

Commissie Meijers

Permanente commissie van deskundigen
In het internationaal vreemdelingen-,
Vluchtelingen- en strafrecht

Secretariaat

postbus 201, 3500 AE Utrecht/Nederland
telefoon 31 (30) 297 42 14/43 28
telefax 31 (30) 296 00 50
e-mail cie.meijers@forum.nl
www.commissie-meijers.nl

Kenmerk CM1016
Betreft Notitie immigratie en asiel in het Regeerakkoord VVD-CDA 30 september 2010
Datum Utrecht, 10 november 2010

Geachte heer/mevrouw,

Bijgaand ontvangt u een kopie van de notitie die wij afgelopen maandag hebben verstuurd aan de minister voor Immigratie en Asiel. In deze notitie worden een aantal aspecten uit het hoofdstuk Immigratie in het gedoog- en regeerakkoord vanuit internationaal- en Europeesrechtelijk perspectief geanalyseerd.

In de notitie komen de volgende onderwerpen aan de orde:

1. het Unierechtelijke grondrecht van eerbiediging van gezinsleven:
Een recht op gezinshereniging is uitgangspunt van het Unierecht en beperkende voorwaarden zijn slechts terughoudend toegestaan. Volgens het Hof van Justitie is bevordering van gezinshereniging het doel van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Bovendien zal wijziging van het secundaire EU-recht niet of nauwelijks mogelijk zijn zolang de in het EU-Werkingsverdrag neergelegde fundamentele rechten van Unieburgers (artt. 20, 21) werknemers (artt. 45 - 48) en zelfstandigen om zich te vestigen (artt. 49 - 55) dan wel diensten te verlenen of ontvangen (artt. 56 - 62) blijven bestaan.
2. de grenzen van het recht op gezinsleven van artikel 8 EVRM en cumulatieve effecten:
Wijziging van het secundaire Unierecht zal tevens de toets aan art. 8 EVRM moeten kunnen doorstaan, waarbij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens veel gewicht toekent aan de belangen van het kind. Ook het Hof van Justitie hecht duidelijk betekenis aan de in art. 24 Handvest van de grondrechten van de EU gegarandeerde rechten van het kind. Verder is het cumulatieve effect van deze maatregelen relevant voor hun verenigbaarheid met art. 8 EVRM.
3. het huwelijk en het Europees migratierecht:
Voor de invoering van de bepalingen inzake huwelijk en gezinsmigratie (niet erkennen polygame en neef-nicht huwelijken en het niet langer toestaan van gezinshereniging van Unieburgers met ongehuwde en ongeregistreerde partners) vergen aanpassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn en de Verblijfsrichtlijn. Dergelijke wijzigingen mogen echter geen afbreuk doen aan de verplichting op grond van art. 8 EVRM om met de belangen van gezinsleden, in het bijzonder met die van kinderen, naar behoren rekening te houden. Bovendien vergt een verbod van het neef-nicht huwelijk een nadere studie naar de verenigbaarheid van een dergelijk verbod met het internationaal erkende recht om te trouwen en met het verbod op (indirecte) discriminatie.
4. het Associatieverdrag EEG-Turkije:
Ten aanzien van Turkse staatsburgers, zowel diegenen die hier al rechtmatig verblijf hebben als nieuwkomers, moet worden uitgegaan van de regel dat nieuwe beperkingen verboden zijn tenzij er geen twijfel aan kan bestaan dat deze beperking geen invloed heeft op de vrijheid van het verkeer van Turkse werknemers en zelfstandigen en op de positie van degenen die voornemens zijn van die vrijheid gebruik te maken of dezelfde beperkingen ook voor EU burgers gelden.

