

202102604

Ministerie van Justitie en Veiligheid

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Dep. **VERTROUWELIJK**

Aan de minister-president  
minister van Algemene zaken  
drs. M. Rutte  
Binnenhof 19  
2513AA Den Haag

**Directie**  
**Bestuursondersteuning**  
Afdeling Advies

Turfmarkt 147  
2511 DP Den Haag  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag  
[www.rijksoverheid.nl/jenv](http://www.rijksoverheid.nl/jenv)

**Ons kenmerk**  
3663411

*Bij beantwoording de datum  
en ons kenmerk vermelden.  
Wilt u slechts één zaak in uw  
brief behandelen.*

Datum 29 november 2021  
Onderwerp Beantwoording verzoek informateur

Geachte heer Rutte,

In reactie op uw verzoek u te berichten naar aanleiding van de brief van informateur Koolmees (kenmerk 202102601), zend ik u hierbij de verzochte informatie als bijlage.

Namens de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,

Dick Schoof  
*Secretaris-Generaal*

Dep. **VERTROUWELIJK**

**Betreft vraag vanuit de formatie: verzoek om informatie over de stand van zaken met betrekking tot de verhouding tussen het vreemdelingenrecht en de rechten van het kind, waaronder het recente WODC- rapport terzake, het arrest Chavez en de betekenis van artikel 8 EVRM, en over mogelijke oplossingen bij vraagstukken.**

## **1. Inleiding**

In het vreemdelingenrecht wordt bij beslissingen op aanvragen ten behoeve van een kind of waarbij het kind is betrokken, op basis van artikelen 3 IVRK en 8 EVRM, altijd rekening gehouden met het belang van het kind. Dit belang is een van de te wegen belangen en wordt afgewogen tegen de belangen van de Staat. Het belang van het kind is dus niet het primaire belang dat doorslaggevend zou moeten zijn, alleen een eerste belang dat moet worden gewogen. Dit in tegenstelling tot de plaats die het belang van het kind inneemt in het jeugdrecht waar dit belang altijd leidend en doorslaggevend is.

Nederland kent geen nationaal beleidskader voor verblijf van een ouder bij een (Nederlands) kind. Het kader voor gezinshereniging is beperkt tot de toelating van de partner en de minderjarige kinderen bij de referent. Noch het belang zelf, noch het kind in de positie van verblijfgever, is verankerd in beleid. Dat maakt dat de toelating, die op grond van Europees recht wordt geboden, op onderdelen wordt bepaald door jurisprudentie. Het duidelijkste voorbeeld hiervan is de toelating van derde landers die ouder zijn van een Nederlands kind op grond van het arrest van het HvJ EU in de zaak Chavez c.s.

Tot slot kan worden opgemerkt dat er ten aanzien van bepaalde categorieën kinderen (onder wie pleegkinderen, gewortelde kinderen, jong volwassenen en broers en zussen van kinderen) heldere beleidskaders ontbreken. Nu is met name artikel 8 EVRM een toetsingskader voor dergelijke aanvragen. Ook hier, net als bij het arrest Chavez-Vilchez, wordt bij gebrek aan beleid het beleid bepaald door jurisprudentie.

Het ontbreken van heldere beleidskaders voor bepaalde categorieën kinderen maakt de uitvoering complex en de handhaving lastig. Nu moet in iedere individuele zaak een belangenafweging plaatsvinden. De jurisprudentie van het EHRM bepaalt in grote mate alleen wat de grenzen zijn waarbinnen de Staat het gezinsleven moet respecteren, maar bepaalt minder concreet hoe de Staat dit moet invullen. Het arrest Chavez biedt een declaratoir recht op verblijf dat steeds door jurisprudentie van het HvJEU kan worden gewijzigd. Met een nationaal beleidskader voor toelating van een ouder bij een kind kan de Staat zelf de regie voeren en beter handhaven door het toevoegen van nationale

voorwaarden als het paspoortvereiste, de mvv plicht en een periodieke verlenging van de vergunning met een afzonderlijk toetsingsmoment.

