



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Meten met twee maten: het spanningsveld tussen verschillende rechtsgebieden.

Eeckhout, V. van den; Wijers M., Hooghiemstra E.

Citation

Eeckhout, V. van den. (2005). Meten met twee maten: het spanningsveld tussen verschillende rechtsgebieden. *Allochtone Gezinnen. Juridische Positie.*, 41-54. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13740>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13740>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

4 Meten met twee maten: het spanningsveld tussen verschillende rechtsgebieden

Gebaseerd op de oorspronkelijke tekst van Veerle van den Eeckhout

Aanspraken en rechten van ouders en kinderen zijn gebaseerd op de familie-rechtelijke band die tussen hen bestaat. Bij Nederlandse gezinnen wordt de juridische band tussen ouders en kinderen geregeld door het familierecht. Transnationale gezinnen krijgen daarnaast ook te maken met het vreemdelingenrecht, het nationaliteitsrecht en het internationale familie- of privaatrecht. Bij dat laatste gaat het om vragen als welk recht is van toepassing, welke rechter is bevoegd en welke betekenis hebben buitenlandse rechterlijke uitspraken in Nederland. Is bijvoorbeeld een huwelijk dat in Irak is gesloten ook geldig in Nederland, is het Nederlandse of het Marokkaanse recht van toepassing als een Nederlandse man en een Marokkaanse vrouw gaan scheiden, geldt een geboorteakte uit Ghana ook in Nederland, en wanneer een man een buiten het huwelijk geboren kind erkent in Turkije is die erkenning dan ook geldig voor het Nederlandse recht?

Eerder zagen we al dat regels en uitgangspunten van het familierecht op gespannen voet kunnen staan met het vreemdelingenrecht. In dit hoofdstuk wordt breder gekeken naar het spanningsveld tussen de verschillende beleids- en rechtsgebieden. Hoe werken de verschillende rechtsgebieden op elkaar in en wat is het gevolg daarvan? Leidt het tot versteviging van het gezinsleven van transnationale gezinnen of juist tot een uitholling van hun rechten in de sfeer van ouder-kind relaties? En als dat laatste het geval is, is dat dan het onvermijdelijke gevolg van de samenloop van die rechtsgebieden of liggen hier ook politieke keuzes aan ten grondslag? Daarbij wordt ook gekeken hoe regels uit het ene rechtsgebied, zoals het internationale familie- en privaatrecht, gebruikt worden om doelstellingen op een heel ander terrein te realiseren, bijvoorbeeld de bevordering van vrij verkeer binnen de EU enerzijds of een restrictief migratiebeleid ten aanzien van personen van buiten de EU anderzijds.

Het eerste deel van dit hoofdstuk bevat een juridische analyse. Aan de hand van twee voorbeelden – de legalisatie van geboorteaktes en de problematiek van erkenning door de vader van een buiten het huwelijk geboren kind – wordt nauwkeuriger gekeken via welke processen aanspraken wel of niet worden toegekend aan transnationale gezinnen die niet onder het EU recht vallen. Het internationale privaatrecht speelt hierbij een schakelrol omdat het vaak het 'voorportaal' is voor het vaststellen van familierechtelijke banden. Op deze manier worden een aantal misstanden geïdentificeerd. Daarnaast worden een aantal voorbeelden gegeven van negatieve wisselwerking tussen bijvoorbeeld het familierecht en het vreemdelingenrecht.

In het tweede deel wordt onderzocht of deze misstanden louter het gevolg zijn van een (ongelukkige) juridische samenloop van omstandigheden of dat hier mogelijk politieke keuzes achterliggen. Dan blijkt dat – veelal met het argument

van fraudebestrijding en bevordering van integratie – in theorie bestaande aanspraken van transnationale gezinnen in de praktijk ontkracht worden door de daarvoor vereiste familierechtelijke banden via verschillende omwegen 'uit te schakelen' of omgekeerd juist 'in te schakelen' in situaties waar daarvoor geen familierechtelijke grond is.

4.1 IDENTIFICATIE VAN EEN AANTAL MISSTANDEN

LEGALISATIE

Zoals in hoofdstuk 2 aangegeven, is een van de problemen waar transnationale gezinnen mee te maken kunnen krijgen het bewijzen van hun familieband. Daarvoor zullen zij documenten moeten kunnen overleggen, bijvoorbeeld een geboortebewijs of een huwelijksakte. Behalve dat zij moeten bewijzen dat die documenten echt zijn en afgegeven door de bevoegde autoriteiten (de zgn. legalisatie eis), moet voor sommige 'probleemlanden', bijvoorbeeld Ghana, ook worden bewezen dat de inhoud van de documenten juist is (de zogenaamde verificatie eis). Een document kan dus echt zijn en afgegeven door een bevoegde instantie terwijl legalisatie toch geweigerd wordt omdat de juistheid van de gegevens niet geverifieerd kan worden. Dat dit voor veel problemen kan zorgen, vooral in landen waar geen goede burgerlijke stand is, mag duidelijk zijn. Het is niet moeilijk zich voor te stellen dat het soms voor de betrokkene zo goed als onmogelijk zal zijn om, bijvoorbeeld, de juistheid van zijn of haar geboortegegevens te bewijzen.

Wanneer legalisatie wordt geweigerd kan dit ingrijpende gevolgen hebben. Het volgende voorbeeld maakt dit duidelijk. Een Ghanees echtpaar verzoekt de ambtenaar van de burgerlijke stand om op de geboorteakte van hun kind ook de naam van de vader in te vullen. Als bewijs van hun huwelijk overleggen zij hun Ghanese huwelijksakte. Legalisatie van die akte wordt echter geweigerd, onder andere vanwege onduidelijkheid over de identiteit van de vrouw en het tijdstip van registratie van het huwelijk.⁵²⁾ Gevolg daarvan is dat niet alleen hun huwelijk niet wordt erkend, maar dat ook de afstammingsband van het kind niet kan worden vastgesteld. De echtgenoot kan zich dus niet laten registreren als de vader van hun kind met alle consequenties vandien.

