

Artikel 8 EVRM

Kroniek gezinshereniging II

Deze kroniek betreft de periode 2011-2013. De indeling is als volgt:

- 1 Beëindiging voortgezet verblijf na strafrechtelijke veroordeling
 - 1.1 Eerste generatie migranten met een gezinsleven
 - 1.2 Eerste generatie migranten met lang privéleven
 - 1.3 Tweede generatie migranten
 - 1.4 Het legaliteitsvereiste
- 2 Toelating
 - 2.1 Toelating en wedertoelating
 - 2.2 Toelating zonder eerder rechtmatig verblijf of met ander verblijfsdoel
 - 2.3 Toelating na intrekking eerder rechtmatig verblijf
 - 2.4 Regularisatie van asielzoekers en illegalen
 - 2.5 Artikel 1F Vluchtelingenverdrag en gezinsleven
- 3 Artikel 13 in combinatie met artikel 8 EVRM
- 4 Respect voor gezinsleven en gelijke behandeling
 - 4.1 Toelatingsvoorwaarden
 - 4.2 Nationaliteitsrecht
- 5 Belang van het kind
- 6 Slotbeschouwing

Dit is het tweede deel van de kroniek gezinshereniging. In het vorige nummer is het eerste deel verschenen. Hierin is ingegaan op de beleids- en jurisprudentieontwikkelingen in de jaren 2011-2013 binnen de EU en Nederland. Dit tweede deel is volledig gericht op de jurisprudentie over artikel 8 EVRM van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna 'het Hof').

Voor de selectie van de zaken is ervoor gekozen om een zo volledig mogelijk beeld te geven van de jurisprudentie van het Hof. Dit betekent echter niet dat alle ontvankelijkheidsbeslissingen worden besproken. Minder relevante zaken worden slechts in de voetnoten genoemd.

1 Beëindiging voortgezet verblijf na strafrechtelijke veroordeling

In de periode 2011- 2013 is er een flink aantal zaken door het Hof behandeld waarin sprake was van uitzetting na een strafrechtelijke veroordeling. Enkele van die zaken hebben geleid

tot een uitspraak. Veel zaken zijn al gestrand in de ontvankelijkheidsfase en hebben alleen geleid tot een decision. Deze zaken geven echter wel een aardig kijkje in de keuken als het gaat om de vraag hoe het Hof zijn eigen criteria, zoals gegeven in de standaardzaak *Boultif*¹ uit 2001 en aangevuld in de zaken *Üner*² (2006) en *Maslov*³ (2008) toepast.

Bij de beschrijving van de zaken maken we een onderverdeling naar (1.1.) eerste generatie migranten die zich met name beroepen op hun recht op gezinsleven, (1.2.) eerste generatie migranten die door hun lange verblijf in de gastlidstaat een sterk privéleven hebben, en (1.3.) tweede generatie migranten.

1.1 Eerste generatie migranten met een gezinsleven
Van de vier zaken die we hier bespreken ging het in drie gevallen om een drugsgerelateerd misdrijf. In alle drie de drugsza-

- 1 EHRM 2 augustus 2001, nr. 54273/03, JV 2001/254, ve02000764 (*Boultif/Zwitserland*).
- 2 EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, JV 2006/417 m.nt. Boeles, ve06001382 (*Üner/Nederland*).
- 3 EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, JV 2008/267 m.nt. Boeles, ve08001098 (*Maslov/Oostenrijk*).

ken wordt uitgegaan van een gering recidivegevaar. Dit lijkt in de overweging van het Hof geen grote rol te spelen.

In de zaak Zuluaga werd mijnheer Zuluaga veroordeeld tot tien jaar gevangenisstraf voor smokkel van ongeveer een kilo cocaïne. Na ruim vier jaar werd hij vervroegd vrijgelaten.⁴ Het Colombiaanse gezin verbleef in het Verenigd Koninkrijk vanaf 1996 op grond van een asielvergunning verleend in 2001. Het Hof concludeert dat er geen objectieve belemmeringen zijn het gezinsleven in Columbia uit te oefenen. Ten aanzien van de kinderen overweegt het Hof dat, hoewel ze hun vormende jaren in het Verenigd Koninkrijk hebben doorgebracht, ze nog sociale en culturele banden met Columbia zullen hebben nu ze vloeiend Spaans spreken.⁵ De klacht wordt niet ontvankelijk bevonden.

In de zaak Udeh tegen Zwitserland concludeert het Hof dat er wel sprake is van een schending van artikel 8 EVRM als mijnheer Udeh uitgezet zou worden.⁶ De Nigeriaan Udeh was twee keer veroordeeld voor respectievelijk het bezit en de smokkel van een relatief kleine hoeveelheid cocaïne tot vier maanden voorwaardelijk en 42 maanden. Het Hof baseert zijn oordeel met name op het gezinsleven dat Udeh heeft met zijn twee dochters van zijn eerste Zwitserse vrouw, van wie hij inmiddels is gescheiden. Het Hof besteedt serieus aandacht aan de belangen van de kinderen uit zijn eerste huwelijk.⁷ De relatie met zijn tweede vrouw en het uit die relatie geboren kind wordt door het Hof niet meegenomen in de belangenafweging, omdat deze relatie is ontstaan na zijn veroordeling en betrokkenen hadden kunnen weten dat zijn verblijfssituatie precair was.

Dat argument speelt ook in de zaak van de Ivoriaanse Kissiwa Koffi.⁸ Het gaat in deze zaak om een Ivoriaanse vrouw die in 1999 trouwt met een Zwitserse man van Ivoriaanse afkomst. Hij heeft al twee kinderen in Zwitserland uit een eerder huwelijk waarmee hij regelmatig contact heeft. Zij heeft ook al een kind uit een eerdere relatie en laat dit achter in Ivoorkust als ze in 2001 naar Zwitserland komt. Meer dan twee jaar later wordt ze aangehouden op het vliegveld met 2,5 kg cocaïne in haar bagage. Ze krijgt een celstraf van 33 maanden. In 2004 wordt haar verblijfsvergunning niet verlengd. In 2005 komt ze vrij. In 2006 krijgen zij en haar man een zoon. In januari 2008 wordt een ongewenstverklaring voor onbepaalde duur opgelegd. Opvallend in deze zaak is de dissenting opinion van de rechters Raimondi en Pinto de Albuquerque. Zij zijn het niet eens met het relativeren van de bescherming op grond van de geboortedatum van het kind: voor of na een strafrechtelijke veroordeling en de beslissing een vergunning niet te verlen-

gen. Dit is volgens hen niet alleen discriminatie van het kind maar betekent ook dat het kind gestraft wordt voor de keus van zijn ouders. Het Hof concludeert met vijf stemmen tegen twee dat er geen schending is, ook al is de ongewenstverklaring voor onbepaalde tijd.

In de zaak Husseinii betrof het een veroordeling van twee jaar voor herhaaldelijke verkrachting en huiselijk geweld tegen zijn toenmalige echtgenote.⁹ Het Hof merkt op dat Husseinii zelf ook door de aard van zijn misdrijf sterk heeft bijgedragen aan de inbreuk op zijn gezinsleven. Nu de Zweedse rechter heel zorgvuldig de belangen van de kinderen, het recht van de vader op gezinsleven en het gevaar dat hij vormt voor zijn ex-vrouw en potentieel ook voor zijn kinderen tegen elkaar heeft afgewogen en de inbreuk op het recht heeft beperkt door een ongewenstverklaring van vijf jaar op te leggen met ingang van de datum van veroordeling is de klacht kennelijk ongegrond.

1.2 Eerste generatie migranten met lang privéleven

De tweede categorie betreft zaken waarin een eerste generatie migrant na zeer lang legaal verblijf wordt uitgezet.

In de zaak Savasci tegen Duitsland wordt een Turkse man met meer dan dertig jaar legaal verblijf in Duitsland – hij is op 21 jarige leeftijd in 1978 gekomen – uitgezet na een veroordeling wegens handel in drugs tot negen jaar.¹⁰ De kinderen van het echtpaar zijn op het moment van uitzetting volwassen. Zijn vrouw was in geringe mate ook betrokken bij de drugs-handel. Na zijn vrijlating heeft hij een familiebedrijf opgezet en nog zes jaar zonder verdere veroordelingen in Duitsland verbleven. Toch wordt de klacht niet ontvankelijk verklaard. Doorslaggevend is de ernst van het misdrijf en het feit dat de kinderen al volwassen zijn, zijn vrouw ook betrokken was bij het misdrijf, de familie door bezoeken aan Turkije contact kan houden, de betrokkene een groot deel van zijn leven in Turkije heeft gewoond en de Duitse rechter de belangen zorgvuldig heeft afgewogen.

In de zaak Shala tegen Duitsland¹¹ gaat het om een verblijfsduur van zeventien jaar voor de ongewenstverklaring. De Kosovaar Shala woont sinds 1991 in Duitsland en is getrouwd met een Servische vrouw. Zij hebben vier kinderen met Kosovaarse nationaliteit, waarvan de jongste ook de Duitse nationaliteit heeft. Shala is in 2007 veroordeeld wegens handel in drugs in vier gevallen tot ruim vijf jaar. In 2008 wordt hij ongewenst verklaard voor vier jaar. Op het moment van zijn uitzetting zijn alle kinderen nog minderjarig. Ook in deze zaak overweegt het Hof dat hoewel betrokkene zeer lange tijd in Duitsland heeft doorgebracht hij ook een zeer belangrijk deel van zijn leven in Kosovo heeft gewoond en daar ook nog banden mee heeft. Gezien de ernst van het misdrijf, het tijdelijke karakter van de ongewenstverklaring, de mogelijkheid van contact met de kinderen tijdens schoolvakanties en de zorgvuldige belangenafweging van de Duitse rechter wordt de klacht

4 EHRM 18 januari 2012, nr. 29443/08 (*Zuluaga e.a./Verenigd Koninkrijk*).

5 Zie ook de zaak EHRM 12 juni 2012, nr. 54131/10, JV 2012/306, ve12001331 (*Bajsultanov/Oostenrijk*) van een toegelaten asielzoeker met een vrouw en twee in Oostenrijk geboren kinderen. De man is enkele malen veroordeeld voor diefstal en geweldpleging tot straffen van enkele maanden tot een jaar. Er zijn volgens het Hof geen objectieve belemmeringen het gezinsleven in Rusland uit te oefenen en concludeert dat er geen schending is van artikel 8 EVRM.