## **2. Mogelijke oplossingsrichtingen**

Mogelijke oplossingsrichtingen kunnen zijn:

- Om volledig recht te doen aan het belang van het kind zou de keuze gemaakt kunnen worden om dit belang altijd te laten prevaleren. Dit is de lijn waarvoor in het wetsvoorstel van de leden Ellemeet, Piri, Jasper van Dijk en Teunissen tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind,<sup>1</sup> is gekozen. Een en ander staat echter op zeer gespannen voet met het restrictieve karakter van het vreemdelingenbeleid. Uitgeprocedeerde vreemdelingen komen in dat geval vrijwel altijd in aanmerking voor verblijf wanneer uitsluitend het belang van hun kind dat vordert. Omdat een kind meestal beter af is in de Nederlandse samenleving, zou dit dan de doorslag gaan geven ook voor het verblijf van de ouders aangezien scheiding van ouders en kind niet gewenst is en in veel gevallen een schending van artikel 8 EVRM zou betekenen.
- Een andere richting is accepteren dat het belang van het kind een van de te wegen belangen is, maar er wel meer gewicht aan toe te kennen en dit gewicht nader te concretiseren in beleid. Dit kan door het uitgangspunt te huldigen dat er alleen aan dit belang voorbij gegaan mag worden als de andere belangen zwaarwegender zijn en dit goed gemotiveerd wordt. Dit is ook meer in lijn met de tekst van de Memorie van Toelichting bij de goedkeuring van behandeling van het IVRK. Ook de Commissie van Zwol drong in haar advies aan op een betere motivering en dus op meer inzicht in de afweging. Bij deze richting bepaalt het beleid dan de bandbreedte.
- Als een nationaal verblijfskader voor derdelander ouders bij hun Nederlandse kinderen tot stand zou worden gebracht, zou Nederland andere lidstaten volgen. Een nationaal kader biedt procedurele kaders die onontbeerlijk zijn voor de uitvoering en die ten goede komen aan de handhaving. Het arrest Chavez-Vilchez biedt een declaratoir recht op verblijf, waarin er weinig beslismomenten zijn voor de Staat. Het Nederlandse reguliere beleid kent alleen als beleidskader dat de ouder verblijfgever is van het kind. Voor de invulling van een nationaal kader voor ouder bij Nederlands kind

---

<sup>1</sup> "Stand van zaken van dit wetsvoorstel is dat de Tweede Kamer de Raad van State heeft gevraagd om een zogenaamde voorlichting over het – n.a.v. het eerdere advies van de Raad van State – aangepaste initiatiefwetsvoorstel. De vice president van de RvS heeft de Tweede Kamer bij brief van 2 december 2020 vervolgens gevraagd een aantal vragen te formuleren."

dient nog een politieke keuze te worden gemaakt tussen een tijdelijk of een niet-tijdelijk karakter van het verblijfsrecht van de ouder. Het eerste sluit goed aan bij het arrest, omdat dat alleen ziet op minderjarige kinderen en de verblijfsduur daaraan gerelateerd wordt. Het tweede bij het uitgangspunt van opbouw van rechten gerelateerd aan verblijfsduur. Alleen in het laatste geval kan de ouder een sterker verblijfsrecht opbouwen, inburgeren en uiteindelijk naturaliseren. Het lijkt in het belang van het Nederlandse kind als zijn verzorgende ouder in staat wordt gesteld volledig te participeren in de Nederlandse samenleving.

- Binnen het bestaande beleid voor gezinshereniging zou overwogen kunnen worden om minder strikt vast te houden aan het mvv-vereiste bij een aanvraag tot gezinshereniging van een in Nederland gevormd gezin met kinderen. Nu moet bijvoorbeeld een uitgeprocedeerde ouder die een relatie is aangegaan en van wie de partner voldoet aan de voorwaarden voor gezinshereniging, terug naar het land van herkomst om de mvv aan te vragen en de beslissing aldaar af te wachten, terwijl er al kinderen zijn in het gezin.

De nadere toelichting op 1 en 2 treft u aan in de bijlage.

## **BIJLAGE**

### **3 .Bepalende juridische omgeving**

Vanuit het internationale recht zijn voor het vreemdelingenrecht met name 2 artikelen richtinggevend waar het belangen van kinderen betreft:

- Artikel 3, eerste lid, van het IVRK

Artikel 3, eerste lid, van het IVRK luidt: "Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind een eerste overweging."

- Artikel 8 EVRM

In artikel 8 EVRM is het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven neergelegd. Volgens dit artikel heeft een ieder het recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie (eerste lid) en is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het

belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (tweede lid)

- Verhouding artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM

Uit artikel 3 IVRK volgt dat het belang van het kind een eerste overweging dient te zijn bij alle maatregelen die kinderen betreffen. Dit artikel sluit echter niet uit dat andere zwaarwegende belangen kunnen prevaleren. Er dient een afweging plaats te vinden tussen het belang van het kind en andere belangen, waarbij deugdelijk gemotiveerd moet worden waarom een belang doorslaggevend is. In de toetsing aan artikel 8 EVRM wordt uitvoering gegeven aan het uitgangspunt van artikel 3 IVRK. Het belang van het kind is dus, zowel in asielprocedures als in reguliere toelatingsprocedures, onderdeel van de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM.