Achtergrond van de legalisatie en verificatie eis is de bestrijding van fraude. Uiteraard is dat op zich een legitiem doel. Maar omdat legalisatie ook wordt

52) HR 5 september 2003, *NJ* 2004/5 m.nt. S. Wörtmann, en *JV* 2003/525, m.nt. P.B. Boeles. Zie ook J.C. Tomson, 'De Hoge Raad over legalisatie', *Burgerzaken en Recht* 2003, p. 391-393, en V. Van Den Eeckhout, 'Geëngageerde wetenschap in barre tijden. Besprekingsartikel P.B. Boeles, Mensen & Papieren', *Migrantenrecht* 2004, p. 100-109.

geweigerd als bijvoorbeeld onduidelijkheid bestaat over de geboortedatum van (een van) de partner(s), terwijl er geen twijfel is over de identiteit van de betrokkenen of de echtheid van het huwelijk, komen ook mensen die volstrekt te goeder trouw zijn in een patstelling terecht. Daarbij komt dat de Nederlandse overheid nogal selectief omgaat met de legalisatie eis. De Sociale Verzekeringsbank (SVB), die de kinderbijslag verzorgt, wijst bijvoorbeeld verzoeken voor kinderbijslag af omdat de ouder(s) geen gelegaliseerde geboorteakte kunnen overleggen.⁵³⁾ Daartegenover staat de zaak van de weduwe wier weduwepensioen werd ingetrokken omdat zij in Egypte hertrouwd was. In dit geval werden daar onmiddellijk consequenties aan verbonden zonder dat eerst legalisatie van de huwelijksakte werd vereist.⁵⁴⁾ Het beeld dat uit deze en andere zaken naar voren komt is dat de overheid al dan niet strikt vasthoudt aan de legalisatie eis naar gelang dit haar financieel goed uitkomt. Inmiddels zijn, naar aanleiding van een uitspraak van de Raad van State in september 2004⁵⁵⁾, wijzigingen aangekondigd in het beleid ten aanzien van de verificatie eis. Hoe dat nieuwe beleid er uit gaat zien is echter vooralsnog onduidelijk.

ERKENNING VAN EEN BUITENHUWELIJKS KIND

Wanneer een man een kind heeft erkend in het buitenland hebben de ouders er belang bij dat die erkenning ook in Nederland wordt erkend, met andere woorden dat de betrokken man ook voor het Nederlands recht wordt erkend als de vader van het kind. Daarvoor moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan. Sinds 2003 kan een buitenlandse erkenning bovendien worden geweigerd wanneer het om een 'schijnerkenning' zou gaan. Maar wat precies een schijnerkenning is, is niet gedefinieerd. Eenzelfde systeem bestaat sinds 2003 bij adoptie.⁵⁶⁾ Ook deze kan worden geweigerd als sprake zou zijn van een 'schijnadoptie', waarbij opnieuw niet is gedefinieerd wat dit dan zou inhouden.⁵⁷⁾ Hierop is al veel kritiek geweest. Een van de kritiekpunten is dat daarmee geprobeerd wordt om via het internationaal privaatrecht een vreemdelingrechtelijk of nationaliteitsrechtelijk probleem op te lossen. Ook werd er op gewezen dat het instituut adoptie, ook in andere landen, al met zoveel waarborgen is omgeven dat niet duidelijk is waar de 'schijn' dan uit zou kunnen bestaan.⁵⁸⁾ Achtergrond van deze maatregel is het voorkomen van misbruik om bijvoorbeeld kinderbijslag te krijgen of de Nederlandse nationaliteit

53) Zie bijv. CRvB 5 december 2001, *USZ* 2002/53 inzake het onthouden van kinderbijslag omdat de geboorteaktes niet werden gelegaliseerd.

54) Centrale Raad van Beroep van 11 april 2001, *USZ* 2001/155.

55) Afd. Rechtspraak Raad van State 8 september 2004, *JV* 2004/384, m.nt.

Pieter Boeles. Zie ook www.nvvb.nl onder actuele dossiers, legalisatie en verificatie.

56) Art. 10 Wet Conflictenrecht Afstamming.

57) Art. 6 Wet Conflictenrecht Adoptie.

58) Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, advies 16 oktober 2000, te vinden op www.justitie.nl.

te verwerven. Bezwaar is, zoals gesteld, dat op deze manier het internationaal familierecht wordt gebruikt om vreemdelingenbeleid te voeren, iets waarvoor het niet is bedoeld. In de praktijk blijkt bovendien dat transnationale gezinnen vaak aan meer eisen moeten voldoen dan op grond van het (internationale) familierecht van hen kan worden verwacht. Twee voorbeelden kunnen dit verhelderen.

