-en gezinsleven, woning en correspondentie kunnen worden begrepen. Er is dus sprake van een private sphere.¹¹⁷ De reikwijdte van art. 8 EVRM ligt nog niet vast.¹¹⁸ Nehmelman ziet veel parallellen tussen het recht op privé-leven zoals dat door het Hof is ontwikkeld en de rechtspraak van het Duitse constitutionele Hof aangaande het algemeen persoonlijkheidsrecht.¹¹⁹ Het Hof in Straatsburg heeft zich onder meer uitgesproken over het recht op inzage in een medisch of anderszins als vertrouwelijk aan te merken dossier.¹²⁰

¹¹⁴ P. Boeles, *Vreemdelingenrecht en Nederlanderschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 33.

¹¹⁵ H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss.), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003, p. 359.

¹¹⁶ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 239.

¹¹⁷ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 237.

¹¹⁸ EHRM 16 december 1992, (Niemietz t. Duitsland).

¹¹⁹ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 239.

¹²⁰ R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 240.

Op grond van art. 8 heeft zich een zeer diverse jurisprudentie ontwikkeld, hetgeen hieronder met betrekking tot immigratierechtelijke vraagstukken zal blijken. Het is onzeker of op grond van een uit art. 8 EVRM te begrijpen algemeen persoonlijkheidsrecht sprake kan zijn van een recht op een ongestoord gezinsleven van een minderjarig Nederlands kind met haar buitenlandse verzorgende moeder. Hierbij zal het immigratierechtelijke aspect worden uitvergroot, hetgeen leidt tot een sterke positie van de Staat. Dit is naar mijn mening een gevolg van het feit dat het vreemdelingenrecht zich meer dan andere rechtsgebieden binnen de soevereine sfeer van de verdragsstaten afspeelt.

3.5.1 Recht op respect voor family life

Na deze korte behandeling van het nationaliteitsrecht, het verbod op uitzetting van eigen onderdanen en het algemeen persoonlijkheidsrecht zal ik mij verder concentreren op het recht op respect voor family life.

Art. 8 EVRM luidt als volgt.

1. *Everyone has the right to respect for (...) family life (...)*
2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*

Het Europese Hof hanteert een autonome definitie van het begrip family life. Van belang is of er sprake is van *de facto* gezinsleven, en niet zozeer van een relatie *de iure*.¹²¹ Met andere woorden, er dient sprake te zijn van een voldoende nauwe, feitelijke band.¹²² Tussen een moeder en haar kind is in beginsel altijd sprake van family life. Slechts in heel uitzonderlijke gevallen zal door het Hof worden bepaald dat een dergelijke band verbroken is.¹²³

¹²¹ P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 419.

¹²² P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 420.

¹²³ *Berrehab v. the Netherlands*, Judgment of 21 June 1988, Publication ECHR, Series A vol. 138, r.o. 21.

Uit deze bepaling kan echter geen algemeen recht om in een bepaalde verdragsstaat te verblijven, worden afgeleid. Slechts indien het uitzetten of niet toelaten van een persoon leidt tot verstoring van een reeds bestaand familieleven, kan art. 8 EVRM een rol spelen.¹²⁴ In de context van de rechtspraak van het Hof speelt het onderscheid tussen een eerder legaal en een illegaal verblijf van de moeder een belangrijke rol met betrekking tot de vraag of wel of geen sprake is van een door de Nederlandse overheid te respecteren recht op gezinsleven met een Nederlands kind.

3.5.2 Positieve en negatieve verplichtingen van de verdragsstaat

In de literatuur en door het Hof wordt vaak onderscheid gemaakt tussen een op de verdragsstaten rustende positieve en negatieve plicht met betrekking tot het recht op respect voor family life in vreemdelingenrechtelijk verband. Zaken die betrekking hebben op de toelating tot een bepaalde verdragsstaat, vallen in dat verband onder de positieve verplichting van de staat, omdat deze handelend dient op te treden om het gezinsleven mogelijk te maken. Van een negatieve verplichting van de verdragstaat wordt veelal gesproken in de context van verblijfsbeëindiging, omdat de overheid van een staat zich dient te onthouden van handelingen die het recht op uitoefening van gezinsleven in de weg kunnen staan.¹²⁵ Toch is het gebruik van deze termen in potentie verwarrend, omdat bijvoorbeeld in verband met de hieronder te bespreken zaak *Ciliz* wordt verwezen naar een op de staat rustende positieve verplichting om het gezinsleven tussen ouders en kinderen te verzekeren na een scheiding, hetgeen in dat specifieke geval zou leiden tot het niet beëindigen van het verblijfsrecht van de verzoeker. Op grond van het bovenstaande zou dit worden omschreven als een negatieve verplichting voor de staat.¹²⁶ Dit maakt dat onnodig veel verwarring dreigt te ontstaan door het gebruik van deze termen. Andere auteurs geven de voorkeur aan de termen actieve en passieve eerbiediging van familieleven, hetgeen wellicht beter duidelijk maakt welk gedrag van een verdragsstaat wordt verlangd.¹²⁷ Echter, dit onderscheid tussen toelatingszaken en zaken die betrekking hebben op verblijfsbeëindiging is geenszins waterdicht. Hoewel in het verleden is gebleken dat de balans in gevallen van toelating vaker doorslaat in het voordeel van de staat en bij verblijfsbeëindiging vaker in het voordeel van de

¹²⁴ C. Ovey & R. White, *Jacobs and White, The European convention on human rights*, Oxford university press, 2002, p. 233.

¹²⁵ J.D.M. Steenbergen e.a., *Internationaal Immigratierecht. Verdragen, besluiten van internationale organisaties en internationale jurisprudentie van belang voor het Nederlandse immigratierecht*, Deel 2 van de Serie Immigratierecht, Sdu Uitgevers: Den Haag 1999, p. 70-71.

¹²⁶ *Ciliz t. Nederland*, JV 2000, afl. 11, p. 731.

¹²⁷ P. Boeles, 'Graden van familieleven, actieve en passieve eerbied een de gewichtloosheid van integratie (Ahmut en Berrehab)', *NJCM-Bulletin*, 2000 jrg. 25-1, p. 255.

verzoeker, geldt dit niet onvoorwaardelijk. Iedere zaak bevat bepaalde bijzonderheden die ervoor zorgen dat het lastig is om tot een vergelijking te komen. Allereerst dien ik op te merken dat over het feitencomplex van deze scriptie tot nu toe nooit is geoordeeld door het Hof. Wel zal ik een zaak bespreken die nu aanhangig is bij het Hof en die alle aspecten bevat die in casu van belang zijn.

Verschillende zaken die elementen bevatten van de casus zullen hieronder worden behandeld, namelijk de omstandigheid dat het gaat om het verblijfsrecht van de verzorgende ouder, het gewicht dat aan het Nederlanderschap van het kind wordt toegekend, de afwezigheid van de vader van het kind en het onderscheid tussen eerder legaal en eerder illegaal verblijf van de verzorgende ouder.

3.5.3 Tijdens illegaal verblijf ontstaan gezinsleven

De eerste uitspraak met betrekking tot eerste binnenkomst die werd gedaan in de zaak Abdulaziz, Cabales en Balkandali¹²⁸, heeft de toon gezet met betrekking tot eerste binnenkomst in een land. Het Hof bepaalde daarin het volgende:

“The duty imposed by article 8 cannot be considered as extending to a general obligation on the part of a Contracting State to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country (r.o. 68).”

In deze zaak was sprake van een nieuw te vormen gezinsleven in een verdragsstaat waar dat in het land van herkomst nog niet had bestaan. Deze passage heeft consequenties gehad voor alle zaken over voortzetting van gezinsleven dat niet eerder legaal plaatsvond in een verdragsstaat.

3.5.4 Tijdens legaal verblijf ontstaan gezinsleven

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het van groot belang is of een persoon die een recht op gezinsleven wil uitoefenen eerder legaal verblijf heeft gehad in het beoogde land. Indien de vrouw in de casus eerder op grond van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd bij een

¹²⁸ Abdulaziz, Cabales & Balkandali, RV 100 2001, 19 m. nt. PB, p. 139.

Nederlandse partner verbleef, is sprake van een eerder legaal verblijf. Er is in het kader van art. 8 EVRM sprake van een reeds bestaand gezinsleven. Indien de vrouw na de breuk met deze partner niet langer bij haar minderjarige Nederlandse kind kan verblijven, is wellicht sprake van een inbreuk van de op de Nederlandse overheid rustende negatieve plicht om zich te onthouden van de voorgenomen inmenging in dit gezinsleven. Of hiervan ook daadwerkelijk sprake is, kan worden onderzocht aan de hand van hetgeen werd bepaald in de zaak Berrehab en nogmaals werd bevestigd in de zaak Ciliz. In deze zaken was echter geen sprake van een verzorgende ouder. Aan de hand van de daarna te bespreken zaak Boultif zal verder duidelijk worden welke criteria het Hof hanteert ter bepaling of een vreemdeling en zijn familieleden kunnen worden uitgezet.

3.5.5 Niet-verzorgende ouder

In de uit 1988 stammende zaak Berrehab werd een schending van art. 8 EVRM geconstateerd ten aanzien van een Marokkaanse man die legaal verblijf hield in Nederland.¹²⁹ Hij was getrouwd met een Nederlandse vrouw en samen hadden zij een dochter. Kort na de scheiding van zijn Nederlandse vrouw kreeg Berrehab te horen dat hij Nederland diende te verlaten nu de grond voor zijn verblijfsvergunning was komen te vervallen. De Nederlandse overheid wees zijn verzoek om verlening van een verblijfsvergunning bij zijn minderjarige dochter af met het oog op het economisch belang van Nederland. Het kind woonde bij de moeder. Het Hof bepaalde dat samenwonen geen *conditio sine qua non* is voor het bestaan van gezinsleven tussen een ouder en een kind (r.o. 21). Daarom constateerde het Hof in deze zaak dat de weigering van de Nederlandse overheid om de verblijfsvergunning van Berrehab te verlengen een beperking van diens recht onder art. 8 EVRM inhield (r.o. 23), vanwege het feit dat hij al gedurende een aantal jaren legaal in Nederland verbleef, beschikte over een huis en werk en op geen enkel moment een bedreiging had gevormd voor de Nederlandse staat. Ook werd door het Hof benadrukt dat er sprake was van daadwerkelijke familiebanden in Nederland. Vanaf de geboorte van zijn kind tot het moment van zijn uitzetting, onderhield Berrehab nauwe banden met zijn dochter, betaalde hij mee aan haar levensonderhoud en bezocht haar meerdere malen per week. Dit was onmogelijk geworden door de verblijfsbeëindiging. De maatregel was disproportioneel gelet op het nagestreefde belang (r.o. 29). De omstandigheid dat sprake was van een gezinsleven tussen Berrehab en zijn dochter, in samenhang met het feit dat het onderhouden van dit gezinsleven niet mogelijk was als Berrehab zich in Marokko bevond, leidde tot de conclusie dat hij in Nederland

¹²⁹ Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, Publication ECHR, Series A vol. 138.

mocht blijven. In de zaak Ciliz kwam het Hof tot een zelfde conclusie, ondanks het feit dat het contact tussen Ciliz en zijn zoon veel minder sterk was dan in de zaak Berrehab.