6 EHRM 16 april 2013, nr. 12020/09, JV 2013/246 nt S.K. van Walsum, ve13000756 (*Udeh/Zwitserland*).

7 *ibid.*, r.o. 52 en 53.

8 EHRM 15 november 2012, nr. 38005/07, ve12002286 (*Kissiwa Koffi/Zwitserland*).

9 EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, JV 2012/2, ve11002946 (*Husseinii/Zweden*).

10 EHRM 19 maart 2013, nr. 45971/08 (*Savasci/Duitsland*).

11 EHRM 15 november 2012, JV 2013/2, ve12002287 (*Shala/Duitsland*).

wegens schending van artikel 8 EVRM kennelijk ongegrond verklaard.¹²

1.3 Tweede generatie migranten

Veel van de zaken die in deze kroniekperiode aan het Hof zijn voorgelegd betreffen zaken van tweede generatie migranten die geen of geen sterk gezinsleven hebben en hun claim hoofdzakelijk baseren op bescherming van hun privéleven.¹³

In vrijwel alle gevallen woonde de uit te zetten migrant vanaf zijn geboorte of vanaf zeer jonge leeftijd in de gastlidstaat. Uitzondering in dit opzicht zijn de zaken A.A. tegen het Verenigd Koninkrijk, Emre tegen Zwitserland¹⁴ en Shala tegen Zwitserland¹⁵, waarin betrokkenen respectievelijk dertien, zestien en zeventien jaar waren op het moment van binnenkomst in de gastlidstaat. In al deze gevallen was de migrant op het moment van de uitzettingsbeslissing ruim meerderjarig. In sommige gevallen is er alleen sprake van privéleven. In andere gevallen is er wel een vorm van gezinsleven in die zin dat de migrant een (ex)partner heeft en kinderen, maar is de band met de kinderen niet zodanig dat het gezinsleven bijzonder sterk is.¹⁶ De strafbare feiten waarvoor deze migranten zijn veroordeeld zijn, hoewel ernstig, niet in alle gevallen bijzonder

detentie samen met die van zijn moeder verlengd tot een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Daarna krijgt hij een uitzettingsbevel. Het Hof weegt mee dat het gaat om een misdrijf gepleegd tijdens zijn minderjarigheid wat betekent dat het belang van het kind vordert dat er tijdens en na zijn detentie wordt gewerkt aan zijn reïntegratie in de samenleving. Verder noemt het Hof de geringe kans is op recidive, zijn voorbeeldig gedrag tijdens detentie en na zijn vervroegde vrijlating en een groot tijdsverloop tussen de beslissing tot uitzetting en het moment dat daadwerkelijk stappen worden gezet om tot uitzetting over te gaan.

Een andere zaak die afwijkt van de hierboven genoemde tweede generatie zaken is de zaak Hamidovic tegen Italië.¹⁸ Hamidovic is een uit Bosnië-Herzegovina afkomstige Roma die vanaf haar tiende in Italië woont, daar is getrouwd en vijf kinderen heeft gekregen. Ze is enkele malen veroordeeld wegens diefstal en bedelarij. Op grond daarvan wordt in 1998 een aanvraag haar vergunning te verlengen geweigerd. In 2005 wordt geconstateerd dat ze illegaal in Italië verblijft, wordt ze in detentie gezet en wordt haar uitzetting gevorderd. De Italiaanse autoriteiten betogen dat de vrouw en haar gezin niet goed zijn

Het Hof weegt mee dat het gaat om een misdrijf gepleegd tijdens minderjarigheid.

zwaar. In alle gevallen is er sprake van drugsgelerateerde misdrijven of misdrijven waarbij geweld is gebruikt. In bijna alle gevallen is sprake van recidive.¹⁷

Alleen in de zaak van A.A. tegen het Verenigd Koninkrijk concludeerde het Hof dat de uitzetting een schending was van artikel 8 EVRM. Deze zaak wijkt in een aantal opzichten af van de andere zaken. A.A. komt op zijn dertiende naar het Verenigd Koninkrijk. Als hij vijftien is wordt hij veroordeeld voor groepsverkrachting van een dertienjarig meisje tot een straf van vier jaar jeugd detentie. Zijn verblijfsvergunning wordt tijdens zijn

geïntegreerd onder andere door aan te voeren dat de kinderen niet naar school gaan. Daar gaat het Hof niet in mee. Nu de kinderen nooit in Bosnië-Herzegovina zijn geweest en zij geen enkele band hebben met dat land, is de kans dat de hele familie zich daar vestigt niet reëel, aldus het Hof.¹⁹ Op het moment dat het Hof over de zaak beslist heeft de vrouw inmiddels weer een vergunning gekregen en verblijft ze in Italië. Het Hof concludeert met name tot een schending van artikel 8 EVRM omdat de Italiaanse autoriteiten de vrouw ondanks een artikel EVRM 39 interim maatregel van het Hof toch hebben uitgezet waardoor zij langere tijd van haar gezin was gescheiden.

1.4 Het legaliteitsvereiste

Met name in uitzettingszaken waarin gevaar voor de nationale veiligheid wordt ingeroepen als grond voor de uitzetting gaat het met het legaliteitsvereiste nog wel eens mis.²⁰ In de periode die deze kroniek in kaart brengt is weer een aantal klachten tegen Bulgarije gegrond verklaard.²¹ Ook zijn er enkele Roemeense zaken waarin uitzetting op grond van gevaar voor de nationale veiligheid aan de orde is.²²

Het Hof ziet een patroon in de Bulgaarse zaken. Het benadrukt in de zaken Madah en anderen tegen Bulgarije en Amie en

12 Zie ook de zaak van EHRM 10 april 2012, nr. 53586/08 (*Akbulut/Verenigd Koninkrijk*). Ook hier een legaal verblijf van langer dan twintig jaar, een Brits/Cypriotische echtgenote en vier Britse kinderen van wie een nog minderjarig. De man is veroordeeld voor handel in drugs tot veertien jaar. Ook in deze zaak een goede belangenafweging door de autoriteiten. De klacht is kennelijk ongegrond.

13 Het betreft de zaken: EHRM 13 oktober, nr. 41548/06, JV 2011/485, ve11002449 (Trabelsi/Duitsland); EHRM 20 december 2011, nr. 6222/10, JV 2012/36, ve11003198 (A.H. Khan/Verenigd Koninkrijk); EHRM 20 september 2011 (A.A./Verenigd Koninkrijk); EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, JV 2012/198, ve12000884, EHRC 2012/7 m.nt. Lodder (Balogun/Verenigd Koninkrijk), EHRM 3 juli 2012, nr. 52178/10, JV 2012/368, ve12001473 m.nt. De Hart (Samsonnikov tegen Estland); EHRM 16 oktober 2012, nr. 56090/08 (M.S./Verenigd Koninkrijk); EHRM 18 september 2012, nr. 16453/10 (Abdi Ibrahim/Verenigd Koninkrijk); EHRM 22 januari 2013, nr. 66837/11 (El Habachi/Duitsland); EHRM 11 oktober 2011, nr. 5056/10, JV 2012/1, ve11002448 (Emre/Zwitserland (nr. 2)); EHRM 15 november 2012, nr. 52873/09, JV 2013/2, ve12002287 (Shala/Zwitserland).

14 Deze zaak was met ongewenstverklaring voor onbepaalde tijd al eerder gegrond verklaard door het Hof. Deze uitspraak gaat over de vraag of Zwitserland met de ongewenstverklaring naar tien jaar de eerdere uitspraak van het Hof heeft opgevolgd en daarmee heeft voldaan aan zijn verplichtingen o.g.v. art. 46 EVRM.

15 Opvallend is dat in deze zaak het Hof een ongewenstverklaring van tien jaar niet disproportioneel vindt, terwijl het dat wel vindt in de zaak van Emre.

16 Zie *El Habachi tegen Duitsland* en A.H. Khan tegen het Verenigd Koninkrijk.

17 Zie bijvoorbeeld Balogun met vier veroordelingen en Samsonnikov met een aantal veroordelingen tot in totaal meer dan acht jaar en Trabelsi die ook na zijn uitzettingsbevel nog recidiveert.

18 EHRM 4 december 2012, nr. 31956/05 (*Hamidovic/Italië*), JV 2013/33, ve12002428.

19 *ibid.*, r.o. 44.

20 Zie voor de standaard-zaak in dit opzicht EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, JV 2002/239 nt E. Guild, ve02000554 (Al Nashif/Bulgarije).

21 EHRM 12 juli 2011, nr. 12919/04 (*Baltaji/Bulgarije*); EHRM 26 juli 2011, nr. 41416/08, JV 2011/404 nt B. van Dokkum, ve11001751 (*M. e.a./Bulgarije*); EHRM 10 mei 2012, nr. 45237/08 (*Madah e.a./Bulgarije*); EHRM 12 februari 2013, nr. 58149/08 (*Amie e.a./Bulgarije*), ve13000302.

22 EHRM 15 februari 2011, nr. 33118/05 (*Geleri/Roemenië*), EHRM 24 mei 2011, nr. 14521/03, ve11001206 (*Abou Amer/Roemenië*).

anderen tegen Bulgarije dat het Hof in diverse zaken tegen Bulgarije heeft geconstateerd dat de rechterlijke toets van de procedure inzake de uitzetting op grond van gevaar voor de nationale veiligheid onvoldoende is. In de zaak van Madah en anderen was de uitzettingsbeslissing gebaseerd op een intern document. Dit document bevatte niet de feitelijke gronden of het bewijs waarop de verklaring berustte en was niet voorgelegd aan het Hof. De Bulgaarse rechtbank had het beroep tegen de uitzetting afgewezen omdat de rechter zich gebonden voelde door het interne document en had niet het bewijs waarop de beschuldiging was gegrond onderzocht. Het Hof concludeert dat betrokkenen niet het minimale niveau van bescherming tegen willekeur hebben genoten dat ligt besloten in het legaliteitsvereiste.