SOCIAALRECHTELIJKE AANSPRAKEN: KINDERBIJSLAG

Om in aanmerking te komen voor kinderbijslag moet een ouder aannemelijk maken dat hij of zij een familierechtelijke band heeft met het kind. De Rechtbank Amsterdam oordeelde echter in de zaak van een Senegalese vader dat, om te kunnen spreken van een 'eigen kind' in de zin van de Kinderbijslagwet, niet alleen sprake moet zijn van een familierechtelijke band, maar dat bovendien de buitenlandse erkenningsprocedure bepaalde waarborgen moet inhouden dat de juridische verhouding zoveel mogelijk in overeenstemming is met de feitelijke, dat wil zeggen biologische, verhouding.⁵⁹⁾ Onder het motto van bestrijding van misbruik worden zo de regels van het internationaal familierecht opzij gezet en introduceert de Sociale Verzekeringsbank (SVB) een nieuw, eigen criterium. In dit geval was dat al helemaal opmerkelijk omdat in feite het Senegalese recht in dit opzicht strenger is dan het Nederlandse recht. In Nederland doet het er niet toe of de man die het kind erkent ook de biologische vader is, het Senegalese recht zoekt hier juist wel aansluiting bij. Achter de invoering van dit soort extra eisen lijkt een fundamenteel wantrouwen schuil te gaan tegenover 'vreemd' recht en de mensen die daar een beroep op doen. Het lijkt erop dat men bang is dat de regels van het internationaal familierecht te 'soft' zouden zijn en dat daarom extra criteria moeten worden ingevoerd om fraude te voorkomen. Het effect is dat, hoewel volgens de wet de ouder in dit soort gevallen recht heeft op kinderbijslag, in de praktijk er allerlei extra belemmeringen worden ingebouwd die het vrijwel onmogelijk maken om dat recht ook te realiseren.

Bovendien doet deze praktijk vragen rijzen over de gelijke behandeling van verschillende leefvormen, *in casu* erkenning versus een traditioneel huwelijk. Pas recent echter stelde de Centrale Raad van Beroep kritische vragen aan de Sociale Verzekeringsbank (SVB) over haar beleid ten aanzien van buitenlandse erkenningen. Met name wordt de vraag gesteld of het onderscheid dat de SVB maakt tussen kinderen die geboren zijn uit een Ghanees huwelijk aan de ene kant en kinderen die door een Ghanese man naar Ghanees recht erkend zijn aan de

59) Uitspraak inzake Senegalese erkenning, Arrondissementsrechtbank Amsterdam, 4 oktober 1996, voorafgaand aan de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep 7 april 1999, *USZ* 1999/171.

andere kant, wel een gerechtvaardigd onderscheid is in de zin van het EVRM. Hierover is nog geen uitspraak.

Het uitgangspunt van het kabinet dat het behalve traditionele gezinnen ook andere gezinsvormen beschouwt op basis van gelijkwaardigheid lijkt in ieder geval zeer betrekkelijk zodra het om transnationale gezinnen gaat. Hun mogelijkheden om een vrije afweging te maken van de voor- en nadelen van verschillende gezinsvormen lijken aanzienlijk beperkter dan die van 'Nederlandse' ouders. Zij moeten het nog doen met een familierechtelijk kader dat voor Nederlanders als achterhaald wordt beschouwd, althans als zij een beroep willen doen op verworvenheden zoals die in Nederland voor Nederlanders gelden.

NATIONALITEITSRECHTELIJKE AANSPRAKEN

Tot voor kort kregen kinderen die door een Nederlandse man werden erkend automatisch de Nederlandse nationaliteit. Sinds april 2003 is dit veranderd: om schijnerkenningen te bestrijden kan het kind alleen de Nederlandse nationaliteit krijgen wanneer het na de erkenning minimaal drie jaar is verzorgd en opgevoed door de erkenner.⁶⁰⁾ Dit geldt overigens alleen als het kind na de geboorte wordt erkend. Wordt het erkend voor de geboorte dan krijgt het nog wel automatisch de Nederlandse nationaliteit. Hetzelfde geldt voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Dat roept dan ook onmiddellijk de vraag op of gerechtelijke vaststelling van vaderschap nog mogelijk is nadat de vader het kind al heeft erkend. Kind en ouders kunnen hier groot belang bij hebben, niet alleen in het kader van nationaliteit en verblijfsrecht, maar ook in verband met erfrecht.

Onder de oude nationaliteitswet speelden soortgelijke gevallen, maar dan over de vraag of een eerdere erkenning in het buitenland in Nederland kon worden 'overgedaan'. Dit was (en is in zaken van voor 2003) met name van belang wanneer de vader het kind heeft erkend voordat hij zelf de Nederlandse nationaliteit kreeg. Opmerkelijk is dat – in tegenstelling tot geschillen over kinderbijslag – in deze situatie de buitenlandse erkenning wel zonder problemen wordt erkend. Zo redeneerde het Hof Arnhem dat het opmaken van een (tweede) akte van erkenning in Nederland beschouwd moet worden als een schijnhandeling en daardoor als in strijd is met de openbare orde.⁶¹⁾ Het gaat dan immers niet meer om de vaststelling van de familierechtelijk band – want die staat al vast! – maar om de daaraan verbonden gevolgen, bijvoorbeeld op het gebied

60) Art. 6, Rijkswet op het Nederlanderschap.

61) Hof Arnhem 18 juli 2000, procedure voorafgaand aan HR 13 juli 2001, *NJ* 2002/215, m.nt. Th. M. de Boer. Zie hierover ook V. Van Den Eckhout, 'De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21ste eeuw', *Migrantenrecht* 2002, p. 144-158.

van erfrecht en nationaliteit. Waar in het ene geval het kind dus geen kinderbijslag krijgt door *uitschakeling* van het internationaal familierecht, verkrijgt het in het andere geval geen Nederlandse nationaliteit juist door *inschakeling* van het internationaal familierecht, gecombineerd met openbare orde argumenten.

Wellicht gloort er enig licht voor gezinnen die onder de nieuwe wet vallen. In een recente uitspraak bepaalde de Rechtbank Amsterdam dat het wel mogelijk is om na een erkenning alsnog het vaderschap via een gerechtelijke procedure te laten vaststellen.⁶²⁾ Het ging hier om een Nederlands/Marokkaans stel dat, nadat de vader het kind al erkend had, probeerde alsnog een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te krijgen. In dit geval vond de rechtbank dat openbare orde motieven dit niet in de weg stonden: het kind kreeg door de vaststelling immers geen familierechtelijke band met meer dan twee ouders, 'aangezien de man van wiens vaderschap vaststelling wordt verzocht dezelfde is als de man die de minderjarige heeft erkend'. Het kind kreeg hierdoor de Nederlandse nationaliteit en toelating tot verblijf in Nederland, nadat dit eerder was geweigerd.