Voor de casus van een buitenlandse ouder van een minderjarig Nederlands kind die legaal verblijf houdt in Nederland zijn de zaken Ciliz en Berrehab van belang vanwege het feit dat sprake is van een buitenlandse ouder die een verblijfsrecht wenst om family life te onderhouden met een minderjarig Nederlands kind. Maar een belangrijk onderscheid is dat Berrehab en Ciliz niet de verzorgende ouder van deze kinderen zijn. Zowel in de zaak Berrehab als in de zaak Ciliz woont het kind bij de Nederlandse moeder, die tevens de verzorging op zich neemt. Dit leidt ertoe dat er een sterke binding van het kind met Nederland bestaat doordat de verzorgende ouder hier verblijft. Verplaatsing van het gezinsleven naar het buitenland zou inhouden dat niet alleen het kind, maar tevens de inmiddels van de vader gescheiden Nederlandse moeder naar het buitenland zou moeten vertrekken om ervoor te zorgen dat contact blijft bestaan tussen vader en kind. Dit maakt dat sprake is van een sterke band met Nederland via de moeder.

Indien de buitenlandse moeder tevens de verzorgende ouder is en met de Nederlandse niet-verzorgende vader geen contact meer bestaat, is sprake van een geheel andere situatie. Dan zal het Hof minder snel de noodzaak zien van een voortgezet verblijf van moeder en kind in het land waarvan het kind de nationaliteit bezit. Daarom kan worden geconcludeerd dat hetgeen in de zaken Berrehab en Ciliz is bepaald, dermate verschilt van de situatie van voortgezet legaal verblijf van de verzorgende ouder bij het Nederlandse kind indien het contact met de andere ouder is verbroken, dat vergelijking met deze zaken niet mogelijk is.

3.5.6 Boultif

In de zaak Boultif stond de uitzetting uit Zwitserland van een Algerijnse man met een strafblad centraal.¹³⁰ Deze man had tijdens legaal verblijf in dit land enkele zware geweldsdelicten gepleegd, waarvoor hij was veroordeeld en gevangenisstraf had uitgezeten. Hij was getrouwd met een Zwitserse vrouw. Uitzetting van Boultif zou tevens een ontwrichting betekenen van zijn recht op family life met zijn vrouw, die haar hele leven in Zwitserland had gewoond. Het gaat daarbij om een feitencomplex waarin sprake is van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling van een legaal verblijvende vreemdeling. Daarom vindt de beperking van het recht op family life haar oorsprong in de bescherming van de openbare orde. Deze zaak is desondanks van belang

vanwege het feit dat het Hof in deze zaak acht factoren heeft benoemd ter bepaling of sprake was van schending van het recht op family life van het echtpaar Boultif in Zwitserland (r.o. 48). In casu zijn de volgende factoren als relevant aan te merken: de duur van het verblijf in het gastland, de nationaliteit van de betrokken personen, de familieomstandigheden van de vreemdeling, eventuele kinderen en hun leeftijd en de moeilijkheden die het familielid zal ondervinden in het land van herkomst van de vreemdeling. Al deze onderzoekspunten dienen om vast te stellen of de vrouw zodanig geworteld is in de Zwitserse samenleving dat niet van haar kan worden verwacht dat zij haar man naar zijn land van herkomst volgt. De andere factoren hebben betrekking op de strafrechtelijke veroordeling en zijn daarom in casu niet van belang.

Hieruit blijkt dat het bezitten van de nationaliteit van een verdragsstaat wel een rol kan spelen bij de afweging of uitzetting strijdig is met het recht op respect voor family life. Echter, in de zaak Boultif ging het daarbij om een echtgenote die haar hele leven in Zwitserland had gewoond en daarom waarschijnlijk aanzienlijke moeilijkheden zou ondervinden om zich aan te passen aan het leven in Algerije, omdat zij geen banden met dit land had en geen arabisch sprak. Het feit dat zij wel Frans sprak was onvoldoende grond om aan te nemen dat zij zich gemakkelijk aan zou kunnen passen aan het leven aldaar (r.o. 53). Daaruit volgt dat het bezitten van de Zwitserse nationaliteit slechts in samenhang met de andere genoemde factoren tot een recht op family life binnen de verdragsstaat kan leiden indien het beleven van het gezinsleven in het land van herkomst aanzienlijke problemen met zich meebrengt. De conclusie van het Hof luidde dat er een schending was van art. 8 EVRM.¹³¹

3.5.7 Verzorgende ouder met de Nederlandse nationaliteit

In de zaak Ahmut is sprake van een verzorgende ouder met de Nederlandse nationaliteit. De Marokkaanse moeder van zijn zoon is overleden. Deze zaak is daarom om twee redenen interessant. Uit deze zaak blijkt duidelijk welke waarde door een meerderheid van het Hof wordt gehecht aan de nationaliteit van Ahmut bij het onderzoek of sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Daarnaast is het feit dat het om een verzorgende ouder gaat van belang. Zowel de zaak als de daarop geleverde kritiek worden hieronder besproken.

¹³⁰ Boultif t. Zwitserland, JV 2001, afl. 13, nr. 254, m.nt. PB.

¹³¹ Het tijdsverloop sinds de veroordeling en zijn gedrag gedurende deze periode waren ook van belang, maar voor deze scriptie is dat buiten beschouwing gelaten.

3.5.7.1 Ahmut

In de zaak Ahmut t. Nederland¹³² is geen sprake van eerder legaal verblijf in Nederland. Salah Ahmut bezit zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit en verblijft al een aantal jaren in Nederland. Zijn zoon Souffiane heeft de Marokkaanse nationaliteit en heeft in Marokko eerst bij zijn moeder gewoond en na haar overlijden bij zijn grootmoeder. Nadat dit niet langer mogelijk was, verbleef Souffiane illegaal in Nederland bij zijn vader. Het Hof constateert dat er sprake is van een gezinsband tussen Ahmut en zijn zoon, die niet door de omstandigheden van de jarenlange scheiding is verbroken (r.o. 60). Ook wijst het Hof er op dat deze casus niet zo gemakkelijk onder de negatieve en positieve verplichtingen van de staat is te brengen, maar benadrukt dat het van belang is dat een fair balance wordt getroffen tussen de belangen van de staat en die van het individu (r.o. 63). Vervolgens gaat het Hof er vreemd genoeg toch toe over om te onderzoeken of de Nederlandse staat een positieve verplichting heeft geschonden doordat geen verblijfsvergunning aan Souffiane is verleend. Er wordt in casu geen schending van art. 8 EVRM geconstateerd. Het Hof baseert zich voor dat oordeel vooral op een eerdere uitspraak in de zaak Gül. Het feit dat Ahmut naast de Marokkaanse ook de Nederlandse nationaliteit bezit, in tegenstelling tot Gül, die alleen de nationaliteit van zijn land van herkomst had, heeft niet tot gevolg dat een recht bestaat op uitoefening van het familieleven in Nederland, ondanks het feit dat Ahmut de verzorgende en tevens enige ouder van Souffiane is. De afstand tussen Nederland en Marokko vormde volgens het Hof geen belemmering voor de uitoefening van het gezinsleven (r.o. 70). Bovendien had Ahmut er in het verleden zelf voor gekozen naar Nederland te verhuizen. Het verminderde contact met zijn kind was daar het resultaat van. Op het moment dat het Hof uitspraak deed in deze zaak verbleef Souffiane noodgedwongen op een kostschool in Marokko, hetgeen aan Ahmut werd tegengeworpen. Een meerderheid van het Hof concludeerde dat de belangenafweging in het voordeel van de Nederlandse staat uitviel. Deze zaak heeft veel kritiek losgemaakt, hetgeen duidelijk naar voren komt uit de dissenting opinions van verschillende rechters.

3.5.7.2 Kritiek op Ahmut

De uitspraak in de zaak Ahmut werd slechts door vijf van de negen rechters gesteund. Door de overige vier rechters is felle kritiek geuit op de beslissing. In zijn dissenting opinion benadrukte

¹³² Ahmut t. Nederland, 28 november 1996 (Reports 1996, p. 2017).

rechter Valticos het belang van het in art. 8 EVRM neergelegde recht door te wijzen op het belang van de aanwezigheid van een vader bij de opvoeding van zijn zoon en het belang van de zoon bij ouderlijke hulp en advies. Over de nationaliteit van Ahmut zei hij het volgende:

“the father had acquired Netherlands nationality, and in any country, a national is entitled to have his son join him, even if the son does not have the same nationality. How does it come about that in the present case this right was refused him? I cannot think that it is because the Dutch father was called “ Ahmut”. However, the suspicion of discrimination must inevitably lurk in people’s minds.”

Ook de andere dissenters uitten soortgelijke kritiek. Door rechters Martens en Lohmus werd benadrukt dat onvoldoende onderscheid is gemaakt tussen de omstandigheden van Ahmut het feitencomplex in Gül. Daarom achtten zij de beslissing in casu disproportioneel, in het bijzonder omdat de belangen van een jong kind in het geding zijn en het familieleven al in Marokko tot stand was gekomen. Het Nederlanderschap van Ahmut geeft daarbij naar hun mening de doorslag. Het feit dat Souffiane die nationaliteit niet bezit zou niet tot een andere uitkomst hebben mogen leiden.