Ook in de nadien gewezen zaak Amie en anderen tegen Bulgarije overweegt het Hof dat ondanks een aantal maatregelen die sinds zijn oordeel in de zaak Al-Nashif²³ zijn genomen, de Bulgaarse rechtbanken geen minimale waarborgen tegen willekeur bieden.²⁴

Ook in de twee zaken tegen Roemenië oordeelde het Hof dat sprake was van schending van artikel 8 EVRM omdat niet met concrete redenen was onderbouwd wat het gevaar voor de nationale veiligheid was en de rechter een puur formeel onderzoek had gedaan.²⁵

In tegenstelling tot deze zaken oordeelt het Hof in de zaak F.A.K. tegen Nederland²⁶ dat de Nederlandse procedure voldoende waarborgen tegen willekeur heeft geboden. Het ging in deze zaak om de uitzetting van een Libiër die na een afgewezen asiilverzoek in 1994 uiteindelijk op grond van het drie-jaren-beleid was toegelaten. Zijn vrouw en kinderen zijn tot Nederlander genaturaliseerd, maar in het kader van zijn naturalisatieaanvraag komt de AIVD met een rapport waarin onder meer staat dat hij als imam oproept tot Jihad en banden heeft met een Libische islamitische-strijdersorganisatie. Op

Het Hof oordeelt dat het AIVD-rapport uitgebreid is bediscussieerd in de Nederlandse procedure en dat betrokkene voldoende mogelijkheden heeft gehad tegenbewijs in te dienen.

grond van dit rapport wordt zijn naturalisatieaanvraag afgewezen, zijn vergunning ingetrokken en wordt hij ongewenst verklaard.

Het Hof oordeelt dat het rapport uitgebreid is bediscussieerd in de nationale procedure en betrokkene voldoende mogelijkheden heeft gehad tegenbewijs in te dienen. Het Hof heeft er begrip voor dat niet alle onderliggende feiten waarop het rapport is gebaseerd openbaar zijn voor betrokkene, gezien de potentiële implicaties voor de nationale veiligheid.²⁷

2 Toelating

Binnen de jurisprudentie van het Hof zijn verschillende vormen van toelating te onderscheiden. De eerste, en meest voor de hand liggende, is zuivere toelating, waarbij het gaat om een vreemdeling die zich in het buitenland bevindt en toelating zoekt in het kader van gezinsleven. Daaraan gerelateerd is de situatie van een vreemdeling die in het buitenland verblijft, maar al eerder legaal verblijf in de gaststaat heeft gehad, en wedertoelating zoekt.

Een tweede vorm van toelating betreft zaken waarbij geen recht op toelating is verleend, maar er toch sprake is geweest van inreis. In die gevallen plaatst de vreemdeling de gaststaat voor een voldongen feit, wat de rechtspositie van de vreemdeling beïnvloedt.

Een derde vorm van toelating betreft toelating na de intrekking met terugwerkende kracht van eerder legaal verblijf.

Een vierde vorm van toelating is de regularisatie van asielzoekers in het kader van gezinsleven.

Een algemene constatering bij toelatingszaken is dat het Hof niet consistent is bij de vaststelling van een inmenging in het gezinsleven. Het Hof stelt in verschillende zaken dat het niet nodig is om een onderscheid te maken tussen negatieve en positieve verplichtingen omdat er in beide gevallen een fair balance dient te worden gevonden tussen de belangen van het individu en van de staat.²⁸ Vaak stelt het Hof vervolgens niet vast of er een inmenging was in het gezinsleven en wordt er vervolgens ook geen gebruik gemaakt van de rechtvaardigingstoets van artikel 8 lid 2 EVRM.

2.1 Toelating en wedertoelating

In de periode 2011-2013 heeft het Hof geen arresten gewezen die betrekking hebben op de eerste toelating van een vreemdeling tot een verdragstaat. Wel heeft het Hof drie keer uitspraak gedaan over de wedertoelating van een vreemdeling die eer-

der legaal verblijf in de gaststaat had gehad, maar dit om verschillende redenen had beëindigd.

De zaak Osman tegen Denemarken gaat om de hertoelating van een Somalische tiener in Denemarken na een verblijf van drie jaar in het buitenland.²⁹ De klagster is afkomstig uit Somalië, is geboren in 1987 en woonde van 1994 tot 2002 in Denemarken. In 2002 stuurde haar vader haar naar Kenia, om voor haar grootmoeder te zorgen. In 2005, als klagster inmiddels zeventien jaar oud is, vraagt ze een verblijfsvergunning aan om terug te kunnen keren naar Denemarken. Het Deense

23 EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, JV 2002/239 nt E. Guild, ve02000554 (*Al-Nashif/Bulgarije*).

24 EHRM 12 februari 2013, nr. 58149/08, ve13000302 (*Amie e.a./Bulgarije*), r.o. 93.

25 EHRM 24 mei 2011, nr. 14521/03, ve11001206 (*Abou Amer/Roemenië*) r.o. 58-58.

26 EHRM 23 oktober 2012, nr. 30112/09 (*F.A.K./Nederland*).

27 *Ibid.*, r.o. 82.

28 EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, JV 2013/302, ve13001543 (*Berisha/Zwitserland*); EHRM 3 november 2011, nr. 28770/05, JV 2012/3, ve11002810; RV 2012, 23 m.nt. Helmink (*Arvelo Aponte/Nederland*); EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum, ve11001542 (*Nunez/Noorwegen*).

29 EHRM 14 juni 2011, nr. 38058/11, JV 2011/331 m.nt. Van Walsum, ve11001345; RV 2011, 19 m.nt. Arbaoui (*Osman/Denemarken*).

beleid is met ingang van 2004 echter gewijzigd zodat alleen kinderen jonger dan vijftien in aanmerking kunnen komen voor gezinshereniging. De aanvraag van klagster wordt om die reden afgewezen. Sinds 2007 verblijft klagster illegaal in Denemarken. Volgens het Hof is het niet noodzakelijk vast te stellen of er sprake is van een negatieve of positieve verplichting, omdat in beide gevallen een fair balance dient te worden gevonden tussen het belang van het individu en het belang van de staat. Desondanks stelt het Hof dat er bij de weigering van de verblijfsvergunning sprake is van een inmenging in het privé- en gezinsleven van klagster. In de rechtvaardigingstoets overweegt het Hof dat klagster gedurende de vormende jaren van haar ontwikkeling in Denemarken heeft gewoond en bovendien de Deense taal spreekt. Het Hof toont begrip voor de Deense beleidsdoelstelling die poogt te bewerkstelligen dat minderjarigen gedurende hun vormende jaren moe-

van een ernstige aard waren en dat de laatste veroordeling stamt uit 2002. Het economisch welzijn van Zwitserland is een overweging, maar volgens het Hof slechts één van de overwegingen. De klager heeft al heel lang in Zwitserland gewoond en heeft een sterk sociaal netwerk opgebouwd. Bovendien heeft de man een slechte gezondheid, wat zijn afhankelijkheid van zijn sociale netwerk versterkt. Ook zou zijn recht op een (invaliden)pensioen verlopen als hij terug moet naar Bosnië. Het Hof oordeelt unaniem dat het weigeren van de verblijfsvergunning niet in verhouding staat met het legitieme doel en daarom een schending van artikel 8 EVRM oplevert.

De zaak Vasquez tegen Zwitserland gaat, buiten het feit dat het ook een openbare-orde-uitzettingszaak betreft, ook om hertoelating. Vasquez is een Peruaan die terug wil naar Zwitserland na een ongewenstverklaring wegens een strafrechtelijke ver-

Het Hof lijkt impliciet belang te hechten aan het feit dat het EU vrij verkeer van personen een vestigingsalternatief kan bieden.

ten worden aangemoedigd om niet gedurende een lange tijd in het land van herkomst te verblijven, maar nuanceert dit met de opmerking dat het recht op privé- en gezinsleven wel moet worden gegarandeerd. Het Hof oordeelt unaniem dat de inmenging in het recht op privé- en gezinsleven niet gerechtvaardigd is en oordeelt daarmee dat Denemarken in het weigeren van een verblijfsvergunning aan klagster artikel 8 EVRM heeft geschonden. Volgens Van Walsum betekent dit arrest dat gebrekkige integratie en niet naleving van het nationale vreemdelingenrecht geen redenen zijn om het verblijf van een vreemdeling uit de tweede generatie met rechtmatig verblijf te beëindigen.³⁰ Het arrest is volgens ons ook relevant voor de toelating van vreemdelingen. Het Hof oordeelt dat er door het eerdere legale verblijf bij hertoelating wel degelijk sprake is van een inmenging in het gezinsleven.