DE SCHARNIERFUNCTIE VAN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Het voorgaande laat zien dat het internationaal privaatrecht op zichzelf niet bepaalt of iemand aanspraak kan maken op bijvoorbeeld kinderbijslag, verblijf of de Nederlandse nationaliteit, maar daar wel een belangrijke schakelfunctie in vervult. Zo kan het antwoord op de vraag naar de erkenning van een buitenlands huwelijk – een typische kwestie van internationaal privaatrecht – beslissend zijn bij de beoordeling van een aanspraak op verblijf, pensioenrecht of kinderbijslag. Op dezelfde manier bepaalt het vreemdelingenrecht of alleen gehuwde partners in aanmerking komen voor gezinshereniging of ook ongehuwde, maar moet te rade worden gegaan bij het internationaal privaatrecht voor de invulling van die begrippen. Juist omdat het die schakelrol vervult tussen aan de ene kant regels van familierecht en aan de andere kant regels van vreemdelingenrecht, nationaliteitsrecht en sociaalzekerheidsrecht, zit er een onmiskenbaar sociaal-economisch belang aan vast. Vanuit dat perspectief bezien blijkt het internationaal privaatrecht de laatste jaren in woelig politiek vaarwater terecht te zijn gekomen. Daarbij valt vooral de mogelijke invloed van economische beleidsoverwegingen op. Zo lijken Nederlandse overheidsorganen het internationaal privaatrecht steeds meer in te zetten om aanspraken van vreemdelingen van buiten de EU op verblijf, nationaliteit of kinderbijslag tegen te gaan.

62) Rechtbank Amsterdam 31 maart 2004, nr. 274366/HA RK 03-928. De Rechtbank Breda (13 mei 2004, nr. 127938 RK 03-4397) oordeelde echter anders in een vergelijkbare zaak.

4.2 ANDERE VORMEN VAN NEGATIEVE WISSELWERKING TUSSEN VAKGEBIEDEN EN RECHTSREGELS

Ook op andere manieren kunnen familierecht en vreemdelingenrecht zodanig op elkaar inwerken dat dit nadelig uitwerkt voor transnationale gezinnen. Aanspraken op bijvoorbeeld ouderlijk gezag kunnen in de knel komen door de verblijfsrechtelijke status van een van de ouders, terwijl omgekeerd de verblijfsstatus van de ouder weer afhankelijk kan worden gemaakt van familierechtelijke aanspraken, zoals het recht op omgang. Een voorbeeld van het eerste is de al eerder besproken zaak *Rodrigues da Silva*.⁶³⁾ De Raad voor de Kinderbescherming adviseerde hier het ouderlijk gezag aan de vader (die het kind eerder erkend had) toe te kennen vanwege de onzekere verblijfsstatus van de Braziliaanse moeder: wanneer de moeder het gezag zou krijgen zou haar uitzetting kunnen leiden tot een breuk in de contacten tussen vader en dochter en de grootouders van vaderskant. De Raad voor de Kinderbescherming nam op deze manier met haar advies om het gezag aan de vader toe te wijzen als het ware een voorschot op de verwachte weigering van een verblijfsvergunning aan de moeder en werd daarin gevolgd door de rechter. Momenteel is deze zaak aanhangig bij het Mensenrechtenhof.

De tweede situatie speelde in de al eerder genoemde zaak *Ciliz*. Door de uitzetting van de vader terwijl de procedure over de omgangsregeling nog liep, kon de proefomgangsregeling niet plaatsvinden. Toen de vader als gevolg daarvan zijn zoon sinds lange tijd niet meer had gezien, werd vervolgens aangevoerd dat omgang niet meer in het belang van het kind was. Op zijn minst kan uit deze zaak geconcludeerd worden dat het belang van contact tussen ouders en kinderen na een scheiding nogal wisselend beoordeeld wordt al naargelang de nationaliteit van betrokkenen. Zijn alle betrokkenen Nederlands dan geldt het principe 'omgang moet, tenzij', heeft een van de ouders een andere nationaliteit dan moet het belang van omgang al gauw wijken voor andere belangen. Wat deze zaak echter vooral laat zien is hoe de voorwaarden die in twee verschillende rechtsterreinen worden gesteld – familierecht en vreemdelingenrecht – kunnen 'samenspannen' met als resultaat een beperking van de uitoefening van gezinsleven. Dit is ook het punt dat het Mensenrechtenhof oppakte. Dat oordeelde dat wanneer een procedure voor uitzetting van een van de ouders samenvalt met een procedure voor omgangsrecht, de bescherming van het recht op gezinsleven vereist dat beide procedures worden gecoördineerd.⁶⁴⁾ Dat betekende in dit geval dat de vader tijdens de procedure voor de omgangsregeling niet had mogen

63) Raad van State van 17 april 2003, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2003, nr. 25.

64) *Ciliz t. Nederland*, EHRM 11 juli 2000, *RJD* 2000-VIII, p. 265; *EHRC* 2000, 623; *NJCM-Bulletin* 2002, p. 253 m.nt. Gerritsma.

worden uitgezet. Daarmee werd in feite het Nederlandse beleid op de helling gezet. Dat bepaalt dat een buitenlandse ouder met een afhankelijke verblijfstitel alleen in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning wanneer er veelvuldig contact bestaat tussen de kinderen en de niet-verzorgende ouder en deze een onderhoudsbijdrage levert. Die eisen kunnen volgens het Mensenrechtenhof de toets aan het recht op gezinsleven (art. 8 EVRM) niet doorstaan.