Rechter Morenilla beschouwde de afwijzing van een verblijfsrecht niet slechts in strijd met het EVRM, maar tevens met fundamentele beginselen van humanitair recht (cogent reasons of a humanitarian nature). Ook hij concentreerde zich in zijn afwijkende mening op het feit dat Ahmut Nederlander is en op het feit dat het om een jong kind gaat.

“the fact that Mr Salah Ahmut is a national of the Netherlands, and his child’s age at the time of the refusal, are in my view, decisive in finding a violation in the present case.”

Hieruit kan worden geconcludeerd dat de dissenters van mening zijn dat met verschillende maten wordt gemeten afhankelijk van de omstandigheid of sprake is van een geboren Nederlander of van een genaturaliseerde Nederlander. Door de Nederlandse overheid en door de meerderheid van het Hof werd het niet onredelijk geacht dat Ahmut zijn in Nederland opgebouwde leven zou moeten opgeven teneinde de door hem gewenste rol in Souffiane’s verzorging en opvoeding op zich te kunnen nemen. Een dergelijke uitkomst zou ondenkbaar zijn indien sprake was van een geboren Nederlander.

3.5.8 Rodrigues da Silva Hoogkamer

De problematiek van de buitenlandse verzorgende ouder van een Nederlands minderjarig kind is tevens terug te vinden in de zaak Rodrigues da Silva Hoogkamer.¹³³ In deze zaak die momenteel aanhangig is bij het Hof in Straatsburg, is sprake van een Braziliaanse vrouw die tijdens illegaal verblijf in Nederland een kind heeft gekregen uit een relatie met een Nederlandse man. Deze dochter, Rachael heeft door erkenning door haar vader de Nederlandse nationaliteit verkregen. Na verbreking van de relatie tussen Rodrigues da Silva en Hoogkamer is met het oog op de illegale status van de moeder voogdij toegekend aan de vader, ondanks het feit dat slechts sprake is van een minimaal contact met het kind dat bij de moeder verblijft. Zij neemt ook de verzorging van Rachael op zich. Rodrigues da Silva heeft verzocht om de verlening van een verblijfsvergunning bij haar minderjarige Nederlandse kind zodat zij het gezinsleven in Nederland kunnen voortzetten. De Nederlandse overheid is van mening dat het verblijf van Rodrigues da Silva in Nederland in strijd is met het economisch belang van het land. De vrouw beroept zich op het recht op family life in Nederland. Er is dus sprake van een moeder die feitelijk de verzorgende ouder van haar kind is. De overheid ziet in de Nederlandse nationaliteit van het kind geen reden om verblijf in Nederland in de aanwezigheid van de verzorgende ouder toe te staan, maar beschouwt een eventueel vertrek naar Brazilië als een risico dat voortvloeit uit het feit dat het kind is geboren tijdens illegaal verblijf van de moeder. Bovendien is het een logisch gevolg van een verbroken relatie dat een kind een van de ouders zal moeten missen, aldus de Nederlandse staat. Een uitspraak van het Hof zal ongetwijfeld helderheid verschaffen ten aanzien van het gewicht dat dient te worden toegekend aan de Nederlandse nationaliteit van het kind. De mate van worteling is in beginsel gering omdat het kind nog erg jong is. Bovendien heeft de moeder uit een eerdere relatie kinderen die de Braziliaanse nationaliteit bezitten, waardoor aanpassing aan het leven in dat land gemakkelijker kan zijn.

Op grond van de uitspraak van het Hof in de zaak Ahmut lijkt er weinig hoop te zijn voor Rachael Hoogkamer en haar Braziliaanse moeder. Ook de zaak Sen kan geen uitkomst bieden. In Sen¹³⁴ werd door het Hof vastgesteld dat bepaalde factoren een rol spelen in de beslissing dat het gezinsleven in Nederland en niet in het land van herkomst moet plaatsvinden. In r.o. 37 bepaalt het Hof het volgende:

¹³³ Rodrigues da Silva Hoogkamer t. Nederland, 14 september 2004, app. 50435/99.

¹³⁴ Sen t. Nederland, 21 december 2001, nr. 31465/96.

‘‘Dans son analyse, la Cour prend en considération l’âge des enfants concernés, leur situation dans leur pays d’origine et leur degré de dépendance par rapport à des parents. On ne saurait en effet analyser la question du seul point de vue de l’immigration, en comparant cette situation avec celle de personnes qui n’ont créé des liens familiaux qu’une fois établis dans leur pays hôte.’’

Met het bovenstaande wordt slechts geïllustreerd dat het Hof veel belang toekent aan een diepe worteling in de Nederlandse samenleving. Indien daar sprake van is, kan van een persoon in redelijkheid niet worden verwacht te kiezen tussen het beleven van het gezinsleven in het land van herkomst met achterlating van hetgeen men hier heeft opgebouwd of het moeten missen van deze gezinsband met een kind. Een jong kind heeft nog geen besef van de omstandigheden en de keuze die hem of haar wordt opgedrongen. Daaruit zou het Hof en in navolging daarvan de Nederlandse overheid kunnen concluderen dat het kennelijk overbodig is een kind middels de verzorgende ouder te laten kiezen voor de plek die het meest geschikt is om de verzorging en opvoeding te ontvangen. Maar de mogelijkheid bestaat dat het Hof in de zaak Rodrigues da Silva Hoogkamer tot een andere conclusie komt. Wellicht wordt vastgesteld dat in geval van verblijfsbeëindiging wel degelijk het recht op respect voor family life wordt geschonden. Wat de uitkomst in deze zaak zal zijn valt op dit moment niet te voorspellen, maar indien een schending wordt geconstateerd, kan dat zeker baanbrekend worden genoemd, gelet op de jurisprudentie van het Hof tot nu toe. Ook de dissenting opinions in de zaak Ahmut geven hoop op een meer humane uitspraak voor moeder en kind.

3.6.1 Toepassing van art. 8 EVRM in het Nederlandse recht

Tot slot zal ik nog bekijken hoe de nationale rechter het recht op family life van art. 8 EVRM toepast. Daarbij kan worden opgemerkt dat veel van de hierboven behandelde zaken van het Hof werden gevoerd vanwege een vermeende schending van dit recht door de Nederlandse staat. Hieruit kan worden geconcludeerd dat men in Nederland geen extensieve interpretatie van het recht op family life aanhangt. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende zaken.

De in hoofdstuk één behandelde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 25 september 1997 vormt een goed voorbeeld met betrekking tot het verblijf van een verzorgende ouder na eerder

illegaal verblijf.¹³⁵ Geconstateerd werd dat sprake was van familielevens tussen moeder en kind (r.o. 9). De Rechtbank neemt letterlijk de passage over uit de Abdulaziz-uitspraak waarin door het Hof wordt geconstateerd dat geen sprake is van een algemene verplichting om de domiciliekeuze van de vreemdeling te eerbiedigen (r.o. 9.2). De omstandigheid dat het kind de Nederlandse nationaliteit bezit, kan volgens de Rechtbank niet leiden tot de verlening van een verblijfsvergunning voor de moeder, omdat het algemeen belang van de bescherming van het economisch welzijn voorrang heeft. Dit wordt nog ondersteund door het feit dat het kind minder dan een jaar oud is en volgens de Rechtbank zonder problemen de moeder kan volgen naar het buitenland. Er is, aldus de Rechtbank, nog geen sprake van worteling in de Nederlandse samenleving (r.o. 9.4). Daarom werd het beroep op art. 8 EVRM ongegrond verklaard. Ook wordt in deze zaak aandacht besteed aan art. 3 van het vierde protocol bij het EVRM. Hierin volgt de Rechtbank Den Haag het Hof in Straatsburg. Er wordt geconcludeerd dat geen sprake is van uitzetting van het kind omdat de situatie buiten het bereik van deze bepaling valt. Daarmee lijkt ook dit een doodlopende weg.

Een andere uitspraak van de Rechtbank Den Haag maakt nogmaals duidelijk welke omstandigheden van belang zijn voor de beoordeling of sprake is van een recht op gezinsleven van een illegaal in Nederland verblijvende Poolse moeder bij haar Nederlandse kind.¹³⁶ De rechtbank stelt vast dat een aantal factoren zwaar meetellen bij de te maken belangenafweging. Enerzijds dient te worden gekeken naar de Nederlandse nationaliteit van het kind en de aan dat kind toekomende aanspraak om in Nederland te verblijven en hier een opvoeding en opleiding te genieten. Anderzijds is het economisch belang van het land in het geding. Meer specifiek echter spelen factoren als de jonge leeftijd van het kind dat nog niet in Nederland is geworteld, de mogelijkheid om het familie- en gezinsleven tussen moeder en kind in Polen voort te zetten, de kans op toelating van het kind in Polen en het feit dat het kind in de toekomst naar Nederland kan blijven komen een rol (r.o. 8.3). Het contact tussen vader en kind was verbroken, hetgeen tot gevolg had dat daarin geen belemmering voor het voortzetten van het gezinsleven in Polen kon worden gevonden (r.o. 8.4).

In de tevens in hoofdstuk één besproken zaak van een Filippijnse vrouw, was wel sprake van worteling van het kind in de Nederlandse samenleving.¹³⁷ Dit kind was schoolgaand en sprak

¹³⁵ Rechtbank Den Haag (REK) 25 september 1997 (AWB 97/5074), *RV 100*, 2001, nr. 24, r.o. 9.4.

¹³⁶ Rechtbank Den Haag (REK) 25 september 1997 (AWB 96/9718), *JV 1997/1*, nr. 4, p. 24.

¹³⁷ Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam 6 december 1999 (kenmerk AWB 99/473).

alleen Nederlands. Ook bestond geen contact meer met de vader. Indien het kind de moeder naar de Filippijnen zou volgen zouden zij daar onder slechte omstandigheden moeten leven. De uitzetting leidde vanwege de worteling in Nederland tot een schending van het family life tussen moeder en dochter. De Nederlandse nationaliteit van het kind werd daarbij niet als doorslaggevend aangemerkt.