5. het verbod van discriminatie op grond van ras in het vreemdelingen- en nationaliteitsrecht:
De voorstellen voor eventuele uitzetting van Antilliaanse Nederlanders, het onderscheid tussen geboren en genaturaliseerde Nederlanders, het voorwaardelijk Nederlanderschap en de verzwarende van de inburgeringstest in het buitenland worden getoetst aan relevante bepalingen in mensenrechtenverdragen en andere verdragen. De conclusie is dat uitvoering van deze voorstellen naar alle waarschijnlijkheid strijdig zal zijn met het o.a. in het VN Verdrag tegen rassendiscriminatie gespecificeerde verbod op discriminatie op grond van ras.
6. het voorwaardelijk Nederlanderschap:
Met betrekking tot de voorstellen voor een voorwaardelijk Nederlanderschap wordt op basis van het Europees verdrag inzake nationaliteit, de bepalingen en jurisprudentie inzake het Unieburgerschap en algemene beginselen van Unierecht geconcludeerd dat het internationaal en Europees recht zich hiertegen verzet.
7. rechtsbijstand en effectieve rechtsbescherming in asielzaken:
De voorstellen inzake de versoering van de rechtsbijstand en rechtsbescherming in vreemdelingenzaken zijn in strijd met de Procedure – en Kwalificatierichtlijn en het recht op effectieve rechtsbescherming, zoals gegarandeerd in art. 47 Handvest en binnen het Europees asielrecht.
8. de strafbaarstelling van illegaliteit:
Een analyse van diverse strafrechtelijke en praktische bezwaren tegen de strafbaarstelling van illegaliteit leidt tot een negatieve conclusie met betrekking tot de wenselijkheid, de opportuniteit en de gevolgen van een dergelijke strafbaarstelling.

Wij hebben in bijgaande notitie niet alle voorstellen uit het betreffende hoofdstuk van het regeer- en gedoogakkoord onder de loep genomen. Zo bleef bijvoorbeeld de rechtmatigheid van de beëindiging van de bekostiging van inburgeringscursussen en invoering van beëindiging van rechtmatig verblijf als nieuwe sanctie op niet tijdig slagen voor het inburgeringsexamen buiten beschouwing.

In de hoop u voldoende te hebben geïnformeerd,

Vriendelijk groetend,



Prof. mr. C.A. Groenendijk
Voorzitter

Kenmerk CM1016
Betreft Notitie immigratie en asiel in het Regeerakkoord VVD-CDA 30 september 2010
Datum Utrecht, 8 november 2010

1. Het Unierechtelijke grondrecht van eerbiediging van gezinsleven

1.1. Het grondrecht van eerbiediging van gezinsleven in de EU

Het Unierecht is doordrongen van het fundamentele recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven. Onderscheid moet worden gemaakt tussen primair en secundair Unierecht:

- Primair Unierecht is het EU-Verdrag (VEU), het EU-Werkingsverdrag (VWEU) en het Handvest van de grondrechten van de EU (Handvest). Dit recht kan alleen worden gewijzigd door een Intergouvernementele Conferentie van de lidstaten.
- Secundair Unierecht wordt – voor zover hier van belang - gevormd door richtlijnen en verordeningen. Dit recht wordt gevormd en gewijzigd, in verreweg de meeste gevallen, volgens de gewone wetgevingsprocedure neergelegd in art. 294 VWEU. Het recht van initiatief voor het vormen of wijzigen van richtlijnen en verordeningen ligt bij de Europese Commissie. Vervolgens beslissen de Raad en het Parlement gezamenlijk (codecisieprocedure) over de voorstellen van de Commissie. Uitgangspunt van deze procedure is besluitvorming met gewone meerderheid van stemmen.

Primair recht

De EU-Verdragen erkennen de vrijheden en beginselen van het Handvest en de grondrechten zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en zoals die voortvloeien uit de constitutionele tradities van de lidstaten. Zij gaan uit van een billijke behandeling van derdelanders die legaal op het grondgebied van de Unie verblijven en schrijven voor dat regels voor gezinshereniging worden gemaakt (art. 79 VWEU). Het Handvest erkent het recht op eerbiediging van privé en familie- en gezinsleven, het recht te huwen en een gezin te stichten, de rechten van het kind en het recht op juridische, economische en sociale bescherming van het gezin. Op het punt van de rechten van het kind is het Handvest veel specifiekere dan het EVRM.