Een andere manier waarop bezoeken belemmerd of zelfs onmogelijk kunnen worden gemaakt is door de visumplicht. Alleen al door de duur van de visumprocedure kan een bezoekenregeling van vier maal per jaar praktisch zo goed als onhaalbaar zijn. Bovendien worden aanvragen regelmatig afgewezen vanwege 'vestigingsgevaar'. Bij een land als Turkije is dat bijna standaard. Dat geldt ook als het om een ouder gaat die zijn of haar kind wil bezoeken. Ook hier zien we hoe ontwikkelingen in familierecht en vreemdelingenrecht lijnrecht tegenover elkaar kunnen staan.

In het kader van gezinshereniging kan verder nog gedacht worden aan het opwerpen van financiële drempels door de recente verhoging van de leges – in sommige gevallen met 1000% –, de verhoging van de inkomenseis, de invoering van de vijf-jaar eis en de plannen om migranten zelf hun inburgeringscursus te laten betalen, nog los van de eerder besproken problemen rondom legalisatie en verificatie.

Zo worden in de praktijk aanspraken die voortvloeien uit het ene rechtsgebied afgebroken door de voorwaarden die gesteld worden in het andere rechtsgebied, bijvoorbeeld de *de facto* inperking van het omgangsrecht door visumeisen. Het *lijkt* dan wel alsof wordt vastgehouden aan algemeen geldende principes van familierecht, maar in feite is dit niet meer dan een optische illusie. Dit gezichtsbedrog wordt duidelijk als men de familierechtelijke regelingen plaatst in het gehele juridische kader waar transnationale gezinnen mee te maken krijgen bij de uitoefening van hun gezinsleven. Soms gaat het zelfs om het direct ontzeggen van bepaalde aanspraken ook al staat niet ter discussie dat de kinderen juridisch als kinderen van de betrokkenen zijn te beschouwen. Voorbeelden hiervan zijn het onthouden van de Nederlandse nationaliteit aan kinderen die erkend worden door een Nederlandse vader, het niet toekennen van kinderbijslag door het stellen van aanvullende eisen of het weigeren van een verblijfsvergunning aan kinderen omdat de ouders het verzoek hiertoe niet binnen de termijn van vijf jaar hebben gedaan.

Samenvattend zijn er, waar het gaat om de situatie van niet Europese vreemdelingen, twee tendensen te herkennen. Aan de ene kant een tendens om het internationaal privaatrecht ondergeschikt te maken aan een restrictief en

op ontmoediging gericht migratiebeleid, bijvoorbeeld door het negeren van internationaal privaatrechtelijke regels of door vreemdelingenrechtelijke belangen in het internationaal privaatrecht zelf te verdisconteren; aan de andere kant de tendens om steeds meer te tornen aan de nationaliteitsrechtelijke, verblijfsrechtelijke en sociaalrechtelijk gevolgen van gezinsrelaties, terwijl die precies voor niet-EU onderdanen belangrijk zijn. De gevolgen voor de betrokken ouders en kinderen zijn groot. In sommige gevallen leidt het niet toekennen van gevolgen aan de familierechtelijke band er toe dat zij überhaupt hun recht op gezinsleven niet kunnen uitoefenen, in andere gevallen wordt dit ernstig bemoeilijkt doordat noodzakelijke voorwaarden ontbreken om de rechten die hen op familierechtelijk vlak toekomen ook invulling te geven. Die rechten blijken dan vooral een lege huls.

4.3 LOUTER JURIDISCH-TECHNISCHE PROBLEMEN OF POLITIEKE KEUZES?

Geconcludeerd werd dat het recht op gezinsleven van transnationale gezinnen in de knel komt door de wisselwerking tussen verschillende rechtsgebieden. Hieronder wordt beargumenteerd dat dit niet zomaar een ongelukkige juridische samenloop van omstandigheden is, maar een bewuste politieke keuze.

DE POLITIEKE CONTEXT: BEPERKING VAN AANSPRAKEN ONDER HET MOTTO VAN FRAUDEBESTRIJDING EN EEN UITDIJEND VREEMDELINGENRECHT

Bovenstaande ontwikkelingen staan niet op zichzelf maar spelen zich af tegen een algemene achtergrond van steeds verdergaande restrictieve maatregelen jegens vreemdelingen, niet alleen op het gebied van verblijfsrecht maar ook op het gebied van de sociale zekerheid en nationaliteit. Vreemdelingenrechtelijke motieven van fraudebestrijding en beperking van migratie dijen als het ware uit naar andere rechtsgebieden. Zo kunnen sinds januari 2000 migranten hun aanspraken op een uitkering op grond van onder andere de Arbeidsongeschiktheidswet en de Algemene nabestaandenwet niet meer 'meenemen' als zij terugkeren naar hun land van herkomst, tenzij zij gaan wonen in een land waarmee Nederland een speciaal verdrag heeft. Illustratief is ook de eerder besproken wijziging van de Nationaliteitswet. Het eenvoudigweg afschaffen van de overdracht van nationaliteit bij een postnatale erkenning, onverschillig of het wel of niet een schijnhandeling betreft, is wel een heel rigoureuze vorm van fraudebestrijding, zeker nu het gevolg kan zijn dat betrokkenen daardoor hun gezinsleven niet meer in Nederland kunnen uitoefenen.