In een zeer recente uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt dit beleid nogmaals bevestigd.¹³⁸ Een Marokkaanse vrouw verzoekt om wijziging van haar verblijfsvergunning na verbreking van haar huwelijk met een Nederlandse man. Haar kinderen die drie, vijf en zes jaar oud zijn, hebben de Nederlandse nationaliteit. De moeder is verzorgende ouder en er is slechts af en toe contact met de vader. Deze draagt ook niet bij in de kosten van de opvoeding en verzorging van de kinderen. De Rechtbank Rotterdam stelde vast dat geen sprake was van een schending van art. 8 EVRM, omdat de band met de vader niet intensief genoeg was.¹³⁹ Bij vertrek van de moeder naar het land van herkomst zullen de kinderen haar volgen omdat zij de verzorgende ouder is. Hoewel dit leidt tot inmenging in het gezinsleven tussen de kinderen en hun vader, concludeerde de Rechtbank dat de Minister in redelijkheid voorrang heeft mogen verlenen aan het economisch welzijn van Nederland.

De in de zaak Sen genoemde criteria met betrekking tot de leeftijd van het betrokken kind, de situatie in het land van herkomst en de mate van afhankelijkheid van de ouder of ouders, dienen in elk geval te worden meegewogen. Daarnaast spelen in de nationale rechtspraak ook andere factoren een rol, zoals het voldoen aan een inkomenseis. Dit blijkt uit een beslissing van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit 2003.¹⁴⁰ Toelating van een minderjarig kind bij legaal in Nederland verblijvende ouders werd afgewezen op grond van het feit dat de ouders niet aan de inkomenseisen van de Vreemdelingenwet voldeden. Er bestond volgens de Afdeling geen positieve verplichting om het kind toe te laten. Het algemeen belang diende voorrang te krijgen, omdat niet aan de inkomenseis was voldaan. Daarbij werd geen aandacht besteed aan de hierboven genoemde criteria uit het Sen-arrest. Het beroep op art. 8 EVRM werd ongegrond verklaard.

¹³⁸ Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 28 september 2004, nr. 200403388/1.

¹³⁹ Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Rotterdam, 18 maart 2004 (kenmerk AWB 03/32228).

¹⁴⁰ A en B, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 25 september 2003, JV 2003/7, nr. 528, p. 1698.

De hierboven genoemde uitspraak vormt geen uitzondering, maar de regel. Dit blijkt onder meer uit een andere uitspraak van de Afdeling, waarbij sprake is van een aanvraag voor een verblijfsvergunning in het kader van een uit art. 8 EVRM voortvloeiende verplichting.¹⁴¹ Het beroep wordt ongegrond geacht omdat de vreemdeling niet in het bezit is van een machtiging tot voorlopig verblijf. Dat kan toch niet de bedoeling zijn. De in het EVRM neergelegde waarborgen worden onderuitgehaald door een formaliteit als het wel of niet in het bezit zijn van een machtiging tot voorlopig verblijf. Indien deze trend gemeengoed wordt stelt de bescherming van het gezinsleven niets meer voor en kan datgene waarover op internationaal niveau afspraken zijn gemaakt op lager niveau door het instellen van bijvoorbeeld procedureregels ongedaan worden gemaakt.

3.7 Conclusie

Op grond van het onderzoek naar de inhoud en reikwijdte van de rechten die zijn neergelegd in het EVRM, kan ik het volgende concluderen.

Het recht aangaande verwerving en verlies van nationaliteit is niet geregeld in het EVRM. Ook met betrekking tot de invulling van de aan het bezitten van een nationaliteit verbonden rechten zwijgt het EVRM. Hieruit kan worden begrepen dat de soevereine bevoegdheden van de verdragsstaten met betrekking tot dit onderwerp worden gerespecteerd.

In art. 3 van het vierde protocol bij het EVRM is weliswaar neergelegd dat het aan de verdragsstaten niet is toegestaan de eigen onderdanen uit te zetten, maar daarvan is in casu geen sprake, gelet op het feit dat het minderjarige kind met de Nederlandse nationaliteit te allen tijde kan terugkeren naar Nederland. Dat momenteel geen mogelijkheden worden geboden om op dit moment in Nederland te verblijven, is een factor waaraan wordt voorbijgegaan. Het is immers zo dat een minderjarig kind per definitie een verzorger nodig heeft om effectief gebruik te kunnen maken van dit recht om zich in Nederland op te houden. Daarom kan er naar mijn mening op het moment van verblijfsbeëindiging van de buitenlandse moeder worden gesproken van *de facto* uitzetting van het kind.

Met betrekking tot het bestaan van eventuele persoonlijkheidsrechten binnen het EVRM ben ik van mening dat daarvan niet kan worden gesproken. Verschillende aspecten die aan dit beginsel zijn gerelateerd, kunnen worden herkend in het recht op respect voor het privé-leven zoals is

¹⁴¹ Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 12 oktober 2004, JV 2004/15, nr. 436, p. 1469.

neergelegd in art. 8 EVRM. Toch speelt in het kader van het EVRM de autonome bevoegdheid van de verdragsstaten aangaande immigratierechtelijke vraagstukken voorop. Dit heeft tot gevolg dat het nationale vreemdelingenrecht niet snel opzij zal worden geschoven.

Tenslotte heb ik mijn onderzoek geconcentreerd op de reikwijdte en invulling van het in art. 8 EVRM neergelegde recht op respect voor family life. Naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof in Straatsburg kan worden geconcludeerd dat zowel de Nederlandse nationaliteit van een kind als het feit dat sprake is van een verzorgende ouder van dat kind eerder in het nadeel dan in het voordeel van een buitenlandse ouder werkt. In de zaken Berrehab en Ciliz werd beslist dat een niet-verzorgende ouder van een in Nederland geworteld kind een goede kans maakt een verblijfsvergunning te bemachtigen. Daarbij werd de Nederlandse nationaliteit van dat kind niet als belangrijkste factor beschouwd om een schending van art. 8 EVRM te constateren. Veel meer belang werd gehecht aan het feit dat sprake was van geworteldheid van het kind in de Nederlandse samenleving. In de zaak Boultif bleek dat het feit dat de vrouw van de vreemdeling de nationaliteit van de verdragsstaat bezat slechts in samenhang met een aantal andere factoren van belang was. Daarbij speelde de worteling in de samenleving wederom een hoofdrol.

De zaak Ahmut is opmerkelijk te noemen. In deze zaak was geen sprake van eerder legaal verblijf van de Marokkaanse zoon van Ahmut. De Nederlandse nationaliteit van Ahmut en het feit dat hij de verzorgende, en tevens enig overgebleven ouder van zijn Marokkaanse zoon was, werden ondergeschikt geacht aan het belang van de staat. Het Hof constateerde geen schending van het recht op respect voor family life. Dat Ahmut het zonder zijn zoon moest stellen, of het gedurende vele jaren in Nederland opgebouwde bestaan zou moeten achterlaten, kon de belangenafweging niet in zijn voordeel doen uitvallen. Naar mijn mening is voorbij gegaan aan het feit dat Ahmut juist door zijn lange verblijf in Nederland geworteld was in de Nederlandse samenleving. In de zaak Sen wordt wederom bevestigd dat worteling in de Nederlandse samenleving meer gewicht in de schaal legt dan enig ander argument.

Om duidelijke antwoorden te krijgen op de vraag omtrent het verblijfsrecht van een verzorgende buitenlandse moeder bij haar Nederlandse kind zal moeten worden gewacht op de uitspraak van het Hof in de zaak Rodrigues da Silva Hoogkamer. Indien het Hof in weerwil van de jurisprudentie tot nu toe een schending van art. 8 EVRM constateert, is dat op zijn minst revolutionair te noemen. Of het ook daadwerkelijk tot een dergelijk ommezwaaai zal komen, valt niet te voorspellen.

In de nationale rechtspraak wordt de zienswijze van het Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot art. 8 EVRM in het algemeen gevolgd. In navolging van het Hof wordt het element van worteling in de Nederlandse samenleving als zeer belangrijk aangemerkt. Dit bleek ook al in hoofdstuk één. Desalniettemin komt het mij vreemd voor dat een beroep op de aanwezigheid van family life kan afketsen op een formaliteit zoals het niet voldoen aan een inkomenseis of het niet beschikken over een machtiging tot voorlopig verblijf. Naar mijn mening levert een afwijzing van een beroep op een dergelijke grond een schending van art. 8 EVRM op, omdat dit tot gevolg zou hebben dat een recht waarover op internationaal niveau overeenstemming is bereikt, op deze wijze moeiteloos onderuit zou kunnen worden gehaald. Dat kan nooit de bedoeling zijn geweest. Een toetsing aan art. 8 EVRM dient naar mijn mening te allen tijde plaats te vinden.

Op grond van het bovenstaande moet ik helaas concluderen dat het EVRM weinig hoop biedt ten aanzien van de verblijfsrechten van een buitenlandse verzorgende moeder van een minderjarig Nederlands kind. Aan het bezitten van de Nederlandse nationaliteit wordt minder belang gehecht dan aan geworteldheid in de Nederlandse samenleving. Bovendien lijkt het feit dat zij voor het kind zorgt eerder in het nadeel dan in het voordeel van de moeder te pleiten. Het is van belang om in het oog te houden dat een kind er niet voor kiest om geboren te worden. Daarom is het alleen maar eerlijk om er voor te zorgen dat het zodra het is geboren alle kansen krijgt op de meeste gunstige ontwikkeling. Een belangrijk aspect is dat zijn verzorger daarbij aanwezig is. Dit punt zou daarom in het voordeel van het kind moeten wegen. De uitspraak in de zaak Rodrigues da Silva Hoogkamer zal zonder meer duidelijkheid geven omtrent het belang van de in dit hoofdstuk besproken aspecten van het recht op respect voor family life.