De zaak Hasanbasic tegen Zwitserland gaat over wedertoelating na een relatief kort verblijf in het buitenland.³¹ De klager is een man uit Bosnië die in 1986 in Zwitserland is komen wonen bij zijn vrouw, die al sinds 1969 in Zwitserland woont. In 2004 laat de man de Zwitserse autoriteiten weten dat hij permanent gaat verhuizen naar Bosnië, waar hij een huis heeft gebouwd. Al vier maanden later komt hij op een toeristenvisum terug naar Zwitserland waar hij zich weer vestigt bij zijn echtgenote. Hij vraagt een verblijfsvergunning met als verblijfsdoel gezinshereniging aan. Deze aanvraag wordt afgewezen omdat zijn vrouw een uitkering heeft, de familie €133.000 aan schulden heeft en klager twee keer strafrechtelijk is veroordeeld tot geldboetes en een gevangenisstraf van zeventien dagen wegens verkeersovertredingen en huisvredebreuk. Het Hof neemt aan dat het niet verlenen van een verblijfsvergunning aan klager een inmenging is in zijn gezinsleven. Bij de proportionaliteitstoets overweegt het Hof dat klager weliswaar strafrechtelijk is veroordeeld, maar dat de overtredingen niet

oordeling voor zedendelicten.³² Klager woonde eerst in Genève (Zwitserland) en is na zijn permanente ongewenstverklaring zeven kilometer verderop in Gaillard (Frankrijk) gaan wonen. Op grond van het vrij verkeer van personen kan klager namelijk niet uit Frankrijk gezet worden. De vraag voor het Hof is of de permanente ongewenstverklaring gerechtvaardigd was. Het Hof overweegt dat de familiebanden tussen de klager en zijn tweede vrouw nooit zijn verbroken, omdat ze in Frankrijk zijn gaan wonen. Mede op basis hiervan oordeelt het Hof dat er geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Juridisch relevant is het belang dat het Hof impliciet lijkt te hechten aan het feit dat het EU vrij-personenverkeer een vestigingsalternatief kan bieden. Als het Hof deze lijn door zou trekken zou het wel eens zo kunnen zijn dat in veel zaken verblijf in een andere EU lidstaat als vestigingsalternatief moet worden onderzocht.

2.2 Toelating zonder eerder rechtmatig verblijf of met ander verblijfsdoel

In deze categorie worden zaken besproken waarin de klager al in de gaststaat verblijft, maar niet eerder rechtmatig verblijf had, dan wel een ander verblijfsdoel heeft gehad, en die vervolgens verblijf wenst op basis van gezinsleven.

In Alim tegen Rusland heeft klager in eerste instantie als profvoetballer en later als student met een geldig visum in Rusland gewoond.³³ Later wenst hij echter verblijf op grond van zijn gezinsleven met zijn Russische vrouw en twee kinderen. Hij volgt hierbij niet de juiste verblijfsprocedure. Na enkele periodes van detentie woont klager jaren illegaal in Rusland. Het Hof tilt heel zwaar aan het feit dat in de Russische procedure geen ruimte was voor de afweging van het belang van het gezinsleven van de klager. Het concludeert daarom unaniem dat er bij uitzetting sprake zou zijn van een schending van artikel 8 EVRM.

30 Zie de noot van Van Walsum in JV 2011/331, ve11001345.

31 EHRM 11 juni 2012, nr. 52166/09, JV 2013/270, ve13001201 (*Hasanbasic/Zwitserland*).

32 EHRM 26 november 2013, nr. 1785/08, JV 2014/30, ve13002351 (*Vasquez/Zwitserland*).

33 EHRM 27 september 2011, nr. 39417/07, JV 2012/166, ve12000561 (*Alim/Rusland*).

De vraag of er eerder rechtmatig verblijf is geweest kan niet zonder meer met ja of nee worden beantwoord in de zaak Arvelo Aponte tegen Nederland, omdat er in die zaak wel een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) was verleend, maar vervolgens geen verblijfsvergunning.³⁴ De klaagster in deze zaak is in 1964 geboren en is van Venezolaanse komaf. In 1996 werd ze in Duitsland veroordeeld tot twee en een half jaar gevangenisstraf voor een druggerelateerd misdrijf. In 2001 vraagt ze een mvv aan, waarmee ze naar Nederland reist om bij haar Nederlandse partner te gaan wonen. Tijdens de mvv-procedure vraagt men niet naar haar strafrechtelijke antecedenen. Dit gebeurt wel als ze in Nederland een verblijfsvergunning aanvraagt. Op basis van haar strafblad wordt haar aanvraag tot een verblijfsvergunning geweigerd en wordt ze bovendien ongewenst verklaard. In 2004 krijgt de vrouw een zoon, die zowel de Nederlandse als de Venezolaanse nationaliteit verwerft. Het Hof concludeert dat er sprake is van gezinsleven tussen klaagster en haar echtgenoot en kind. Het Hof legt nadruk op het ernstige karakter van drugsgelateerde misdrijven.

Een minderheid van het Hof oordeelt dat het klaagster gezien haar leeftijd niet aangerekend kan worden dat ze haar gezinsleven heeft opgebouwd terwijl haar verblijfsituatie onzeker was.

Bovendien wist klaagster bij het opbouwen van haar gezinsleven dat haar verblijfsstatus precair was. Klaagster heeft bijna haar hele leven in Venezuela gewoond. Haar man spreekt behoorlijk Spaans en haar zoon is betrekkelijk jong waardoor zij zich aan zouden kunnen passen aan het leven in Venezuela. Om deze redenen oordeelt het Hof met vier tegen drie stemmen dat Nederland artikel 8 EVRM niet heeft geschonden. De minderheid stelt in een dissenting opinion dat het klaagster gezien haar leeftijd, ze is geboren in 1964 en als ze nog langer had gewacht met kinderen krijgen was dit misschien niet meer mogelijk geweest, niet aangerekend kan worden dat ze haar gezinsleven heeft opgebouwd terwijl haar verblijfsituatie onzeker was.³⁵

Een vergelijkbare zaak is Liu tegen Rusland (no. 2).³⁶ In deze zaak had het Hof al eerder geoordeeld dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM op procedurele gronden.³⁷ De zaak betreft een Chinese man die Rusland op een arbeidsvisum is ingereisd en die vervolgens een aanvraag deed om bij zijn Russische vrouw en kinderen in Rusland te blijven wonen. Na de eerste uitspraak van Hof werd de klager door de Russische autoriteiten verzocht Rusland te verlaten om in thuisland China een inreisvisum aan te vragen. Klager ging hier niet mee akkoord, en kreeg vervolgens een uitzettingsbevel. Op basis van overtredingen van het Russische vreemdelingenrecht werd hem bovendien toegedicht een gevaar voor de

ationale veiligheid te zijn. Het Hof accepteert de uitleg dat de nationale veiligheid een legitiem doel kan zijn om de klager uit te zetten, maar oordeelt dat deze maatregel niet proportioneel is. Het Hof rekent het Rusland zwaar aan dat bij de vaststelling dat een individu een gevaar voor de nationale veiligheid vormt er de mogelijkheid tot een individuele belangenafweging ontbreekt. Met zes tegen één stemmen oordeelt het Hof dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. In een dissenting opinion stelt de Russische rechter dat gezinsleven ook in het land van herkomst kan worden uitgeoefend.³⁸

De zaak Berisha tegen Zwitserland gaat om de gezinshereniging van drie Kosovaarse kinderen wier ouders rechtmatig verblijf in Zwitserland hebben.³⁹ Nadat de man met succes een aanvraag tot gezinshereniging met zijn vrouw had gedaan, vraagt het echtpaar vervolgens de gezinshereniging met hun drie kinderen aan, die in Kosovo waren achtergebleven. Deze aanvraag wordt afgewezen. De kinderen reizen toch illegaal naar Zwitserland, waar ze nogmaals een verblijfsvergunning

aanvragen. Ook deze aanvraag wordt afgewezen en het beroep is niet succesvol. Hierop dient het gezin een klacht in bij het Hof. Het Hof neemt aan dat er sprake is van gezinsleven. Volgens het Hof kan het gezinsleven op dezelfde manier worden uitgeoefend als voordat de moeder naar Zwitserland kwam. De moeder kan terug naar Kosovo om voor haar kinderen te zorgen terwijl hun vader hen financieel ondersteunt vanuit Zwitserland, aldus het Hof. De kinderen zijn dan wel geïntegreerd in de Zwitserse samenleving, maar ze hebben nog sterke sociale en linguïstische banden met hun land van herkomst. De klagers kunnen hun kinderen regelmatig opzoeken of zelfs bij hen gaan wonen in Kosovo. Op die manier worden de belangen van de kinderen volgens het Hof voldoende gegarandeerd. Met vier tegen drie stemmen komt het Hof tot de slotsom dat geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. De drie rechters die het er niet mee eens zijn voeren in hun dissenting opinions aan dat het belang van de kinderen onvoldoende is meegewogen in het oordeel van de meerderheid. Zij wijzen op de specifieke individuele omstandigheden van de kinderen, die goed in de Zwitserse samenleving zijn geïntegreerd en daar al vele jaren hebben gewoond.⁴⁰

2.3 Toelating na intrekking eerder legaal verblijf

Drie zaken tegen Noorwegen gaan over het met terugwerkende kracht intrekken van rechtmatig verblijf.

Een opzienbarende uitspraak deed het Hof in de zaak Nunez tegen Noorwegen, waarin de belangen van de kinderen van

34 EHRM 3 november 2011, nr. 28770/05, JV 2012/3, ve11002810; RV 2012, 23 m.nt. Helmink (*Arvelo Aponte/Nederland*).

35 Zie de *dissenting opinion* van de rechters Ziemele, Tsotsoria en Pardalos.

36 EHRM 26 juli 2011, nr. 29157/09 (*Liu/Rusland no. 2*).

37 EHRM 6 december 2007, nr. 42086/05, JV 2008/32 nt P. Boeles, ve07002281 (*Liu/Rusland*).

38 Zie de *dissenting opinion* van rechter Kovler.

39 EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, JV 2013/302, ve13001543 (*Berisha/Zwitserland*).

40 Zie de *dissenting opinion* van rechters Jočienė en Karakaş en de partly dissenting opinion van rechter Sajó.

klaagster een voorname rol speelden.⁴¹ De zaak betreft een Dominicaans staatsburger die in 1996 naar Noorwegen kwam als toerist, maar na minder dan twee maanden alweer werd uitgezet na te zijn opgepakt wegens winkeldiefstal. Vier maanden na haar uitzetting kwam de klaagster terug naar Noorwegen onder een valse identiteit. Later hetzelfde jaar trouwt ze met een Noors staatsburger. In 2000 krijgt ze een permanente verblijfsvergunning. In 2001 scheidt klaagster van haar Noorse man en gaat ze samenwonen met een Dominicaan. Samen krijgen ze twee kinderen. In 2001 wordt de klaagster opgepakt nadat de politie informatie had gekregen over haar ware identiteit. De Noorse autoriteiten trekken hierna haar verblijfsvergunning met terugwerkende kracht in. In 2005 gaan de klaagster en haar Dominicaanse vriend uit elkaar. Het Hof overweegt dat de migratiefraude de klaagster zeer aan te rekenen valt. Echter in dit volgens het Hof uitzonderlijke geval weegt het belang van de kinderen, die lange tijd in onzekerheid verkeerden omdat de moeder dreigde te worden uitgezet en die hierdoor veel stress hebben ervaren, zwaarder dan het belang van de staat bij uitzetting. Het Hof oordeelt daarom met vijf tegen twee stemmen dat er bij uitzetting sprake zou zijn van een schending van artikel 8 EVRM.