Daarbij functioneert het internationaal privaatrecht nogal eens als negatieve tussenschakel. Soms gaat dit zover dat het gebruikt lijkt te worden als instrument om heel andere doelen te bereiken dan het regelen van (internationale)

familierechtelijke betrekkingen, met name beperking van migratie. Dat roept de vraag op hoe legitiem het is vakgebieden als het familierecht, het internationaal familierecht en het sociaal zekerheidsrecht in te zetten als instrument voor migratiepolitiek of zelfs daaraan ondergeschikt te maken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de spanning tussen het koppelingsbeginsel (alleen legaal verblijvende vreemdelingen kunnen aanspraak maken op sociale voorzieningen) en de doelstelling van kinderbescherming. Kinderen worden hier als chantage en drukmiddel tegen de ouders gebruikt: om ouders te dwingen te vertrekken worden de handen afgetrokken van de kinderen. Het is de vraag wat dit zegt over de prioriteiten die een samenleving stelt, wanneer zij kinderen bescherming tegen verwaarlozing en geweld onthoudt omdat zij hier eigenlijk niet mogen zijn.⁶⁵⁾

Met het motief van fraudebestrijding wordt ook direct de toon gezet voor de aanvaardbaarheid van de bewuste ingrepen. Er wordt een beeld geschetst van vreemdelingen die te veel rechten hebben, er allerlei frauduleuze praktijken op nahouden en al te gemakkelijk misbruik kunnen maken van de ruimhartigheid en naïviteit van Nederlandse zijde, redenen waarom dit tot redelijke proporties moet worden teruggebracht. Cruciale vraag is dan of de manier waarop men fraude wil bestrijden wel 'proportioneel' en 'passend' is voor het nagestreefde doel. Hieraan kan worden getwijfeld als men, om een voorbeeld te noemen, denkt aan het aantal mensen dat getroffen is door de eis van legalisatie en verificatie van buitenlandse documenten, terwijl volstrekt duidelijk was dat zij hoegenaamd niet van fraude beticht konden worden.

Opmerkelijk is het, naast het argument van fraude, aanvoeren van 'humanitaire' argumenten, dat wil zeggen dat gesteld wordt dat de betreffende inperking van rechten in het belang van betrokkenen zelf is. Voorbeelden van 'humanitaire' argumenten zijn het opleggen van een minimum huwelijksleeftijd in de reeds besproken Gezinsherenigingsrichtlijn om gedwongen huwelijken te voorkomen – waarbij ouders als een gevaar voor hun kinderen worden voorgesteld en mannen als een gevaar voor hun vrouwen – en de beperking van gezinshereniging met kinderen boven een bepaalde leeftijd omdat het kind daarna moeilijk nog zou integreren – waarbij open normen als 'het belang van het kind' op een negatieve en uitsluitende manier dreigen te worden ingevuld. Vooral de doelstelling van integratie – in plaats van mensenrechten – met alle daaraan verbonden aannames, uitgangspunten, ideologieën en mythes, wordt steeds vaker als motief naar voren gebracht. Soms echter wordt ook openlijk

65) Th. Spijkerboer, 'Kroniek van het migratierecht', *NJB* 2003, p. 1655-1664.

toegegeven dat men (sowieso onwenselijk geachte) aanspraken überhaupt wil ontmoedigen: denk bijvoorbeeld aan de discussie rondom huwelijksmigratie. Argumenten van fraudebestrijding en humanitaire motieven lijken dan vooral als alibi opgevoerd te worden. Los van de vraag naar de juistheid van dit soort argumenten is het op zijn minst zorgelijk dat niet wordt gekeken naar de effecten die dit soort maatregelen hebben voor gezinnen en hun mogelijkheden een gezinsleven uit te oefenen.

CONTRAST MET DE EU CONTEXT

Terwijl het internationaal privaatrecht in de context van migratie van buiten de EU zich vooral ontwikkelt tot een instrument voor restrictief migratiebeleid, doet het omgekeerde zich voor in Europees verband. Daar wordt het internationaal privaatrecht uitdrukkelijk gemobiliseerd voor de bevordering van vrij verkeer van personen. Hier leidt het besef dat mensen zich bij hun mobiliteit mede laten leiden door de gevolgen voor hun persoonlijk gezinsleven juist tot het uitbouwen van een liberaal regime. Daarmee zit het internationaal privaatrecht midden in de economische arena. Wel ligt dit 'tweesporenbeleid' nog in handen van twee verschillende instanties: de nationale overheden voorzover het gaat over migratie vanuit buiten Europa, en 'Brussel' waar het gaat om intern Europese migratie.

Nog niet duidelijk is waar verdergaande Europese bemoeienis met het internationaal privaatrecht toe zal leiden. Op het eerste gezicht lijkt een liberaliseringsproces in gang gezet, in ieder geval waar het gaat om gezinshereniging van EU werknemers. De meest gevoelige aspecten echter – die van huwelijk en afstamming: denk bijvoorbeeld aan het homohuwelijk en de juridische afstammingsband van kinderen van lesbische moeders – zijn vooralsnog niet door de EU aangesneden. Desondanks is verdere Europeanisering van het internationaal privaatrecht, inclusief Europese bemoeienis met terreinen die nu nog als exclusief 'nationaal' worden gezien, zoals het afstammingsrecht, niet ondenkbaar. Van een dergelijke Europese bemoeienis kan een positief effect uit gaan naar het Nederlandse beleid, maar het kan ook leiden tot een verdere tweedeling binnen het internationaal privaatrecht met alle daaraan verbonden problemen. In alle gevallen is het tijd om hierover na te gaan denken, zowel in het licht van de huidige Europese bemoeienissen als met het oog op mogelijke toekomstige bemoeienissen van Europa met terreinen die nu nog als 'niet-Europees' worden gezien.