Hoofdstuk 4 Verbljfsrechten op grond van het IVBPR

4.1 Inleiding

De hoofdstukken één tot en met drie hadden betrekking op regelgeving die binnen Nederland en in de context van de Europese Unie en de Raad van Europa tot stand is gekomen. In dit hoofdstuk wordt gekeken naar het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (IVBPR). Het verdrag is opgesteld door de Mensenrechtencommissie van de Verenigde Naties en omvat een aantal als klassiek aan te merken grondrechten die op mondiaal niveau gelden. Het verdrag kwam tot stand op 18 december 1966 en trad voor Nederland in werking op 11 maart 1979.¹⁴² Toezicht op de uitvoering van de bepalingen van het verdrag wordt uitgevoerd door het Comité voor de Rechten van de Mens. Dit Comité bestaat uit achttien personen die drie maal per jaar bijeenkomen (art. 28 IVBPR). Bij deze gelegenheden worden de door de staten ingezonden rapporten geëvalueerd. Deze hebben betrekking op de maatregelen die zijn genomen om uitvoering te geven aan de in het verdrag neergelegde rechten (art. 40 IVBPR). Deze rechten gelden ten aanzien van een ieder die binnen het grondgebied van een verdragsstaat verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen (art. 2 lid 1 IVBPR).

¹⁴² H. von Hebel, 'Het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten: een inleidende schets', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 768.

4.1.1 Individueel klachtrecht

Op grond van het eerste facultatieve protocol bij het verdrag is het voor individuele personen mogelijk om een schending van hun rechten voor te leggen aan het Comité (art. 2 eerste protocol). De klacht wordt behandeld in het licht van alle door de betrokken persoon en de betrokken verdragsstaat ter beschikking gestelde schriftelijke gegevens indien de aangelegenheid niet reeds wordt onderzocht volgens een andere procedure van internationaal onderzoek of een internationale regeling en de betrokken persoon alle beschikbare binnenlandse rechtsmiddelen heeft uitgeput. Na behandeling van de klacht in een besloten zitting maakt het Comité zijn inzichten (views) bekend aan de desbetreffende verdragsstaat en aan de betrokken persoon (art. 5 eerste protocol). Deze uitspraak is niet bindend voor de partijen. Er kunnen ook geen maatregelen worden genomen op grond van het verdrag of het protocol om de naleving van de uitspraak te garanderen. Wel kunnen de (politieke) organen van de Verenigde Naties actief optreden naar aanleiding van de bevindingen van het Comité. Er gaat internationaal een morele dwang uit van de uitspraken van het Comité en de praktijk toont aan dat de bewuste staat veelal maatregelen neemt om de betreffende situatie te verbeteren.¹⁴³ Het eerste protocol is voor Nederland op dezelfde datum in werking getreden als het verdrag zelf.¹⁴⁴

4.2 Nationaliteitsrechten in het IVBPR

Evenals voor het EVRM is ook bij het opstellen van het IVBPR inspiratie opgedaan bij de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens. In tegenstelling tot het EVRM bevat het IVBPR wel een bepaling met betrekking tot het recht op een nationaliteit. In art. 24 lid 3 IVBPR is neergelegd dat ieder kind het recht heeft een nationaliteit te verwerven. De bedoeling van deze bepaling is het voorkomen van staatloosheid onder kinderen. Een nadere uitwerking ervan is nooit bereikt, met als gevolg dat hier niet effectief een recht op nationaliteit uit kan worden begrepen.¹⁴⁵ Ook de invulling van het nationaliteitsrecht van de verdragsstaten wordt in beginsel niet beïnvloed door deze bepaling. In de hieronder te behandelen zaak Winata zal duidelijk

¹⁴³ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl am Rhein; Strasbourg; Arlington: Engel 1993, p. 710.

¹⁴⁴ S. Joseph, J. Schultz & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, cases, materials and commentary*, Oxford University Press 2004, Appendix E.

¹⁴⁵ G.R. de Groot & N. Doeswijk, *Nationaliteitsrecht en het internationale recht*. De nationaliteit in internationaal en Europees perspectief, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 129 (Preadviezen), T.M.C. Asser Press, november 2004, p. 72-73.

worden welke waarde door het Comité wordt gehecht aan het bezitten van de nationaliteit van een verdragsstaat.

4.3 Persoonlijksrechten

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan worden teruggevonden in art. 17 IVBPR. Deze bepaling heeft ongeveer dezelfde strekking als art. 10 Grondwet en art. 8 EVRM. Van het bestaan van een algemeen persoonlijkheidsrecht binnen het IVBPR kan naar mijn mening niet worden gesproken. Art. 17 IVBPR zal hieronder in samenhang met een aantal andere bepalingen in de zaak Winata aan de orde komen.

4.4.1 Bescherming van privé-leven en family life

De bescherming van het privé-leven en gezinsleven is neergelegd in art. 17 jo. 23 IVBPR. Art. 17 luidt als volgt:

1. *Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé-leven, zijn gezinsleven (...).*
2. *Een ieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting.*

Art. 23 omvat de bescherming van het gezin:

1. *Het gezin vormt de natuurlijke en fundamentele kern van de maatschappij en heeft recht op bescherming door de maatschappij en de Staat.*
2. *Het recht van mannen en vrouwen van huwbare leeftijd een huwelijk aan te gaan en een gezin te stichten wordt erkend.*

Deze twee bepalingen vormen samen het recht op bescherming van familieleven. Art. 17 heeft betrekking op een negatieve bescherming, hetgeen een bescherming inhoudt tegen inmenging in het privé- en gezinsleven door de overheid. Art. 23 bevat een positieve verplichting ten aanzien van de staat om het familieleven te beschermen en bevorderen.¹⁴⁶

¹⁴⁶ J. Forder, 'Art. 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notendop', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 907.

De door art. 23 IVBPR geboden bescherming is gebonden aan twee voorwaarden. Er dient sprake te zijn van een bloedverwantschap of een door het recht gedefinieerde relatie, bijvoorbeeld een huwelijk. Ten tweede dient binnen deze relatie een *de facto*, dan wel financiële band te bestaan.¹⁴⁷ In de views van het Mensenrechtencomité wordt regelmatig verwezen naar de rechtspraak van het Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, dat zich, zoals uit hoofdstuk 3 bleek, met grote regelmaat buigt over vraagstukken betreffende family life. De verklaring voor deze verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof in Straatsburg is dat art. 8 EVRM inhoudelijk niet veel verschilt van art. 17 jo. 23 IVBPR. Toch zal hieronder blijken dat dezelfde argumenten voor deze verschillende instanties tot afwijkende uitkomsten kunnen leiden.

4.4.2 Bescherming van de rechten van het kind

In tegenstelling tot het EVRM is in het IVBPR een bepaling opgenomen die rechtstreeks ziet op de bescherming van de belangen van kinderen. Art. 24 luidt als volgt:

“Elk kind heeft, zonder onderscheid naar ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of geboorte, recht op die beschermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het in verband met zijn minderjarigheid recht heeft.”

Door het Mensenrechtencomité is aan deze bepaling directe werking toegekend. Dit heeft tot gevolg dat de verdragsstaten verplicht zijn om aan (individuele) kinderen de bescherming te bieden die op grond van hun minderjarigheid gewenst is.¹⁴⁸ De bepaling heeft vooral een aanvullende functie. Hierin wordt erkend dat op de staat, de gemeenschap en de familie een plicht rust om extra bescherming te bieden aan minderjarigen waar dat nodig is. De overige in het IVBPR neergelegde rechten gelden vanzelfsprekend ook voor minderjarigen.¹⁴⁹

4.4.3 Winata

In de zaak Winata t. Australië¹⁵⁰ was sprake van een geschil aangaande het recht van ouders om bij hun kind te verblijven. Winata en Li bezaten beide de Indonesische nationaliteit en verbleven

¹⁴⁷ J. Forder, ‘Art. 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notendop’, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 909.

¹⁴⁸ S.K. van Walsum, ‘Vreemdelingenrecht en gezinsleven Deel 1: internationaal recht’, *MR* 2004-4, p. 146.

¹⁴⁹ S. Joseph, J. Schultz & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, cases, materials and commentary*, Oxford University Press 2004, p. 625-626.

sinds 1985, respectievelijk 1987 in Australië op basis van een verblijfstitel die slechts voor korte termijn was verstrekt. Na afloop van deze termijn verbleven zij illegaal in Australië. In 1988 werd hun zoon Barry geboren, die door zijn geboorte en daaropvolgende verblijf in Australië de nationaliteit van dit land verkreeg. Latere aanvragen van Winata en Li (die inmiddels staatloos waren geworden) voor een verblijfsvergunning werden door de Australische overheid afgewezen. Voor het aanvragen van een verblijfsvergunning voor verblijf bij hun kind was vereist dat een Australische equivalent van een machtiging tot voorlopig verblijf werd aangevraagd in het land van herkomst van de aanvragers. Een dergelijke procedure zou jaren in beslag nemen, met als gevolg dat de ouders ofwel Barry in Australië zouden moeten achterlaten, ofwel het kind de ouders naar Indonesië zou moeten volgen. Barry was volledig in de Australische maatschappij geïntegreerd en was zelfs nog nooit in Indonesië geweest. Hoewel in beginsel sprake moet zijn van uitputting van de nationale rechtsmiddelen, was het Mensenrechtencomité in dit geval van mening dat de beschikbare nationale rechtsmiddelen -een procedure die meerdere jaren in beslag zou nemen- niet kon worden aangemerkt als een effectieve remedy.

Het Comité was van mening dat het enkele feit dat het kind van de illegaal verblijvende ouders de Australische nationaliteit bezit er niet toe leidt dat de uitzetting van de ouders in strijd met art. 17 IVBPR is. Hierbij is het Comité dezelfde mening toegedaan als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Uit de bepalingen van het IVBPR kan geen algemeen verblijfsrecht worden gedistilleerd. Maar de verdragsstaat dient wel alle in het IVBPR neergelegde rechten te respecteren (r.o. 6.3). In deze specifieke casus maakt de weigering wel inbreuk op het gezinsleven, als gevolg van de omstandigheden van het geval. Er is sprake van een gedurende lange tijd in Australië gevestigd gezin. De beslissing van de Australische autoriteiten zou leiden tot substantiële wijzigingen in deze gezinssituatie (r.o. 7.2). In r.o. 7.3 overweegt het Comité dat een aantal factoren zwaar wegen in de belangenafweging.

“In the present case, both authors have been in Australia for over fourteen years. The authors’ son has grown in Australia from his birth 13 years ago, attending Australian schools as an ordinary child would and developing the social relationships inherent in that. In view of this duration of time, it is incumbent on the State party to demonstrate additional factors justifying the removal of both parents that go beyond a simple enforcement of its immigration law in order to avoid a characterization of arbitrariness.”