Ruim een half jaar na de uitspraak in Nunez deed het Hof uitspraak in een vergelijkbare zaak: Antwi tegen Noorwegen.⁴² Klager in deze zaak is een Ghanese man die met een vals Portugees paspoort eerst naar Duitsland en later naar Noorwegen immigrereert, waar hij samen woont met zijn Noorse vrouw van Ghanese komaf en hun Noorse kind. Na de ontdekking van de valse identiteit van de klager vaardigen de Noorse autoriteiten een uitzettingsbevel uit. Het Hof komt in meerderheid tot de conclusie dat Noorwegen bij het uitzetten van de klager binnen de margin of appreciation blijft. Uitzonderlijke omstandigheden, zoals die in Nunez tegen Noorwegen wel werden gevonden in de lange duur van de procedure en de onzekerheid en stress die de kinderen daarbij hebben moeten ervaren, waren in deze zaak volgens het Hof niet aanwezig. Met vijf tegen twee stemmen oordeelt het Hof dat er bij uitzetting geen sprake zou zijn van een schending van artikel 8 EVRM. Twee rechters menen in een dissenting opinion dat je niet kunt refereren aan het belang van het kind en dan een beslissing kunt nemen die, zoals het Hof zelf ook opmerkt, voor het nadelige effecten zal hebben.⁴³ Een zaak waarin de feiten net iets anders liggen is die van Butt tegen Noorwegen.⁴⁴ De klagers zijn een broer en zus uit Pakistan die sinds 1989 in Noorwegen wonen. In 1999 is hun verblijfsvergunning ingetrokken omdat hun moeder zou hebben gelogen over een langdurig verblijf in Pakistan begin jaren negentig. Tijdens het onrechtmatige verblijf is één van de klagers veroordeeld tot 75 dagen gevangenisstraf. Het Hof overweegt dat klagers sterke privé- en familiebanden hebben in Noorwegen en slechts een zwakke band met Pakistan.

Bovendien is de moeder inmiddels overleden en hebben klagers al lange tijd geen contact meer met hun vader in Pakistan. Op basis hiervan oordeelt het Hof unaniem dat bij de uitzetting van de klagers sprake zou zijn van een schending van artikel 8 EVRM.

2.4 Regularisatie van asielzoekers en illegalen
 Artikel 8 EVRM wordt regelmatig ingeroepen door asielzoekers die daarmee hun verblijf in de gaststaat pogen te regulariseren. In de periode 2011-2013 is er een aantal uitspraken geweest binnen deze categorie. Omdat het wegens gebrek aan ruimte onmogelijk is om deze zaken allemaal te bespreken, zijn ze hieronder schematisch weergegeven.

Naam	Beschrijving	Schending?
N.M. en M.M. tegen Verenigd Koninkrijk ¹	Oezbeekse afgewezen asielzoekers. Gezinsleven tussen moeder met volwassen dochter. Geen afhankelijkheid.	Nee
Nacic tegen Zweden ²	Kosovaarse afgewezen asielzoekers. Oudste zoon verblijfsvergunning voor medische omstandigheden. Gerechtafdingde inmenging. Volwassen zoon kan in Kosovo ook behandeld worden.	Nee
Onyejekwe tegen Oostenrijk ³	Nigeriaanse afgewezen asielzoeker. Veroordeeld wegens drugs-smokkel. Getrouwd met Oostenrijkse. Gerechtafdingde inmenging.	Nee
Biraga e.a. tegen Zweden ⁴	Ethiopische familie. Moeder afgewezen asielzoeker, vader verblijfsvergunning. Inreisvisum in land van herkomst. Geen onderscheid positieve en negatieve verplichtingen. Verblijfsstatus bij aangaan gezinsleven precair.	Nee
Imamovic tegen Zweden ⁵	Bosnisch echtpaar, afgewezen asielzoekers. Volwassen dochters hebben wel rechtmatig verblijf. Wel familielevens, o.a. vanwege medische omstandigheden vader. Gerechtafdingde inmenging.	Nee
Muradi en Alieva tegen Zweden ⁶	Afgewezen asielzoekers uit Azerbeidjan en Afghanistan. In Zweden samen een kind gekregen. Moeten er zelf voor zorgen dat ze samen kunnen wonen in een ander land. Hof niet unaniem.	Nee
F.N. tegen Verenigd Koninkrijk ⁷	Oegandese afgewezen asielzoeker. Verkracht voor aankomst in VK. Gezinsleven met tante. Opleiding afgerond. Uitzet. Opnieuw verkracht. Familielevens opgebouwd terwijl verblijfsstatus precair was.	Nee

41 EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum, ve11001542 (*Nunez/Noorwegen*).

42 EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, JV 2012/170 m.nt. Van Walsum, ve12000443 (*Antwi/Noorwegen*).

43 Dissenting opinion van rechters Sicilianos en Lazarova Trajkovska, r.o. 8.

44 EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, JV 2013/85 nt M.C. Stronks, ve12002426 (*Butt/Noorwegen*).

Naam	Beschrijving	Schending?
Atayeva en Burman tegen Zweden ⁸	Turkse afgevoerde asielzoeker getrouwd met Zweed. Twijfels bij echtheid huwelijk. Geschrap nadat wettelijke uitzettingstermijn van vier jaar was verstreken.	Geschrap
1	EHRM 25 januari 2011 (dec.), nrs. 38851/09 & 39128/09 (<i>N.M. & M.M./Verenigd Koninkrijk</i>).	
2	EHRM 15 mei 2012, nr. 16567/10, JV 2012/272, ve12001202 (<i>Nacic/Zweden</i>).	
3	EHRM 9 oktober 2012 (dec.), nr. 20203/11 (<i>Onyejekwe/Oostenrijk</i>).	
4	EHRM 3 april 2012 (dec.), nr. 1722/10 (<i>Biraga e.a./Zweden</i>).	
5	EHRM 13 november 2012 (dec.), nr. 57633/10 (<i>Imamovic/Zweden</i>).	
6	EHRM 25 juni 2013 (dec.), nr. 11453/13 (<i>Muradi & Alieva/Zweden</i>).	
7	EHRM 17 september 2013 (dec.), nr. 3202/09 (<i>F.N./Verenigd Koninkrijk</i>).	
8	EHRM 31 oktober 2013 (dec.), nr. 11471/11 (<i>Atayeva & Burman/Zweden</i>).	

Tabel 1. Zaken van afgewezen asielzoekers die artikel 8 EVRM inriepen in 2011-2013.

Ook in een aantal zaken tegen Nederland probeerden afgewezen asielzoekers hun verblijf in Nederland te regulariseren met een beroep op het recht op eerbiediging van gezinsleven. Eén van deze zaken is Godonou tegen Nederland.⁴⁵ In deze zaak werd een aanvraag tot een verblijfsvergunning met als verblijfsdoel gezinshereniging van een afgewezen asielzoeker uit Togo die in Nederland wilde blijven wonen bij zijn Nederlandse echtgenote afgewezen omdat niet was voldaan aan het mvv-vereiste. Het Hof heeft de zaak van de rol geschrap nadat alsnog een verblijfsvergunning was afgegeven.

Net als bij afgewezen asielzoekers lijkt het Hof ook een restrictieve benadering te hebben bij klachten van personen die nooit eerder legaal verblijf hebben gehad. In Olgun tegen Nederland verklaarde het Hof de klacht van een man die sinds 1991 illegaal in Nederland woont kennelijk ongegrond, ondanks het feit dat zijn dochter en ex-vrouw een verblijfsvergunning in Nederland hebben.⁴⁶ Het Hof overweegt hierbij onder meer dat de klager nooit zicht heeft gehad op een verblijfsvergunning en dat hij meerdere malen het migratierecht heeft geschonden. Echter in de zaak Jeunesse t. Nederland verklaarde het Hof de klacht wel gedeeltelijk ontvankelijk⁴⁷. Mevrouw Jeunesse, de Surinaamse moeder van twee kinderen en de echtgenoot van een Nederlandse onderdaan van Surinaamse origine, is op 12 maart 1997 naar Nederland gekomen op een toeristenvisum en na verloop van haar visum illegaal in Nederland gebleven. De klacht betreft de weigering vrijstelling te verlenen van het MvV-vereiste en de uitzetting van mevrouw Jeunesse. Deze zaak is vergelijkbaar met de hierboven genoemde zaak Biraga e.a. t. Zweden waar het ook ging om weigering vrijstelling te verlenen van het vereiste de aanvraag in het buitenland in te dienen van een moeder met in Zweden geboren kinderen. Die klacht werd kennelijk ongegrond verklaard. De zaak Jeunesse is op dit moment nog aanhangig bij de Grote Kamer van het Hof. Naar verwachting doet het Hof in de loop van 2014 uitspraak.