IDEOLOGISCHE CONTEXT

- De bovenbeschreven tweedeling gaat gepaard met een tweedeling in de ideologische benadering van nationale gezinnen aan de ene kant en niet-westerse

transnationale gezinnen aan de andere kant. Achter de restrictieve migratie-politiek lijkt een ideologisch verhaal schuil te gaan over de morele (on)geschied-heid van transnationale gezinnen en hun buitenlandse familieleden. Het meest in het oog springend is de tendens om transnationale gezinnen en hun gezinsleven te problematiseren en als een 'risico' voor te stellen. Zo wordt bij verzoeken om een omgangsregeling van een buitenlandse vader bijna reflexmatig geredeneerd in termen van risico's en dreiging, waaronder de vrees voor kinderontvoering. In dit kader is het interessant te vermelden dat in de praktijk de meeste kinder-ontvoeringen blijken te worden gepleegd door Westerse moeders die na een stukgelopen huwelijk in het buitenland naar huis terugkeren, met meenemen van het kind.⁶⁶⁾

Zelfs wanneer alle betrokkenen de Nederlandse nationaliteit bezitten en in Nederland wonen – en de zaak hoogstens internationaal kan worden door een beroep op dubbele nationaliteit of verhuizing naar het buitenland – lijken in kwesties van gezagsrecht 'buitenlandse' mannen met een fundamenteel wan-trouwen bekeken te worden en blijkt grote weerstand te bestaan hen op dezelfde manier te behandelen als mannen van Nederlandse afkomst. Zo vond de Hoge Raad in een zaak waar de vrouw angst voor ontvoering aanvoerde als motief voor haar weigering om de man het kind te laten erkennen, het niet nodig dat deze angst gerechtvaardigd was door handelingen van de man. Voldoende was dat het om een bij de vrouw reëel aanwezige en niet voorgewende angst ging.⁶⁷⁾

Door het hele migrantendebat heen spelen een aantal hardnekkige aannames die in de beeldvorming over migranten voortdurend benadrukt worden, maar waarvan het de vraag is in hoeverre zij aansluiten bij de realiteit. Bij nadere beschouwing blijkt het vaak de Nederlandse regelgeving zelf die migranten in traditionele gezinspatronen dringt, waarvan nu juist gesteld wordt dat zij zich daaruit zouden moeten emanciperen. Als voorbeeld dient het eerder besproken beleid ten aanzien van buitenlandse erkenningen in kinderbijslagzaken, dat in feite mensen weinig andere keus dan een traditioneel huwelijk laat. Zij worden als het ware vastgenageld op hun 'anders zijn', terwijl tegelijkertijd gesteld wordt dat zij zich moeten aanpassen aan de Nederlandse, meer liberaal geachte, waarden en normen. En waar dat niet zo is, worden ze van de weeromstuit in een wel heel ultramodern gezinspatroon gedrongen: denk bijvoorbeeld aan de inkomenseisen die worden gesteld bij gezinshereniging en die tot gevolg hebben dat de hoofdpersoon, ook als dat een vrouw is, als klassieke kostwinner moet gaan functioneren, zelfs wanneer de partner bereid en

66) Zie Betty de Hart, 'Convention on Contact concerning Children: internationale omgangsregelingen moeten kinderneenname voorkomen, *Nemesis* 2003 nr. 4, p. 106 e.v.

67) HR 18 september 1998, *NJ* 1999/480.

in staat is om ook te gaan werken. Het gelijk delen van arbeid en zorg is voor hen dan geen optie. Ook kan gedacht worden aan de tendens allochtone gezinnen er steeds meer toe aan te zetten zoveel mogelijk opvang voor hun kinderen buitenshuis te zoeken. Opvallend is bovendien dat, voorzover aandacht wordt besteed aan hun 'anders zijn' en andere culturele patronen, dit meestal in negatieve zin wordt uitgespeeld. Zo is de voorstelling dat in andere culturen een hechtere familieband zou bestaan, terug te vinden in het gezinsherenigingsbeleid ten aanzien van kinderen, met name in de afweging dat gezinshereniging niet hoeft te worden toegestaan wanneer er in het buitenland een (desnoods ver) familielid is die het kind kan opvangen.

De dubbele standaard die gehanteerd wordt voor transnationale en nationale gezinnen uit zich niet alleen in de manier waarop rechtsgebieden negatief op elkaar kunnen inwerken, maar ook in tegenstrijdige ontwikkelingen in het vreemdelingenrecht aan de ene kant en het familierecht en het sociale zekerheidsrecht aan de andere kant. Ook hier biedt de manier waarop met het omgangsrecht wordt omgegaan een goed voorbeeld. Waar in Nederland een brede consensus bestaat over het feit dat het kind in principe contact met beide ouders moet kunnen bewaren, zelfs als in het verleden bijvoorbeeld sprake was van geweld, houdt dit principe op bij de grens. Voor de kinderbijslag geldt hetzelfde. Waar naar het Nederlandse recht het bestaan van een familierechtelijke band voldoende is wordt ten aanzien van transnationale gezinnen een extra eis ingevoerd in de vorm van het 'eigen kind' criterium. Terwijl het beeld wordt gecreëerd dat migranten meer of andere dingen zouden vragen dan Nederlanders, lijkt het probleem er soms eerder in te zitten dat zij door de Nederlandse overheid anders – en slechter – worden behandeld.

INTEGRATIE DOOR DWANG

Opvallend is hoe de laatste tijd een tendens lijkt te ontstaan om allochtonen en nieuwkomers tot integratie te 'stimuleren' door middel van boetes, sancties en kortingen, die betrokkenen nog verder beknotten in de uitoefening van hun gezinsleven. Recht wordt hier gebruikt als stok achter de deur. Daarvoor worden verschillende rechtsgebieden ingezet, waarbij er aan wordt voorbijgaan dat deze ontwikkeld zijn voor andere doeleinden en niet bedoeld zijn om afhankelijk te worden gemaakt van dergelijke politieke beleidsdoelen. Het achterliggende idee is blijkbaar dat integratie en inburgering alleen bereikt kunnen worden met dwang. Daaruit ontstaat een beeld van allochtone ouders als in het beste geval goedwillend maar onbekwaam in de opvoeding van hun kinderen of, in het slechtste geval, als ronduit kwaadwillend. Hieruit spreekt een fundamenteel wantrouwen ten aanzien van de opvoedingscapaciteiten en -kwaliteiten van (bepaalde groepen van) transnationale gezinnen. Het lijkt wel alsof zij, als men