- Artikel 8 EVRM is geen zelfstandig beleidskader. 8 EVRM en de naar aanleiding van dit artikel gevormde jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bepaalt wanneer de Staat het recht op gezinsleven op zijn grondgebied moet eerbiedigen en in welke omstandigheden het toelaatbaar is dat de Staat dit niet doet. In iedere beschikking waarbij een kind is betrokken wordt getoetst aan artikel 8 EVRM. Artikel 8 van het EVRM is een zogeheten resttoets. Als niet aan de voorwaarden van het betreffende verblijfskader wordt voldaan dan wordt doorgetoetst of er sprake is van beschermingswaardig gezinsleven en vindt er een belangenafweging plaats tussen i.c. het belang van het kind bij verblijf in Nederland en de algemene belangen van de Staat van een restrictief vreemdelingenbeleid. Het individuele belang van het kind staat dan dus tegenover het algemene belang van de Staat.

- De IND weegt de belangen en maakt deze weging inzichtelijk in het besluit. Een restrictief en complex toelatingsbeleid, zonder duidelijke kaders, leidt veelal tot strenge beslissingen die soms schuren met de menselijke maat. Hoewel de IND dat zoveel mogelijk probeert te voorkomen kan van een uitvoeringsorganisatie niet worden verwacht dat zij voortdurend via kunstgrepen de scherpe kantjes er afhaalt. Indien er beroep wordt ingesteld toetst de rechter of de IND zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind in de betreffende zaak en beoordeelt de rechter of de IND in de motivering van de beschikking op kenbare wijze het belang van het kind heeft betrokken.

#### **4. Verschil in rechtsgebieden mbt kinderen**

- In het vreemdelingenrecht wordt bij beslissingen op aanvragen ten behoeve van een kind of waarbij het kind is betrokken, dus altijd rekening gehouden met het belang van het kind, maar dit belang is slechts een van de te wegen belangen en wordt afgewogen tegen de belangen van de Staat. Het belang van het kind is dus niet het primaire belang dat doorslaggevend zou moeten zijn, maar alleen het eerste belang dat moet worden gewogen. Wel bepaalt het IVRK dat het belang van het kind zwaarwegend is en dat er alleen aan voorbij gegaan mag worden mits goed gemotiveerd is waarom andere belangen prevaleren. De afweging van deze (tegenstrijdige) belangen leidt tot een complexe uitvoering.

In het jeugdrecht staat het belang van het kind altijd voorop en is altijd doorslaggevend.

#### WODC rapport

- Zoals uit het recente WODC rapport naar voren kwam schuren de rechtsgebieden vreemdelingenrecht en jeugdrecht met regelmaat. Dat merkt men ook in de samenwerking tussen de betrokken (overheids)organisaties. Het vreemdelingenrecht is bestuursrechtelijk van aard, de rechter toetst dus marginaal en de beslissing wordt genomen op de dan beschikbare informatie. De bewijslast voor het aanleveren van informatie ligt in principe geheel bij de vreemdeling.

Het jeugdrecht is civielrechtelijk van aard, de rechter toetst volledig en kan rekening houden met toekomstige gebeurtenissen in de ontwikkeling van het kind. De bewijslast kan worden verdeeld tussen overheid en i.c. de vreemdeling. Ook kan de rechter gelasten dat de overheid informatie aandraagt.

Vanwege de demissionaire status van het Kabinet is op dit rapport een beleidsarme reactie geformuleerd.

### **6. Het arrest Chavez-Vilchez**

- Het arrest Chavez-Vilchez dient primair het belang van het kind als burger van de Unie. Het arrest biedt verblijfsrecht op grond van het Europees recht (artikel 20 WVEU) en dus niet op grond van de Vreemdelingenwet, aan de derdelander ouder van een Nederlands kind dat het kind verzorgt en opvoedt. Wanneer de afhankelijkheidsverhouding tussen ouder en kind dusdanig is dat het kind de Unie zou moeten verlaten als aan de ouder verblijf wordt geweigerd, wordt verblijf aan de ouder toegestaan om te garanderen dat het kind gebruik kan maken van zijn rechten als Unieburger. Het Hof heeft geoordeeld dat er een toets moet plaats vinden op die afhankelijkheid in het hogere belang van het kind. Niet het belang van het kind is echter doorslaggevend, maar de vraag of het kind de Unie zou moeten verlaten. Omdat het

kind recht heeft op verzorging en opvoeding, wordt de ouder verblijf toegestaan zolang als het kind minderjarig is en er sprake is van een afhankelijkheidsverhouding.