45 EHRM 16 juni 2011 (dec.), nr. 29754/04 (*Godonou/Nederland*).

46 EHRM 10 mei 2012 (dec.), nr. 1859/03 (*Olgun/Nederland*).

47 Zie de ontvankelijkheidsbeslissing in EHRM 4 december 2012, nr. 12738/10 (*Jeunesse/ Nederland*).

2.5 Artikel 1F Vluchtelingenverdrag en gezinsleven

In drie ontvankelijkheidsbeslissingen gaat het Hof in op klachten van personen die in de nationale (Nederlandse) procedure artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag tegengeworpen hebben gekregen en die een beroep doen op hun recht op eerbiediging van gezinsleven. Hierin overwoog het Hof dat als Nederland niet de intentie heeft om de klagers uit te zetten, er geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM, ook niet als Nederland geen verblijfsstatus verleent.⁴⁸ Een andere zaak werd niet ontvankelijk verklaard nadat de klager, aan wie 1F was tegengeworpen, als derdelander gezinslid van een Unieburger gebruik had gemaakt van het vrij verkeer van personen en op die manier rechtmatig verblijf in België verkregen had.⁴⁹

3 Artikel 13 in combinatie met artikel 8 EVRM

Een van de weinige uitspraken van de Grote Kamer van het Hof gedurende de kroniek-periode in artikel 8 EVRM-zaken, betreft een klacht wegens schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM. Het betreft de zaak De Souza Ribeiro tegen Frankrijk,⁵⁰ die draait om een Braziliaanse jongeman die als jong kind even legaal in Frans-Guyana heeft gewoond, maar na een tijdelijke terugkeer naar Brazilië, vervolgens lange tijd illegaal in Frans-Guyana verblijft. De rest van het gezin woont legaal in Frans-Guyana. Als de jongen achttien is, wordt hij in januari 2007 bij een controle aangehouden en binnen 36 uur wegens illegaal verblijf uitgezet. In augustus 2007 keert hij illegaal terug en in juni 2009 krijgt hij een verblijfsvergunning. Het Hof gaat uitgebreid in op de vraag of hij nog wel als een slachtoffer beschouwd kan worden in de zin van artikel 34 van het EVRM nu aan hem alsnog een verblijfsvergunning is verleend. Het Hof benadrukt het belang van artikel 13 EVRM voor het subsidiaire karakter van het verdrag en herhaalt dat het de lidstaten de verplichting oplegt hun rechtssysteem zodanig te organiseren dat zij aan de voorwaarden kunnen voldoen.⁵¹ Het Hof concludeert dat Da Souza Ribeiro, gezien de zeer korte tijdspanne waarin hij werd uitgezet, geen effectief rechtsmiddel had. De klacht is gegrond: 'The Court finds that the applicant did not have access in practice to effective remedies in respect of his complaint under Article 8 of the Convention when he was about to be deported. That fact was not remedied by the eventual issue of a residence permit.'⁵² Reneman bevoogt in haar noot bij deze uitspraak dat het de vraag is of de Nederlandse procedure in alle gevallen voldoende waarborgen biedt dat niet wordt uitgezet voordat het verzoek om een voorlopige voorziening is behandeld. Dit gevaar bestaat met name in asielzaken waarin geen schorsende werking wordt verleend en een verzoek voor een voorlopige voorziening de uitzetting niet opschort, zoals bij herhaalde asielverzoeken of bij misbruik van recht.⁵³

48 EHRM 10 juli 2012 (dec.), nr. 24147/11 (*L./Nederland*); EHRM 25 september 2012 (dec.), nr. 33403/11 (*K./Nederland*).

49 EHRM 4 juni 2013 (dec.), nr. 68564/12 (*Naibzay/Netherlands*).

50 EHRM 13 december 2012, nr. 22689/07, JV 2013/86 m.nt. Reneman, ve 12002510 (*De Souza Ribeiro/Frankrijk*).

51 Zie voor andere zaken waarin het Hof toch een klacht onder artikel 13 behandelt terwijl wel een vergunning was verleend de noot van Reneman bij deze uitspraak: JV 2013/86, ve 12002510, para. 3.

52 *ibid.*, r.o. 98-99.

53 JV 2013/86, ve 12002510, para. 6.

In de zaak G.R. tegen Nederland oordeelde het Hof dat de extreem formalistische opstelling van Nederland in een beroep op vrijstelling van leges voor de aanvraag van een vergunning voor gezinshereniging een schending was van artikel 13 in combinatie met artikel 8 EVRM.⁵⁴

Ook ten aanzien van uitzetting van migranten in de Bulgaarse nationale veiligheidszaken stond schending van artikel 13 in combinatie met 8 EVRM ter discussie. Net als ten aanzien van de schending van artikel 8 EVRM concludeert het Hof ook ten aanzien van artikel 13 EVRM dat het Bulgaarse rechtssysteem in de behandeling van dergelijke zaken te kort schiet. In de zaak Madah en anderen stelt het Hof dat de rechtbanken geen wezenlijk onderzoek hebben verricht naar de beschuldiging van gevaar voor de nationale veiligheid en ten tweede dat er geen belangenafweging was uitgevoerd.⁵⁵

4 Respect voor gezinsleven en gelijke behandeling

Artikel 14 EVRM beschermt de gelijke behandeling binnen de door het EVRM beschermde rechten. Dit betekent dat er bij de toepassing van het EVRM geen onderscheid gemaakt mag worden op welke grond dan ook, tenzij er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor het onderscheid. Dit is het geval indien het onderscheid een legitiem doel dient en het proportioneel is aan dit doel. Het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM is daarmee niet absoluut; in iedere zaak waarin ongelijke behandeling wordt geconstateerd moet worden be-

Het Hof rekent het Rusland zwaar aan dat mensen die HIV-positief zijn per definitie niet in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning.

paald of er een rechtvaardiging voor dit onderscheid bestaat. Voor de intensiteit van toetsing is de grond van ongelijke behandeling van belang: bij bepaalde discriminatiegronden zoals nationaliteit, ras en seksuele geaardheid zijn 'very weighty reasons' vereist voor de rechtvaardiging van onderscheid. Het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM is, anders dan het discriminatieverbod in het nog niet door alle contractpartijen maar wel door Nederland geratificeerde 12^e Protocol, alleen van toepassing op ongelijke behandeling binnen de door het EVRM beschermde rechten. Dit betekent dat artikel 14 EVRM enkel kan worden ingeroepen in combinatie met een andere verdragsbepaling. Hiervoor is het noodzakelijk dat er een 'arguable claim' op een door het EVRM beschermd recht bestaat. De eerste keer dat het EHRM oordeelde dat artikel 14 EVRM van toepassing is bij gezinshereniging was in het Abdulaziz arrest in 1985, waarin het Hof oordeelde dat het Verenigd Koninkrijk bij het stellen van eisen aan gezinshereniging geen onderscheid mocht maken naar geslacht.⁵⁶

In de periode 2011-2013 heeft het Hof uitspraak gedaan in vijf zaken die betrekking hebben op ongelijke behandeling en gezinsleven. Twee van de zaken gaan om voorwaarden bij toelating. Eén zaak gaat over aanspraak op nationaliteit. Twee van de zaken gaan over aanspraken op sociale voorzieningen.⁵⁷ Aangezien deze zaken minder van doen hebben met het migratierecht is ervoor gekozen om deze uitspraken niet uitgebreid te bespreken.

4.1 Toelatingsvoorwaarden

In Kiyutin tegen Rusland oordeelde het EHRM dat Rusland geen onderscheid mag maken op grond van de gezondheid van de aanvrager.⁵⁸ De zaak heeft betrekking op een Oezbeek die een verblijfsvergunning in Rusland aanvraagt om bij zijn Russische vrouw te komen wonen. Bij het vereiste medische onderzoek blijkt dat hij HIV-positief is. Om die reden wordt zijn aanvraag afgewezen. Volgens het Hof kan dit onderscheid het legitieme doel van publieke gezondheid weliswaar dienen, maar is het onderscheid niet gerechtvaardigd. Om te bepalen of de verzwaarde 'very weighty reasons'-toets van toepassing is, stelt het Hof vast dat er geen Europese consensus bestaat dat individuen die HIV-positief zijn moeten worden uitgesloten van verblijfsvergunningen. Een onderscheid naar gezondheid zou mogelijk wel te rechtvaardigen zijn als het gaat om een ernstig besmettelijke ziekte, zoals cholera. Dit is echter niet het geval bij een HIV-besmetting. Het Hof rekent het Rusland zwaar aan dat mensen die HIV-positief zijn per definitie niet in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning, waardoor een individuele belangenafweging niet mogelijk is.

De zaak Hode en Abdi tegen Verenigd Koninkrijk gaat over de nareis van gezinsleden van vluchtelingen.⁵⁹ Meneer Hodi vlucht in 2004 uit Somalië naar het Verenigd Koninkrijk, waar hem in 2006 asiel wordt verleend. In juni 2006 ontmoet hij mevrouw Abdi uit Djibouti, die in het Verenigd Koninkrijk op bezoek is. In 2007 reist hij naar Djibouti, waar hij met mevrouw Abdi trouwt. Het getrouwde stel wil zich in het Verenigd Koninkrijk vestigen. Ze komen echter niet in aanmerking voor de gezinsherenigingsprocedure voor nareizende gezinsleden van vluchtelingen omdat de gezinsband nog niet bestond op het moment dat meneer Hode naar het Verenigd Koninkrijk kwam als asielzoeker. Daarom doet mevrouw Abdi een reguliere aanvraag tot gezinshereniging. Deze aanvraag wordt afgewezen, omdat meneer Hode niet in het bezit is van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Hier komt hij pas na vijf jaar rechtmatig verblijf voor in aanmerking. De voorwaarde van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd geldt niet voor referenten die in het bezit zijn van een verblijfsvergun-

54 EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 JV 2012/74, ve 12000120, RV 2012/58, m.nt. Lodder (G.R./Nederland).

55 EHRM 10 mei 2012, nr. 45237/08 (Madah e.a./Bulgarije), r.o. 38.

56 EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 & 9478/81, ve03000765 (Abdulaziz, Cabales & Balkandali/Verenigd Koninkrijk).