De belangenafweging werd in casu in het voordeel van de vreemdelingen beslist. Het Comité constateerde aldus een schending van art. 17 lid 1 jo. 23 IVBPR. Daarnaast werd een schending

¹⁵⁰ Winata t. Australië, 26 juli 2001, CCPR/72/D/930/2000, RV2003, nr. 24.

van art. 24 lid 1 vastgesteld vanwege het feit dat de belangen van Barry als minderjarige onvoldoende waren beschermd door de overheid. De uitzetting was als willekeurig aan te merken omdat de staat afgezien van het voeren van een restrictief beleid geen aanvullende gronden had om over te gaan tot uitzetting van Winata en Li. Met dergelijke aanvullende gronden kunnen bijvoorbeeld bestaan uit een strafrechtelijke veroordeling.¹⁵¹

Indien sprake zou zijn geweest van een minder lang verblijf in Australië zou deze afweging waarschijnlijk in het voordeel van de Staat zijn uitgevallen. Ook indien sprake was geweest van een hechtere band met het land van herkomst zou dit mijns inziens tot een andere beslissing hebben geleid. Dan zou het voor Barry immers minder problematisch zijn om zich aan te passen aan het dagelijks leven in Indonesië. Bovendien heeft hij geen andere familieleden in Australië bij wie hij zich gedurende lange tijd zou kunnen vestigen. Toch is deze zaak opmerkelijk, omdat het een casus betreft waarbij sprake is van een eerste toelating. Winata en Li verbleven beiden immers niet legaal op Australisch grondgebied op het moment waarop het gezinsleven ontstond. Dit leidt ertoe dat sprake is van een belangrijke uitbreiding van het recht op respect voor family life. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat ook ten aanzien van illegaal in een verdragsstaat verblijvende vreemdelingen een verblijfsrecht kan ontstaan. De voorwaarden die hierbij gelden zijn echter te zwaar om hier voor een grote groep personen consequenties aan te verbinden. Het is naar mijn mening onwaarschijnlijk dat in veel gevallen sprake is van een dergelijk langdurig illegaal verblijf in een staat, waarbij bovendien de ouders een minderjarig kind hebben gekregen met de nationaliteit van deze staat. Tenslotte dient het contact met het land van herkomst min of meer te zijn verbroken.

4.4.3.1 Kritiek op Winata

Kritiek op de hierboven besproken uitspraak van het Mensenrechtencomité is te vinden in de dissenting opinion van vier van de achttien leden van het Comité bij deze uitspraak.¹⁵² Zij zijn van mening dat onterecht een schending van artt. 17 jo. 23 en art. 24 IVBPR is geconstateerd, vanwege het feit dat de eenheid in het familieleven geen gevaar loopt. De ouders en hun zoon worden niet noodzakelijkerwijs van elkaar gescheiden. Bovendien menen zij dat geen sprake is van een willekeurige beslissing van de zijde van de staat. In tegenstelling tot het

¹⁵¹ A. Aleinikoff & V. Chetail (red.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 192.

¹⁵² Individual opinion by Committee members Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Tawfik Khalil, David Kretzmer and Max Yalden (dissenting), Winata t. Australië, 26 juli 2001, CCPR/72/D/930/2000, RV2003, nr. 24.

Mensenrechtencomité zien zij geen reden waarom de staat aanvullende gronden dient te noemen ter rechtvaardiging van de uitzetting van Winata en Li. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden zouden aanvullende redenen nodig zijn om de uitzetting van een illegaal op het grondgebied van een staat verblijvende vreemdeling te rechtvaardigen. De dissenters stellen het volgende:

'(...), we cannot accept that the mere fact that the persons unlawfully in the State party's territory have established family life there requires a State party to demonstrate additional factors justifying the removal of both parents that go beyond a simple enforcement of its immigration law in order to avoid a characterisation of arbitrariness (overweging 4).'

Deze redenering is tegenovergesteld aan die van de meerderheid van het Mensenrechtencomité, welke ervan uitgaat dat in dit specifieke feitencomplex sprake dient te zijn van aanvullende gronden van de zijde van de staat. De dissenters zijn van mening dat een land te allen tijde zelf de beslissing dient te kunnen nemen omtrent toelating van vreemdelingen. De illegaal verblijvende vreemdeling wordt anders beloond voor het feit dat hij de immigratiewetten van een land overtreedt. Zij verwachten dat de aanpassingsproblemen van Barry in Indonesië niet zo groot zullen zijn dat de uitzetting van de ouders van Barry als disproportioneel dient te worden aangemerkt. Bovendien achten zij het onterecht dat de staat wordt gestraft vanwege het feit dat het gevoerde uitzettingsbeleid uitgaat van de eigen verantwoordelijkheid van de vreemdeling om het land te verlaten na het aflopen van de verblijfstermijn, in plaats van het voeren van een actief beleid terzake.

Ik ben van mening dat de in de dissenting opinion opgesomde argumenten in beginsel verdedigbaar zijn. De staat heeft het recht om zelf te beslissen over het te voeren immigratiebeleid. Echter, meer dan de ouders zal het kind nadeel ondervinden van een beslissing van de Australische overheid om de ouders uit te zetten. Dit wordt nog versterkt door de worteling van hun kind in de Australische maatschappij. De ouders van Barry hebben veertien jaar ongehinderd in Australië kunnen verblijven. Naar mijn mening is het nalaten van de staat op een eerder tijdstip actie te ondernemen om de ontstane situatie van illegaal verblijf te corrigeren middels uitzetting of door de verlening van een verblijfstitel een belangrijke reden om het family life van Winata en Li bij hun kind toe te staan. Het argument dat de staat een restrictief immigratiebeleid wenst te voeren is door het tijdsverloop ontkracht. Daarom acht ik het correct dat het Mensenrechtencomité in het voordeel van Winata heeft beslist.

4.4.4 Verzorgende ouder

In de zaak Winata is geen sprake van een verbroken relatie tussen de ouders. De ouders zorgen samen voor hun kind. Bij toepassing van de uitspraak op de casus van een buitenlandse moeder die als verzorger van haar Nederlandse kind optreedt, meen ik dat aansluiting kan worden gezocht bij hetgeen door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is bepaald. Het belang dat door het Mensenrechtencomité wordt gehecht aan de mate van worteling in de samenleving van het land van verblijf is bepalend voor de toekenning van een verblijfsrecht. Van belang is of het kind oud genoeg is om te beseffen in welk land het zich bevindt en het een eigen sociaal leven heeft opgebouwd, onder meer doordat het schoolgaand is. Naar mijn mening is het feit dat het contact met de vader wellicht is verbroken en dat de buitenlandse moeder optreedt als verzorger als nadelig aan te merken voor de mate van worteling. Echter, hierover kan ik niet met zekerheid uitspraken doen, gelet op het feit dat het Comité daar zelf nog geen uitspraken over heeft gedaan.

4.5 Toepassing van het IVBPR in het Nederlandse recht

In de Nederlandse rechtspraak wordt zelden een beroep gedaan op art. 17 jo. 23 IVBPR. Dit hangt ongetwijfeld samen met de mogelijkheid om krachtens art. 8 EVRM een procedure te beginnen in Straatsburg. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kan een verdragsstaat veroordelen wegens een schending van de in het EVRM neergelegde rechten, terwijl het Mensenrechtencomité slechts inzichten naar voren brengt. Bovendien kan men, indien men in Straatsburg in het ongelijk wordt gesteld, altijd nog een procedure bij het Mensenrechtencomité aanvangen, terwijl het omgekeerde in beginsel niet mogelijk is (art. 35 lid 2 sub a EVRM).

Ten aanzien van een Nederlands kind met een legaal verblijvende buitenlandse moeder is het aannemelijk dat het Mensenrechtencomité zich zou aansluiten bij de uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In hoofdstuk 3 zijn in het kader daarvan enkele uitspraken behandeld.

Het Mensenrechtencomité heeft zich in de zaak Winata uitgesproken over eerder illegaal verblijf binnen een verdragsstaat. De uitzetting van de ouders van Barry Winata leidde tot een schending van het recht op family life met hun minderjarige zoon. Toch is het twijfelachtig of de uitspraak van het Mensenrechtencomité veel betekenis heeft voor de casus van de buitenlandse moeder van

een Nederlands kind. In tegenstelling tot de zaak Winata is sprake van een zeer jong kind. Op het moment van de uitspraak was Barry dertien. Het Nederlandse kind zal niet ouder zijn dan drie jaar en bezoekt misschien een kinderdagverblijf, maar is in ieder geval nog niet schoolgaand. Op zeer jonge leeftijd is nog niet zonder meer sprake van worteling in de Nederlandse samenleving. Bovendien is de relatie van de buitenlandse moeder met de vader van het kind verbroken, hetgeen leidt tot een zwakke band met Nederland. Dit maakt dat het eerder kan wortelen in het land van herkomst van de moeder, vanwege het feit dat het kind zich nog niet zelfstandig een maatschappelijke positie heeft verworven. Het verblijf in Nederland is niet van dezelfde duur als het verblijf in Australië in de zaak Winata. Evenals het Hof voor de Rechten van de Mens zal het Mensenrechtencomité er daarom naar alle waarschijnlijkheid van uitgaan dat het recht op family life niet geschonden is.

Art. 24 IVBPR speelt geen rol in de Nederlandse nationale rechtspraak. Dit vloeit waarschijnlijk voort uit het feit dat het gaat om een aanvullende bepaling. Als er geen sprake is van een schending van een andere bepaling van het verdrag, zal ook niet snel een schending van art. 24 worden geconstateerd.

4.6 Conclusie

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het IVBPR een geheel eigen, aanvullende procedure inhoudt aangaande de bescherming van het recht op family life. Deze weg is minder voor de hand liggend dan een procedure krachtens het EVRM, vanwege het feit dat het Mensenrechtencomité slechts haar inzichten bekend maakt, terwijl het Hof in Straatsburg schendingen daadwerkelijk veroordeeld en daardoor gezaghebbender is.