Secundair recht

Ook de secundaire wetgeving is van het fundamentele recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven doordrongen. In de bijlage bij deze notitie zijn van vijftien richtlijnen en verordeningen de preambules en artikelen opgesomd waarin het uitgangspunt van de gezinseenheid tot uitdrukking komt.

Het Hof van Justitie verzekert bij de uitleg en toepassing van al die richtlijnen en verordeningen de eerbiediging van dit recht, als een beginsel van Unierecht dat is erkend in o.a. de artikelen 7, 9, 24 en 33 van het Handvest.

1.2. Unieburgers en derdelanders

Voor burgers van de Unie is het recht op de eenheid van het gezin onverbreekelijk verbonden met het recht van deze burgers vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven (art. 21 EU VWEU) en volgens het Hof van Justitie met de vrije markt.¹ Gezinsleden hebben, ongeacht hun nationaliteit (dus óók gezinsleden uit derde landen), dezelfde rechten als de Unieburger tot wiens gezin zij behoren (art. 7 lid 1 sub d en lid 2 Richtlijn 2004/38). Nederland heeft ervoor gekozen om Nederlanders die in Nederland wonen minder rechten op gezinsleven met derdelanders toe te kennen dan die welke deze Nederlanders op grond van het Unierecht hebben wanneer zij naar andere lidstaten migreren of daaruit terugkeren. Tot dusverre is de opvatting van het Hof van Justitie dat deze situatie voor Nederland een puur interne aangelegenheid is die binnen de nationale rechtssfeer van de lidstaat valt. Dat neemt niet weg dat deze z.g. “omgekeerde discriminatie” moet worden gerechtvaardigd onder artt. 8 en 14 EVRM.² Als het Hof echter de opinie zal volgen van Advocaat-Generaal Sharpston bij de zaak Ruiz Zambrano (C-34/09) zal de speelruimte voor Nederland om eigen burgers in hun recht op gezinsleven met derdelanders te beperken aanmerkelijk kleiner worden.

Voor derdelanders volgt het recht op gezinsleven niet uit het verdrag maar uit de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86).

¹ HvJ EU 25 juli 2008, C-127/08 (*Metock*), r.o. 68.

² HvJ EU 25 juli 2008, C-127/08 (*Metock*), r.o. 79.

1.3. *Recht op gezinshereniging*

Het Unierecht met betrekking tot gezinshereniging strekt verder dan het EVRM. Anders dan het EVRM zoals uitgelegd door het Hof te Straatsburg gaat het Unierecht uit van een *recht* op gezinshereniging zowel voor burgers van de Unie (zie richtlijn 2004/38) als voor derdelanders op wie de Gezinsherenigingsrichtlijn toepasselijk is. Het recht om samen te leven met zijn naaste verwanten brengt voor de lidstaten verplichtingen mee die negatief kunnen zijn, wanneer een lidstaat een persoon niet mag uitzetten, of positief, wanneer hij verplicht is een persoon toe te laten tot zijn grondgebied en er te laten verblijven.³

De reikwijdte van de relevante mensenrechtenverdragen is door het Hof van Justitie als volgt omschreven: de bepalingen in het EVRM, het VN Kinderverdrag en art. 24 van het Handvest leggen de nadruk op het belang van het gezinsleven voor het kind en bevelen de staten aan om rekening te houden met de belangen van het kind, maar scheppen geen subjectief recht voor de leden van een gezin om tot het grondgebied van een staat te worden toegelaten en mogen niet aldus worden uitgelegd dat zij de staten een zekere beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging.⁴

Het Unierecht gaat verder dan het EVRM. Bovenop de bepalingen van de teksten waarin het grondrecht op eerbiediging van gezinsleven is neergelegd, legt de Gezinsherenigingsrichtlijn (art. 4 lid 1) de lidstaten precieze positieve verplichtingen op, waaraan duidelijk omschreven subjectieve rechten beantwoorden, aangezien dat artikel de lidstaten verplicht om in de door de richtlijn vastgestelde gevallen de gezinshereniging van bepaalde leden van het gezin van de gezinshereniger toe te staan zonder hun beoordelingsmarge te kunnen uitoefenen.⁵ Aangezien gezinshereniging de algemene regel is, dient de bevoegdheid tot het stellen van voorwaarden strikt te worden uitgelegd.⁶ De Gezinsherenigingsrichtlijn schept dus meer rechten voor derdelanders dan art. 8 EVRM. Juist deze verdergaande aanspraken maken een minder gunstige behandeling van in Nederland wonende Nederlanders op het punt van gezinshereniging extra problematisch.