57 EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05 (Ponomaryovi/Bulgarije); EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, JV 2012/33 m.nt. Slingenbergh, ve11002325 (Bah/Verenigd Koninkrijk).

58 EHRM 10 maart 2011, nr. 2700/10, JV 2011/455 m.nt. Rodrigues, ve11002100 (Kiyutin/Rusland).

59 EHRM 6 november 2012, nr. 22341/09, JV 2013/1 m.nt. Van Walsum, ve12002227; EHRC 2013/55 m.nt. Boeles (Hode & Abdi/Verenigd Koninkrijk).

ning met als verblijfsdoel arbeid of studie. In de procedure voor het Hof klagen Hode en Abdi dat ze ongelijk worden behandeld ten opzichte van vluchtelingen wiens gezinsband al bestond voor het moment van inreis en ten opzichte van houders van een verblijfsvergunning met als verblijfsdoel arbeid of studie. Het Hof neemt aan dat zowel het onderscheid op basis van het ontstaan van de familierelatie als het onderscheid op basis van het type verblijfsvergunning gezien moeten worden als ongelijke behandeling in de zin van artikel 14 EVRM. De door het Verenigd Koninkrijk aangevoerde rechtvaardigingsgrond, namelijk dat het niet verder wil gaan dan haar internationale verplichtingen met als doel om asielzoekers niet te bemoedigen om naar het Verenigd Koninkrijk te komen, wordt door het Hof niet gevolgd. Beiden vormen van onderscheid zijn volgens het Hof dan ook niet gerechtvaardigd, wat leidt tot een schending van artikel 14 in combinatie met artikel 8 EVRM.

Wat op deze plek niet onvermeld mag blijven is de ontvankelijkheidsbeslissing in *Jeunesse tegen Nederland*, waarvan de feiten hierboven al zijn besproken.⁶⁰ In deze zaak was tevens een beroep gedaan op artikel 14 EVRM, omdat naar het oordeel van de klagers sprake was van ongelijke behandeling naar migratiestatus ten opzichte van andere echtgenoot-referenten die gebruik hebben gemaakt van het vrij verkeer van personen en ten opzichte van andere kind-referenten die vallen binnen de reikwijdte van het Hof van Justitie EU-arrest *Ruiz Zambrano*. Volgens het EHRM hebben de klagers hun klacht onder artikel 14 EVRM onvoldoende gemotiveerd. Om die reden wordt de klacht als kennelijk ongegrond niet-ontvankelijk verklaard. Hiermee maakt het Hof zich er zich wel heel gemakkelijk van af. Er is volgens ons geen enkele twijfel dat sprake is van ongelijke behandeling naar migratiestatus. Het Hof omzeilt hiermee de vraag of de omgekeerde discriminatie van EU-burgers woonachtig in de lidstaat van nationaliteit gerechtvaardigd is in de context van artikel 14 EVRM. Het Hof wil zijn vingers kennelijk niet branden aan dit controversiële thema.

4.2 Nationaliteitsrecht

Het EVRM kent geen bepalingen die betrekking hebben op het recht een bepaalde nationaliteit te verwerven. Dat betekent echter niet dat het EVRM geen invloed kan hebben op nationaliteitsverlening.

Dit werd duidelijk in de zaak *Genovese tegen Malta*.⁶¹ De zaak gaat over een buitenechtelijk kind van een Britse vrouw en een Maltese man. Volgens het op dat moment geldende Maltese nationaliteitsrecht kon de Maltese nationaliteit alleen worden overgedragen aan een buitenechtelijk kind indien de moeder de Maltese nationaliteit had. De klager stelde dat hij door deze wetgeving slachtoffer werd van ongelijke behandeling op grond van geslacht en op grond van de burgerlijke staat van zijn ouders. Volgens het Hof is nationaliteit onderdeel van de sociale identiteit, en was daarom de klacht ontvankelijk onder artikel 14 in combinatie met artikel 8 EVRM, ook indien zou worden aangenomen dat er geen sprake was van gezinsleven omdat de vader zijn zoon niet had erkend. Volgens het Hof zijn

er bij deze grond van onderscheid 'very weighty reasons' nodig om het onderscheid te rechtvaardigen. Deze redenen zijn volgens het Hof niet aanwezig. Om die reden oordeelt het Hof dat er sprake is van een schending van artikel 14 in combinatie met artikel 8 EVRM.

5 Belang van het kind

Een van de in het oog springende ontwikkelingen in de periode 2011-2013 was de groeiende aandacht voor het belang van het kind als een element in de belangenafweging van artikel 8 EVRM.

In 2010 concludeerde Spijkerboer dat er sprake was van structurele instabiliteit binnen de artikel 8 EVRM-jurisprudentie voor wat betreft zaken die betrekking hebben op kinderen.⁶² Hij concludeerde dat vergelijkbare elementen in de belangenafweging op een verschillende manier kunnen worden gewogen. Hierbij stelde hij dat afwegingen zoals (1) de vrijwilligheid van scheiding tussen ouders en kind, (2) of het lang duurde voor gezinshereniging werd aangevraagd; en (3) de vraag of er gezinsleven mogelijk is in het land van herkomst, door het Hof worden meegewogen, maar niet op consistente wijze. Volgens Spijkerboer geeft het Hof de feiten in een zaak weer op de manier die past bij de gewenste uitkomst. Dit is een interessante hypothese, die ook van toepassing zou kunnen zijn op de manier waarop het Hof het belang van het kind als element meeweegt in de belangenafweging.

De meest in het oog springende zaak waarin het belang van het kind een voorname rol speelt is *Nunez tegen Noorwegen*.⁶³ Toch is het, als je deze zaak vergelijkt met de zaak *Antwi tegen Noorwegen*, zeer de vraag of het belang van het kind werkelijk een doorslaggevende rol speelt.⁶⁴ In 'Nunez' waren het volgens het Hof uitzonderlijke omstandigheden omtrent de kinderen die de doorslag gaven. De vader en moeder waren in de zaak *Nunez* niet langer bij elkaar. De kinderen van mevrouw *Nunez* waren onder ouderlijk gezag van de vader geplaatst. De reden dat dit gebeurde was de zeer onzekere verblijfsstatus van mevrouw *Nunez*. Begrijpelijkerwijs is het ingrijpend voor kinderen als ze door de onzekere verblijfsstatus van hun moeder bij hun vader moeten gaan wonen.

In *Antwi tegen Noorwegen* waren de ouders nog wel bij elkaar. Omdat de ouders nog samen waren kon van de moeder verwacht worden dat ze met het kind de vader volgde.

Waar in de zaak *Antwi* dus een vestigingsalternatief bestond in het land van herkomst, ontbrak dat in de zaak *Nunez*. Dit roept de vraag op of het Hof werkelijk het belang van het kind een centrale positie geeft in de belangenafweging, of dat in feite de oude vertrouwde toets wordt toegepast of het gezinsleven kan worden verplaatst naar het land van herkomst.

In *Antwi* signaleert de minderheid in een dissenting opinion dat enkel lippendienst wordt bewezen aan het beginsel van het belang van het kind als men vaststelt dat uitzetting niet goed

60 EHRM 4 december 2012 (dec.), nr. 12738/10, ve13000099 (*Jeunesse/Nederland*).

61 EHRM 11 oktober 2011, nr. 53124/09, EHRC 2012/12 m.nt. De Groot, JV 2012/107, ve12000225 (*Genovese/Malta*).

62 tegen Spijkerboer, *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion*, 11 *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 279.

63 EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum, ve11001542 (*Nunez/Noorwegen*).

64 EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, JV 2012/170 m.nt. Van Walsum, ve12000443 (*Antwi/Noorwegen*).

is voor de ontwikkeling van het kind om vervolgens te overwegen dat het belang van het kind voldoende is meegewogen.

In geen van de zaken sinds de zaak Antwi tegen Noorwegen heeft het belang van het kind een doorslaggevende rol gespeeld.⁶⁵ Dit is in de tabel hieronder weergegeven. In de zaak Arvelo Aponte tegen Nederland werd overwogen dat de zoon van klagster zich gezien zijn leeftijd zou kunnen aanpassen aan het leven in Venezuela.⁶⁶ Er vond verder geen vaststelling plaats in hoeverre dit in zijn belang was. In de zaak Biraga en anderen tegen Zweden wordt op geen enkele wijze ingegaan op het belang van het kind.⁶⁷ In 'Berisha tegen Zwitserland' stelt het Hof dat de ouders hun kinderen zouden kunnen volgen om op die manier hun belangen te waarborgen.⁶⁸ Hiermee verwacht het Hof de taak van de rechter om in zijn beslissing het belang van het kind voorop te stellen met de plicht van de ouders om voor hun kinderen te zorgen. In 'Muradi en Alieva tegen Zweden' wordt gesteld dat de ouders er zelf maar voor moeten zorgen dat ze in het buitenland samen kunnen wonen. De mogelijke scheiding van ouder en kind en het belang van het kind worden in het geheel niet meegewogen.⁶⁹

Een ander vreemd aspect aan de manier waarop het Hof omgaat met het belang van het kind is te vinden in de arresten Udeh tegen Zwitserland en Kissiwa Koffi tegen Zwitserland.⁷⁰

In de zaak Udeh stelt het Hof dat de relaties met de vriendin en het uit die relatie geboren kind niet meegenomen worden in de belangenafweging, omdat deze relaties zijn ontstaan op een moment dat de verblijfssituatie van mijnheer Udeh al onzeker was.