Uit de zaak Winata volgt dat op grond van het IVBPR sprake is van een recht op family life voor illegaal verblijvende vreemdelingen bij hun kind dat de nationaliteit van het gastland bezit en er geworteld is. Het recht op toelating tot een staat is daarmee uitgebreid. Echter, men moet daarbij in het oog houden dat zeer specifieke omstandigheden tot deze uitspraak noopten. Het kind was niet slechts in Australië geboren, maar was er ook opgegroeid. Het gezin verbleef in al veertien jaar ongehinderd in dat land. Met het land van herkomst van de ouders bestond geen band. Daarom was het volgens het Mensenrechtencomité onevenredig hard om hem voor de keuze te stellen zonder zijn ouders op te groeien of te vertrekken naar een voor hem onbekend land.

Het Nederlandse kind, dat nog zeer jong is, zal eerder in staat worden geacht de moeder te kunnen volgen naar het land van herkomst. De belangrijkste bezwaren tegen verstoring van het gezinsleven in de zaak Winata gaan namelijk niet op. Het verblijf in Nederland is niet van dezelfde duur als in Winata. Bovendien zal het kind op jonge leeftijd nog voldoende mogelijkheden hebben om zich in het land van herkomst van de moeder te wortelen, omdat het nog niet in Nederland is geworteld. De views van het Mensenrechtencomité bieden daarom vooralsnog geen oplossing voor een casus waarin sprake is van jong, nog niet in de Nederlandse samenleving geworteld kind. Bovendien zal de afwezigheid van een band met de vader deze zienswijze ondersteunen. Maar wellicht zal het Mensenrechtencomité in de toekomst meer uitspraken doen die tot ontwikkeling van het recht op family life krachtens artt. 17 jo. 23 IVBPR leiden.

Hoofdstuk 5 Conclusie

In de voorgaande hoofdstukken heb ik onderzocht welke mogelijkheden bestaan voor een minderjarig Nederlands kind om in Nederland te worden opgevoed door zijn buitenlandse moeder.

Een van de vragen die ik van belang achtte, had betrekking op de Nederlandse nationaliteit van het minderjarige kind.

Aangaande het Nederlanderschap van het minderjarige kind moet ik helaas concluderen dat het Nederlandse nationaliteitsrecht weinig mogelijkheden biedt op een verblijf in Nederland in aanwezigheid van de buitenlandse verzorger. Uit de literatuur aangaande het onderwerp kan worden afgeleid dat de verwerving en het verlies van de Nederlandse nationaliteit bij uitstek tot de soevereine bevoegdheden van de staat worden gerekend. Hetzelfde geldt in beginsel voor de invulling van het Nederlanderschap. In het internationale recht wordt deze autonome bevoegdheid van Staten aangaande het nationaliteitsrecht erkend en geëerbiedigd, voor zover daarbij geen

inbreuk wordt gemaakt op de internationale verdragen, de internationale gewoonte en algemeen erkende rechtsbeginselen. In het EVRM en het IVBPR zijn geen bepalingen aangaande nationaliteit terug te vinden waaraan het kind rechten kan ontlennen.

Het in hoofdstuk 2 behandelde recht van de Europese Unie formuleert een uitzondering op deze autonome bevoegdheid van de Lidstaten. Deze uitzondering bestaat eruit dat binnen het Europese recht weliswaar een zelfde soevereiniteit ten aanzien van nationaliteitsrecht van de Lidstaten geldt als hierboven is beschreven, maar dat het Europese recht deze soevereine bevoegdheid kan beperken en dat bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht in acht dient te worden genomen. Bovendien is in het kader van het gemeenschapsrecht een nieuwe, aanvullende identiteit tot stand gekomen. Dit Unieburgerschap is krachtens art. 17 EG-Verdrag toegekend aan alle burgers van de Lidstaten van de Europese Unie en is door toedoen van het Hof van Justitie EG (in beperkte mate) een eigen leven gaan leiden. Dit is onder meer gebleken uit de zaken Baumbast en Chen. Met de verwerving en het verlies van nationaliteit bemoeit het Europees recht zich niet, maar dat is in casu ook niet belang, gelet op het feit dat niet ter discussie staat dat het minderjarige kind de Nederlandse nationaliteit bezit. Met betrekking tot aan Nederlanderschap verbonden rechten kan het Hof van Justitie EG in de toekomst nog een belangrijke rol gaan spelen.

Het minderjarige kind kan aan het Nederlanderschap naar mijn mening geen rechten ontlennen aangaande het verblijf van zijn buitenlandse moeder, zodat deze de verzorging op zich kan nemen. Een dergelijke zorgverplichting ligt mijns inziens te ver verwijderd van het nationaliteitsrecht.

Een andere vraag die ik mij heb gesteld is of er grondrechten of rechtsbeginselen zijn die zouden kunnen leiden tot een recht voor het kind op het uitoefenen van het recht op gezinsleven in Nederland in aanwezigheid van zijn moeder? Naar aanleiding hiervan is het algemeen persoonlijkheidsrecht aan de orde gekomen. In hoofdstuk één kwam ik tot de conclusie dat dit uit het Duitse recht afkomstige rechtsbeginsel weliswaar binnen de Nederlandse rechtspraak tot op heden slechts een beperkte en bovendien louter civielrechtelijke invulling heeft, maar dat zonder meer mogelijkheden bestaan tot uitbreiding van de reikwijdte ervan. Vooral bij de uitleg van het in art. 10 Grondwet neergelegde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zou het algemeen persoonlijkheidsrecht als richtlijn kunnen dienen. Zodoende zou de ontplooiing van de eigen persoonlijkheid van een individu in aanwezigheid van zijn moeder als specialis van de persoonlijke levenssfeer kunnen worden aangemerkt, zoals ook in Duitsland is erkend. Binnen het gemeenschapsrecht zijn aspecten van het algemeen persoonlijkheidsrecht te herkennen in de

algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Deze dienen ter aanvulling en correctie van de van oorsprong economische rechten van het EG-Verdrag. Ook is het algemeen persoonlijkheidsrecht te herkennen in het geheel van rechten dat is neergelegd in het EVRM en het IVBPR, en in het bijzonder in art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR. Toch meen ik dat het binnen deze verdragen en binnen het Europees recht niet zo snel tot een erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht zal komen zoals dat in Duitsland bestaat. Dit is naar mijn mening het gevolg van het feit dat het immigratierecht zich nog te zeer binnen de soevereine bevoegdheden van de staten afspeelt. Als gevolg daarvan zullen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Comité voor de Rechten van de Mens niet zo snel aan het immigratierechtelijke aspect van een zaak voorbij gaan.

Ten aanzien van de vraag naar het belang van eerder legaal of eerder illegaal verblijf heeft gehad in Nederland, kan ik het volgende concluderen. In hoofdstuk één heb ik kunnen constateren dat een vrouw die eerder legaal bij een Nederlandse partner verbleef, dezelfde procedure dient te doorlopen als een vrouw die niet eerder legaal verblijf in Nederland heeft gehad. Dit leidt ertoe dat het in feite niet uitmaakt of sprake was van eerder legaal of eerder illegaal verblijf. Een veel belangrijker aspect van de zaak bestaat uit de worteling van het minderjarige kind in de Nederlandse samenleving. Ook uit de jurisprudentie van het EVRM en het IVBPR kan worden afgeleid dat vooral worteling in de Nederlandse samenleving doorslaggevend is. Om te kunnen spreken van worteling, dient het kind een bepaalde mate van sociaal leven te hebben opgebouwd. Hiervan zal pas sprake zijn als het kind een bepaalde leeftijd heeft bereikt. Daarom kan ik concluderen dat de leeftijd van het kind wel degelijk een belangrijke rol speelt bij de vraag of een kind recht heeft op voortzetting van het gezinsleven met zijn buitenlandse moeder in Nederland. Vooral vanaf het moment dat een kind naar de lagere school gaat, zal het sociale relaties beginnen te ontwikkelen. Het zal om die reden duidelijk zijn, dat een zeer jong kind nog weinig relaties met de buitenwereld ontwikkeld heeft. In die levensfase zal het contact met de buitenwereld vooral beperkt zijn tot de ouders, en in casu vooral tot de moeder die als verzorger optreedt. De afwezigheid van de vader wordt zeer zwaar meegerekend bij de beslissing of het kind de buitenlandse moeder kan volgen naar haar land van herkomst. Immers, een dergelijke beslissing zou een bestaande band tussen vader en kind teniet kunnen doen. Maar indien geen sprake is van contact met de Nederlandse vader, wordt het vertrek van het kind met de moeder niet onredelijk geacht. Het is het kind immers toegestaan te allen tijde terug te keren naar Nederland, hetgeen ertoe leidt dat juridisch gezien geen sprake is van uitzetting van een Nederlandse onderdaan.

Daarom kan in het algemeen worden geconcludeerd dat worteling van het minderjarige kind in de Nederlandse samenleving de belangrijkste reden is om het voortzetting van gezinsleven in Nederland toe te staan. Dit wordt tevens ondersteund door de jurisprudentie van het Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg en door het oordeel van het Comité voor de Rechten van de Mensen in Winata. Een uitzondering wordt gevormd door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. In het arrest Chen heeft het Hof van Justitie bepaald dat een kind in zijn hoedanigheid van gemeenschapsonderdaan recht heeft op de aanwezigheid van een verzorgende ouder. Het Hof van Justitie EG zwijgt in alle toonaarden over voorwaarden van worteling. Daarom geldt naar mijn mening op grond van het gemeenschapsrecht een veel breder recht op family life. Helaas heb ik ook moeten constateren dat het (nog) niet gaat om een onvoorwaardelijk recht. Middels secundair gemeenschapsrecht gelden voorwaarden van financiële aard ten aanzien van dit recht op gezinsleven. Bovendien is er sprake een nog belangrijkere belemmering in de vorm van de voorwaarde dat sprake dient te zijn van grensoverschrijdend verkeer. Om een beroep te kunnen doen op het gemeenschapsrecht zal het kind zich moeten verplaatsen naar een andere Lidstaat. Dit werpt een extra hindernis op. Indien moeder en kind binnen Nederland blijven, zullen zij onderworpen worden aan het veel strengere eisenpakket van de Nederlandse overheid. Het minderjarige kind en zijn buitenlandse moeder zullen in het merendeel van de gevallen niet kunnen voldoen aan de gestelde eisen.