hen niet onder druk zet, nooit uit eigen initiatief enige bereidheid of inzet aan de dag zouden leggen. Dit beeld wordt op zijn beurt gebruikt om verdergaande inmenging van de overheid in het gezinsleven en de opvoeding van allochtone gezinnen te rechtvaardigen in de vorm van gedwongen gezinstherapie, verplichte opvoedingsondersteuning of het straffen van ouders voor misdragingen van hun kinderen 'om hen meer verantwoordelijkheid te laten dragen voor het gedrag van hun kinderen'.⁶⁸⁾ Het soort burgerschap achter de 'inburgering' lijkt er een te zijn van rechten en plichten als actief burger en loyaliteit aan de Nederlandse rechtsstaat, gekoppeld aan de voorstelling dat migranten uit niet-Westerse culturen, vanwege hun culturele achtergrond, niet over de benodigde capaciteiten beschikken een dergelijk 'goed burger' te zijn: zij moeten dit nog leren, waarbij het de taak van de overheid is hen dit bij te brengen.

Ondertussen worden de ouders zelf in hun rol van ouder gediskwalificeerd. Zij worden eerder voorgesteld als hindernissen in de ontplooiingskansen van hun kinderen dan als een belangrijke voorwaarde voor hun ontwikkeling, getuige de vele pogingen om verplichte opvoedingsondersteuning in te voeren. Soms gaat dit zelfs zover dat het idee post lijkt te vatten dat het in het belang van hun kinderen is om maar niet teveel contact met hen te hebben. Wordt ten aanzien van Nederlandse kinderen het belang benadrukt zoveel mogelijk bij hun ouders thuis te zijn, allochtone kinderen lijken het beste af bij crèches en voorschoolse opvang. Doorgeredeneerd zou dit betekenen dat voor allochtone kinderen eerder het afbreken van het gezinsleven hun belang dient dan het bevorderen daarvan, met als juridische consequentie dat allochtone ouders zich meer overheidsbemoeienis dreigen te moeten laten welgevalen dan autochtone ouders. Tegelijk worden deze ouders er steeds meer op aangesproken zélf verantwoordelijkheid te nemen voor de opvoeding van hun kinderen, samen met de boodschap dat zij daartoe eigenlijk niet in staat zijn. Deze scepsis over de opvoedingscapaciteiten van transnationale ouders uit zich ook in de wijze waarop het belang van allochtone kinderen om te kunnen integreren in de Nederlandse samenleving steeds meer lijkt te versmelten met het algemeen belang, tegenover het belang en de zorgen van de ouders. Het 'belang van het kind' wordt op deze manier omgevormd tot legitimatie voor een restrictief vreemdelingenbeleid: zie de redenering in de Gezinsherenigingsrichtlijn dat kinderen boven een bepaalde leeftijd maar beter niet naar Nederland kunnen komen in hun eigen belang én dat van de overheid, tegen het belang van de ouders in. Het belang van de overheid 'zwakkeren' te weren wordt zo voorgesteld als een belang van betrokkenen zelf, zo niet direct van henzelf in persoon dan toch van andere zwakkeren. Illustratief hiervoor is het argument dat, in het belang van de integratie van de huidige

68) 'Gedwongen gezinstherapie moet celstraf vervangen', *Volkskrant* 16 december 2003.

generatie allochtonen, geen nieuwe migranten meer moeten worden toegelaten. Het belang van gezinsrelaties verdwijnt daarmee uit zicht. Het beeld dat hieruit ontstaat is dat van een overheid die steeds meer in sanctionerende zin tussenbeide komt in het gezinsleven van transnationale gezinnen, terwijl diezelfde overheid zich tegelijkertijd steeds sterker terugtrekt van haar ondersteunende taak, dat wil zeggen het creëren van de sociaal-economische randvoorwaarden die een stabiel gezinsleven mogelijk maken.

Dit alles overschouwend rijst de vraag in hoeverre burgerschap voor een ieder in dezelfde mate openstaat of dat 'sommige burgers gelijk zijn dan andere'. Het beeld dringt zich op van een onderkaste die op een stiefmoederlijke manier en met groot wantrouwen wordt behandeld, en die net als kinderen, via straffen en dreigen (her)opgevoed en gedisciplineerd moet worden.

4.4 TOT SLOT

Wanneer men kijkt hoe een en ander uitwerkt voor transnationale gezinnen blijkt dat familierechtelijke uitgangspunten en mensenrechtelijke principes die op het eerste gezicht hoog in het vaandel worden gehouden, bij nadere beschouwing al te vaak niet waar worden gemaakt. Eerder leidt de combinatie van beleid en regelgeving uit het nationaliteitsrecht, vreemdelingenrecht en sociaalzekerheidsrecht met het familierecht tot een gebrek aan bescherming en ondersteuning van het gezinsleven van transnationale gezinnen. Sterker nog, het effect lijkt vooral problematisering, destabilisatie en bemoeilijking van het gezinsleven te zijn in plaats van versteviging daarvan, waarbij de teneur is de betrokken groepen daarvoor zelf als schuldigen aan te wijzen.

Maar al te vaak worden nationale en transnationale gezinnen met twee maten gemeten, in het (internationaal) familierecht zelf dan wel in de samenloop van (internationaal) familierecht en andere rechtsgebieden. Dat men in confrontatie met transnationale gezinnen minder aanspraken wil honoreren wordt echter niet altijd even openlijk erkend. Soms geschiedt de uitholling van aanspraken langs meer 'stille wegen', zoals de hantering van een rigide legalisatie eis of via selectief gebruik van het internationaal privaatrecht. Ongetwijfeld zijn her en der 'tegenvoorbeelden' te geven, dat doet echter niet af aan de algemene teneur van de huidige ontwikkelingen. Een teneur die alleen maar verontrustender wordt wanneer deze wordt geplaatst in de ruimere politieke context.