In de zaak Kissiwa Koffi tegen Zwitserland gaat het Hof niet in tegen het standpunt van het Zwitserse Federale Hof dat minder belang mag worden gehecht aan het gezinsleven tussen de moeder, de vader en het kind omdat het kind is geboren op het moment dat de situatie van de moeder al precair was. Interessant in deze zaak is het afwijkend oordeel van de rechters Raimondi en Pinto de Albuquerque. Zij menen dat dit neerkomt op discriminatie op grond van geboortedatum van het kind en dat dit ook betekent dat het kind gestraft wordt voor de keus van zijn ouders. Vanuit een kinderrechtelijk perspectief is het inderdaad merkwaardig als de belangen van een kind minder gewicht krijgen als het is geboren op een moment

Datum	Naam	Expliciete verwijzing	Schending?	Opmerkingen
14/06/2011	Osman tegen Denemarken	Nee	Ja	Individuele belang van het kind moet door de staat ook in afweging betrokken worden, maar speelt geen rol in belangenafweging Hof.
28/06/2011	Nunez tegen Noorwegen	Ja	Ja	Belang van het kind speelt een sleutelrol; de migratiefraude van de moeder weegt daar niet tegen op. Uitzonderlijke omstandigheden kinderen, door lange duur en stress, lijken doorslag te geven.
03/11/2011	Arvelo Aponte tegen Nederland	Nee	Nee	Geen overweging over belang kind. Kind is zo jong dat hij zich aan kan passen, maar is op moment van uitspraak al acht jaar en heeft zijn sociaal netwerk in Nederland.
14/02/2012	Antwi tegen Noorwegen	Ja	Nee	Vergelijkbaar met Nunez, maar volgens Hof geen uitzonderlijke omstandigheden
03/04/2012	Biraga tegen Zweden	Nee	Nee	Geen enkele aandacht voor belang kind.
14/10/2012	Akbulut tegen Verenigd Koninkrijk	Ja	Nee	Belang van het kind slechts één van de overwegingen.
15/11/2012	Kissiwa Koffi tegen Zwitserland	Ja	Nee	Ouders wisten van precaire verblijfssituatie. Kind is nog erg jong en kan zich aanpassen aan leven in Ivoorkust.
30/07/2013	Berisha tegen Zwitserland	Ja	Nee	De ouders kunnen mee naar Kosovo om zo het belang van het kind te garanderen. Redenering heeft niets te maken met hoe de staat het belang van het kind afweegt.
25/06/2013	Muradi en Alieva tegen Zweden	Nee	Nee	De ouders moeten zelf zorgen dat ze in een ander land samen kunnen wonen. De mogelijkheid van scheiding ouder en kind wordt niet in de overwegingen betrokken.
31/10/2013	Atayeva en Burman tegen Zweden	Nee	Geschrapt	Het feit dat de kinderen langer in onzekerheid blijven wordt niet in de overwegingen betrokken.

Tabel 2: de rol van het belang van het kind in de jurisprudentie van het Hof.

65 EHRM 3 november 2011, nr. 28770/05, JV 2012/3, ve11002810; RV 2012, 23 m.nt. Helmink (*Arvelo Aponte/Nederland*).

66 EHRM 3 april 2012 (dec.), nr. 1722/10 (*Biraga e.a./Zweden*).

67 EHRM 3 april 2012 (dec.), nr. 1722/10 (*Biraga e.a./Zweden*).

68 EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, JV 2013/302, ve13001543 (*Berisha/Zwitserland*).

69 EHRM 25 juni 2013 (dec.), nr. 11453/13 (*Muradi & Alieva/Zweden*).

70 EHRM 16 april 2013, nr. 12020/09, JV 2013/246 nt S.K. van Walsum, ve13000756 (*Udeh/Zwitserland*) en EHRM 15 november 2012, nr. 10611/09, JV 2012/2, ve11002946 (*Kissiwa Koffi/Zwitserland*).

dat de verblijfssituatie van een van de ouders precair is. Dit laat in ieder geval zien dat het belang van het kind niet het voornaamste criterium is in de belangenafweging, terwijl artikel 3 lid 1 VN Kinderrechtenverdrag dit wel voorschrijft.⁷¹

In de zaak Akbulut tegen Verenigd Koninkrijk stelt het Hof heel specifiek dat het belang van het kind slechts een van de factoren is waarmee rekening gehouden moet worden.⁷² Het Hof overweegt dat het voor het minderjarige kind sterk de voorkeur zou hebben als de klager niet uitgezet zou worden naar Turkije. Gezien de andere factoren overweegt het Hof echter dat het niet een te zwaar gewicht kan toekennen (undue weight) aan het belang van het kind.⁷³ Dit is gezien de verplichting die voortvloeit uit het VN Kinderrechtenverdrag (a primary consideration) een bijzonder vreemde overweging.

De inconsistentie van het Hof in de toepassing van het belang

Ten eerste getuigt de onderzochte jurisprudentie niet bepaald van coherentie in de gevolgde procedure. Het Hof lijkt moeite te hebben met de bijzondere positie die het Hof het immigratierecht zelf gegeven heeft.

Het Hof is consistent in de opvatting dat staten een ruime beoordelingsvrijheid hebben in immigratiezaken en dat mensen onder artikel 8 EVRM niet de vrijheid hebben om zelf te kiezen in welke staat het gezinsleven wordt uitgeoefend.

Bij de toets die volgt of er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM is het Hof niet consistent. In verschillende zaken die wij voor deze kroniek onderzochten nam het Hof aan dat er sprake was van een inmenging in het gezinsleven, zonder dat er sprake was van eerder legaal verblijf. In andere gevallen stelde het Hof dat het niet nodig was een inmenging vast te stellen, omdat er toch een fair balance gevonden moest worden.

Het Hof zou de nationale rechters een duidelijker kader moeten bieden.

van het kind komt goed naar voren wanneer de zaken Kissiwa Koffi tegen Zwitserland en Udeh tegen Zwitserland met elkaar worden vergeleken. In de zaak van Kissiwa Koffi stelde het Hof dat de vader als hij zijn partner naar Ivoorkust zou volgen nog contact zijn twee kinderen uit het eerste huwelijk kan houden en aan zijn zorgplicht kan voldoen, ook gezien de voor onbepaalde tijd opgelegde ongewenstverklaring aan zijn partner.⁷⁴ In de zaak Udeh tegen Zwitserland benadrukte het Hof echter dat gezinsleven in de vorm van korte bezoeken niet voldoet aan de eisen die aan een gezinsleven mogen worden gesteld.⁷⁵ Deze lijn wordt gezien een uitspraak van 23 december 2013 ook door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State gevolgd.⁷⁶

De conclusie is dat de rol van het belang van het kind in de belangenafweging van artikel 8 EVRM niet moet worden overschat. De hoop van sommigen dat na Nunez het belang van het kind een grotere rol zou gaan spelen in de jurisprudentie van het Hof lijkt gezien de afgelopen jaren geen bewaarheid te worden.⁷⁷ Het lijkt er meer op dat het Hof haar argumentatie aanpast aan de gewenste uitkomst, zoals ook al door Spijkerboer werd geconcludeerd. Als het belang van het kind daarin niet past, wordt er niet eens naar verwezen. Dit leidt tot grote inconsistentie in de jurisprudentie.

6 Slotbeschouwing

Uit deze kroniek blijkt dat het Hof in de periode 2011 tot en met 2013 erg actief is geweest op het gebied van artikel 8 EVRM in immigratiezaken. Een aantal trends vallen hierbij op.

Zelfs als het Hof tot deze conclusie kwam, was het vervolgens niet consistent: soms volgt de rechtvaardigingstoets van artikel 8 lid 2 EVRM, maar soms blijft deze toets achterwege. Hier is geen lijn in te ontdekken.

Ten tweede is het Hof op sommige punten inconsistent wat betreft de substantie van de belangenafweging. Dit geldt bijvoorbeeld voor het wel of niet meewegen van het belang van het kind, en voor de manier waarop dit gebeurt. Ook stelt het Hof op het ene moment dat de relatie tussen ouder en kind op afstand onderhouden kan worden, terwijl in andere uitspraken dit niet als voldoende wordt geïdentificeerd.

Op andere vlakken is het Hof juist wel behoorlijk consistent. Zo krijgen staten bij veelvuldig gepleegde misdrijven die drugsgerelateerd zijn of waar sprake is van geweld, een grote mate van discretie van het Hof.

Het gebrek aan procedurele coherentie en materiële inconsistentie is een probleem gezien de subsidiaire rol die het Hof speelt in de bescherming van de rechten van het EVRM. Als het Hof zelf niet eenduidig is in de wijze van toetsen aan artikel 8 EVRM in migratiezaken, hoe kan dan van de nationale rechters verwacht worden dat zij verdragsconforme oordelen treffen? Het Hof zou de nationale rechters een duidelijker kader moeten bieden. Een goed begin zou zijn om, in plaats van een onderscheid te maken tussen inmenging en positieve verplichtingen, bij elke klacht systematisch gebruik te maken van de rechtvaardigingstoets van artikel 8 lid 2 EVRM. Dat zou in ieder geval een duidelijk beoordelingskader scheppen. De mate van beoordelingsvrijheid die het Hof aan de staten laat, staat hier los van. Duidelijkheid over de artikel 8 EVRM-toets en de vraag welke belangen hierbij moeten worden meegewogen, zou nationale rechters de handvatten bieden waar het nu aan ontbreekt.

71 Alle staten die partij zijn bij het EVRM hebben eveneens het VN Kinderrechtenverdrag geratificeerd.

72 EHRM 10 april 2012, nr. 53586/08 (Akbulut/Verenigd Koninkrijk).

73 *ibid.*, r.o. 23.

74 EHRM 15 november 2012, nr. 10611/09, JV 2012/2, ve11002946 (Kissiwa Koffi/Zwitserland), r.o. 69.

75 EHRM 16 april 2013, nr. 12020/09, JV 2013/246 nt S.K. van Walsum, ve13000756 (Udeh/Zwitserland), r.o. 53.

76 ABRvS 23 december 2013, JV 2014/71, ve14000041.

77 C. Smyth, The Best Interests of the Immigrant Child in the European Courts: Problems and Prospects, in G. Lodder & P. Rodrigues (eds.), *Het kind in het immigratierecht*, Den Haag: SDU uitgevers, 2012.