Het feit dat sprake is van een kind met de Nederlandse nationaliteit, zou naar mijn mening tot meer bescherming van overheidswege moeten leiden dan nu het geval is. Het is oneerlijk dat een kind gedwongen wordt het land waarvan hij de nationaliteit bezit te verlaten om de zorg van zijn moeder te blijven ontvangen. Het kind heeft er niet om gevraagd om ter wereld te komen. Ook indien zijn moeder zwanger is geraakt met als enige doel om een verblijfsrecht in Nederland te verwerven, kan het kind daar niets aan doen. Bovendien is het niet zijn schuld dat de relatie tussen zijn ouders tot een einde is gekomen en dat het contact met zijn vader is verbroken. Om al deze redenen vraag ik mij af waarom het kind meer dan ieder ander wordt gestraft. Uit de voorgaande hoofdstukken kan worden afgeleid dat het Nederlandse beleid in overeenstemming is met hetgeen omtrent gezinsleven is neergelegd in internationale verdragen. Toch vraag ik mij af of men zich daarbij wel realiseert dat het om de verzorging en opvoeding van een Nederlands kind gaat. Bovendien wordt te gemakkelijk voorbij gegaan aan het feit dat de band met de vader in de toekomst altijd kan worden hersteld. Zeker nadat de emoties zijn bedaard die het gevolg waren van de verbreking van de relatie tussen de ouders, is het niet ondenkbaar dat het contact

tussen vader en kind zal worden hervat. Echter, indien het kind gedwongen wordt zijn moeder naar het buitenland te volgen, zal een herstel van die band veelal uitblijven.

Het is overigens niet mijn bedoeling het te doen lijken alsof de opvoeding van een kind in Nederland meer waarde heeft dan een opvoeding in een ander land. Echter, in casu is Nederland de aangewezen plek voor de opvoeding van het kind, vanwege het feit dat het de Nederlandse nationaliteit bezit en een Nederlandse vader heeft. Dit deel van de identiteit van een kind dient te worden beschermd. Ik ben van mening dat het algemeen persoonlijkheidsrecht, zoals dat onder Duits recht bestaat, een rol kan spelen bij de bescherming van dit gezinsleven in Nederland. Zeker indien het land van herkomst van de moeder beduidend minder welvarend is dan Nederland, meen ik dat op de Nederlandse overheid een plicht rust om zich het lot van dit kind aan te trekken. Kinderen mogen immers niet worden afgerekend op de daden van hun ouders.

Literatuurlijst

Boeken

A. Aleinikoff & V. Chetail (red.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003.

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, elfde geheel herziene druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.

A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, veertiende druk, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2002.

P. Boeles, *Vreemdelingenrecht en Nederlanderschap*, tweede geheel herziene druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990.

H.W. Groeneweg (red.), *Tekst & Toelichting op de Vreemdelingenwet 2000*, 2001.

G.R. de Groot & M. Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, Studiepockets privaatrecht 41, geheel herziene derde druk, Deventer: Kluwer 2002.

G.R. de Groot, Naar een harmonisatie van het nationaliteitsrecht in Europa? ; K. Boele-Woelki, C.H. Brants & G.J.W. Steenhoff, *Het plezier van de rechtsvergelijking, opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. E.H. Hondius*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 63, Deventer: Kluwer 2003.

P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deel 1 Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, vijfde geheel herziene druk, Kluwer: Deventer 2001.

P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Deel 2 Bestuurshandelingen en waarborgen*, vierde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 1998.

Th. Holterman, *Vreemdelingenrecht toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, zesde, geheel herziene druk, Deventer; 2002 Kluwer.

H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss. Universiteit Maastricht), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht 11, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003.

S. Joseph, J. Schultz & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, cases, materials and commentary*, Second edition, Oxford University Press 2004.

J. Kleijne, *Artikelsgewijs commentaar op de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000*, Deventer:Kluwer 2001.

W. Konijnenbelt, *Résumé Hoofdlijnen van administratief recht en de Algemene wet bestuursrecht*, vijfde druk, Den Haag: VUGA Uitgeverij B.V. 1997.

Kuijer/ Steenbergen, *Nederlands vreemdelingenrecht*, vijfde druk, Den Haag; 2002 Boom Juridische Uitgevers.

A. Kuijer & J.D.M. Steenbergen, *Nederlands Vreemdelingenrecht*, Serie Migratierecht II, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1992.

R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht, een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2002.

M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights:CCPR Commentary*, Kehl am Rhein;Strasbourg; Arlington: Engel 1993.

C. Ovey & R. White, Jacobs and White, *The European convention on human rights*, Third edition, Oxford university press, 2002.

Pocket Vreemdelingencirculaire aanvulling 21, oktober 1998.

Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, veertiende druk, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

J.D.M. Steenbergen e.a., *Internationaal Immigratierecht verdragen, besluiten van internationale organisaties en internationale jurisprudentie van belang voor het Nederlandse immigratierecht*, Deel 2 van de Serie Immigratierecht, Sdu Uitgevers: Den Haag 1999.

Teksten Vreemdelingencirculaire februari 2004.

M.J. Toet & N.J. van de Vrie, *PS-special: Vw 2000*.

F.J.A. van der Velden en G.R. de Groot & N. Doeswijk, De nationaliteit in internationaal en Europees perspectief ; *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 129* (Preadviezen), T.M.C. Asser Press, november 2004.

Tijdschriftartikelen

P. Boeles, 'Graden van familieleven, actieve en passieve eerbied en de gewichtloosheid van integratie', *NJCM-Bulletin*, 2000 jrg. 25-1, p. 255-268.

P. Boeles, 'Verruimde gezinshereniging op zijn smalst', *MR* 2003, p. 76-79.

B.J. Drijber, 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJb* 2004-31, p. 1613-1620.

J. Forder, 'Art. 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notendop', *NJCM-Bulletin* 1994 jrg. 19-7, p. 907-918.

H. von Hebel, 'Het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten: een inleidende schets', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 767-774.

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Het Europese Hof activeert het Europese burgerschap', *NJb* 2003, p. 2238-2243.

K. Lemmers, 'Two different visions of Privacy, The debate on the nature of privacy: subjective personality right or fundamental freedom', *MJ* 2003, p. 385-403.

J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000, p. 203-211.

A.P. van der Mei, 'De Juridische Meerwaarde van het Burgerschap van de Europese Unie (1)', *MR* 2003-8, p. 268-275.

A.P. van der Mei, 'De Juridische Meerwaarde van het Burgerschap van de Europese Unie (2)', *MR* 2003-9/10, p. 318-324.

E. de Smijter, 'Het Europees recht omtrent het verblijfsrecht in de Europese Unie', *SEW* 2003-5, p. 154-168.

H. Staples, 'Heeft omgekeerde discriminatie zijn langste tijd gehad?', *NTER* 2002-9, p. 205-209.

H. Staples, 'Het verblijfsrecht van burgers van de Unie en hun familieleden', *NTER* 2003-3, p. 49-54.

F.M.C. Vlemmix, 'Een ieder verbindend verdragsrecht en de bevoegdheden van de (bestuurs)rechter', *NJb* 1999, p. 949-955.

S.K. van Walsum, 'Vreemdelingenrecht en gezinsleven Deel 1: internationaal recht', *MR* 2004-4, p. 136-146.

Jurisprudentie

Hof van Justitie EG, C-6/64, (Costa-Enel).

Hof van Justitie EG 27 oktober 1982 (Morson en Jhanjan).

Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, Publication ECHR, Series A vol. 138.

Hof 's-Gravenhage 26 september 1991, *NJ* 1992/347, (Bruinhart/Staat).

HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608 (Valkenhorst).

Ahmut t. Nederland, 28 november 1996 (Reports 1996, p. 2017).

Rechtbank Den Haag, REK, 25 september 1997 (AWB 97/5074), *RV* 100, 2001, nr. 24.

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam, 6 december 1999 (kenmerk AWB 99/473).

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 11 juli 2000 (Ciliz t. Nederland), *JV* 2000, nr. 187, m.nt. PB.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Abdulaziz, Cabales & Balkandali, *RV* 100 2001, nr. 19 m. nt. PB.

Gül, *RV* 100 2001, 21 m. nt. PB, p. 155.

Winata t. Australië, 26 juli 2001, CCPR/72/D/930/2000, *RV* 2003, nr. 24.

Boultif t. Zwitserland, *JV* 2001, nr. 254, m.nt. PB.

Sen t. Nederland, 21 december 2001, nr. 31465/96.

Hof van Justitie EG 11 juli 2002, zaak C-60/00 (Carpenter).

Hof van Justitie EG 17 september 2002, zaak C-413/99 (Baumbast en R.).

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Rotterdam, 17 januari 2003 (kenmerk AWB 01/4228).

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 25 september 2003, JV 2003, nr. 528, m.nt. S.K. van Walsum.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 10 december 2002, Jv 2003, nr. 46, m.nt. PB.

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Rotterdam, 18 maart 2004 (kenmerk AWB 03/32228). Rodrigues da Silva Hoogkamer t. Nederland, 14 september 2004, app. 50435/99.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 28 september 2004, nr. 200403388/1.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 12 oktober 2004, JV 2004, nr. 436.

Hof van Justitie EG 19 oktober 2004, zaak C-200/02 (Chen).

Regelgeving

Verordening 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, Publicatieblad nr. L 257 van 19/10/1968, p. 002-0012.

Richtlijn 90/364/EEG van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht, Publicatieblad nr. L 180 van 13/07/1990.

Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, Publicatieblad nr. L 251 van 03/10/2003, p. 0012-0018.

Richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de Lidstaten van de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 en 93/96, Publicatieblad nr. L 229 van 29/06/2004, p. 35-48.

Overig

TK 26732 vergaderjaar 2001-2002 nr. 98, Brief van de Staatssecretaris van Justitie.

Bijlage Handelingen II 1975/1976, 13872 nr. 3, p. 40.

Individual opinion by Committee members Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Tawfik Khalil, David Kretzmer and Max Yalden (dissenting), Winata t. Australië, 26 juli 2001, CCPR/72/D/930/2000, RV2003, nr. 24.

Opinion of Advocate General Tizzano, delivered on 18 May 2004, Case C-200/02, Chen, overweging 46.

Internetadressen

www.europa.eu.int

www.rechtspraak.nl
www.echr.ceo.int