Anders dan de meeste (17) EU-lidstaten<sup>2</sup> kent Nederland geen nationaal beleidskader voor verblijf van derdelander ouders van een kind met de nationaliteit van de lidstaat. Nederland verleent verblijf aan de derdelander ouder van een Nederlands kind uitsluitend en rechtstreeks op basis van uitspraken van het Hof over de toepassing van artikel 20 WVEU, waarvan het arrest Chavez-Vilchez het meest ingrijpend is. Het ontbreken van een nationaal verblijfskader heeft onwenselijke gevolgen. Veel van de toepassing van het van artikel 20 WVEU afgeleide verblijfsrecht wordt overgelaten aan de rechtspraak en dit leidt tot rechtsonzekerheid en onduidelijkheid. Niet in de laatste plaats voor de IND, die daardoor met een complexe beslispraktijk wordt geconfronteerd. Daarbij komt dat het ontbreken van een nationaal beleidskader, zonder concrete toelatingsvoorwaarden en intrekingsgronden, de handhaving ook lastig maakt.

Andere lidstaten die wel nationaal beleid kennen werden veel minder door het arrest geraakt. Nederland heeft de randen van de eerdere jurisprudentie telkens opgezocht, wat heeft geleid tot het arrest Chavez-Vilchez. Bij het ontwikkelen van een nationaal kader zal rekening moeten worden gehouden met de kaders die het arrest stelt.

## 7. Dilemma's

### ●Verantwoordelijkheid ouders

Kinderen zijn niet verantwoordelijk voor de daden van hun ouders. De ouders zijn in de eerste plaats verantwoordelijk om de belangen van hun kinderen te behartigen. De ouders zijn ook verantwoordelijk voor het aanvragen van verblijfsrecht voor zichzelf en hun kinderen, volgens de gebruikelijke procedures.

### ●Misbruik ouders ten koste van de kinderen

De IND volgt in deze stellingname de jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder de uitspraak *Butt t. Noorwegen*.<sup>[1]</sup> Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid in beginsel aanleiding kunnen zijn het gedrag van de ouders van een vreemdeling aan de desbetreffende vreemdeling toe te rekenen (*identifying children with the conduct of their parents*) indien het risico bestaat dat ouders gebruik maken van de positie van hun kinderen om een verblijfsvergunning te krijgen. Indien een risico bestaat dat de desbetreffende vreemdeling dan wel diens

<sup>2</sup> België, Bulgarije, Kroatië, Cyprus, Tsjechië, Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland, Hongarije, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Slowakije en Zweden.

<sup>[1]</sup> EHRM 4 december 2012, 47017/09, Butt t. Noorwegen

ouders konden - althans hadden moeten - weten dat het verblijfsrecht van het kind onzeker was, zal een afwijzing slechts in exceptionele gevallen een schending van artikel 8 van het EVRM opleveren vanwege de feitelijke worteling van het kind.

• Gewortelde kinderen

Op het moment dat een minderjarig kind meerderjarig wordt staat het dit kind vrij zelf een verblijfsaanvraag in te dienen op grond van een van de bestaande beleidskaders. Indien vervolgens wordt voldaan aan de voorwaarden voor verblijf in Nederland dan kan de aanvraag worden gehonoreerd. Als een meerderjarige vreemdeling in aanmerking wil komen voor een verblijfsvergunning omdat hij als minderjarige naar Nederland is gekomen en hij zonder verblijfsstatus hier te lande is opgegroeid, bestaat de mogelijkheid om op het verblijfsformulier aan te geven dat hij zijn privéleven in Nederland wil uitoefenen op grond van artikel 8 EVRM. Daarbij wordt de vreemdeling verzocht bewijsmiddelen bij te voegen waaruit zijn band met Nederland blijkt en waaruit blijkt wat de intensiteit van deze band is. De duur van het verblijf in Nederland ten opzichte van het verblijf in het land van herkomst is een van de elementen die in de belangenafweging bij artikel 8 EVRM wordt betrokken.

Door langdurig verblijf in Nederland zal ontegenzeggelijk in meer of mindere mate worteling plaatsvinden. Langdurig verblijf of worteling is op zichzelf echter onvoldoende grond om verblijf te verlenen. Immers het belang van het kind is niet het enige belang, maar een voornaam belang naast andere (maatschappelijke) belangen.

Dit zijn echter wel de zaken die op veel maatschappelijke aandacht kunnen rekenen.