1.4. *Conclusies*

- a. Zolang het secundaire Unierecht ongewijzigd blijft, moeten de nationale maatregelen die binnen het bereik van het Unierecht vallen voldoen aan het uitgangspunt van een recht op gezinshereniging en aan terughoudendheid met betrekking tot die beperkende voorwaarden waarvan het stellen is toegestaan. Andere beperkende voorwaarden dan die waarin het EU recht voorziet mogen niet worden ingevoerd of gehandhaafd.
- b. Wijziging van het secundaire Unierecht met het oog op beperking van de rechtspositie van Unieburgers en hun gezinsleden (ongeacht nationaliteit) zal niet of nauwelijks mogelijk zijn zolang de in het EU-Werkingsverdrag neergelegde fundamentele rechten van Unieburgers (artt. 20, 21) werknemers (artt. 45-48), en zelfstandigen om zich te vestigen (artt. 49-55) dan wel diensten te verlenen of ontvangen (artt. 56-62) blijven bestaan.
- c. Wijziging van het secundaire Unierecht (in de bijlage worden vijftien relevante richtlijnen en verordeningen genoemd) met het oog op de beperking van rechten van derdelanders en hun gezinsleden zal nietig zijn indien daarbij inbreuk wordt gemaakt op het grondrecht van eerbiediging van gezinsleven en van de rechten van het kind.

2. **De grenzen van het recht op gezinsleven van artikel 8 EVRM en cumulatieve effecten**

2.1. *Het recht op gezinsleven*

In het regeerakkoord worden in de paragraaf Immigratie op verschillende plaatsen voorstellen gedaan die betrekking hebben op het recht op gezinsleven van art. 8 EVRM. Het kabinet stelt in het akkoord dat de mogelijkheden voor een restrictief en selectief migratiebeleid worden benut binnen de bestaande juridische kaders, waaronder het EVRM. Binnen die kaders wordt voorgesteld om de eisen voor gezinshereniging aan te scherpen en daartoe de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86) aanzienlijk aan te passen.

Het recht op gezinsleven is tevens vastgelegd in art. 7 van het Handvest van de grondrechten van de EU dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 12 december 2009 directe werking heeft.

³ HvJEU 27 juni 2006, C-540/03 (*Parlement t. Raad*), JV 2006/313, r.o. 52.

⁴ HvJEU 27 juni 2006, C-540/03 (*Parlement t. Raad*), r.o. 59.

⁵ HvJEU 27 juni 2006, C-540/03 (*Parlement t. Raad*), r.o. 60 en HvJEU 4 maart 2010, C-578/08 (*Chakroun*), r.o. 41.

⁶ HvJEU 4 maart 2010, C-578/08 (*Chakroun*), JV 2010/177 m.nt. CAG, r.o. 43.

Grondrechten zoals die worden gewaarborgd door het EVRM werden al geëerbiedigd door de EU en beschouwd als algemene beginselen van het Unierecht (art. 6 lid 2 VEU). Met het Handvest is beoogd deze grondrechten in een document onder te brengen dat gelding heeft voor alle instellingen, organen en organisaties van de EU. Ook de lidstaten zijn gebonden aan het Handvest, voor zover zij het recht van de Unie ten uitvoer leggen (art. 51 Handvest). Het beschermingsniveau van het Handvest mag geen afbreuk doen aan de bescherming zoals die onder meer is vastgelegd in het EVRM (art. 53 Handvest).

Maatregelen die het recht op gezinsleven van art. 8 EVRM beperken moeten:

- (a) een legitiem doel dienen;
- (b) effectief zijn om dit doel te bereiken; en
- (c) noodzakelijk zijn, dat wil zeggen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoen.

In het regeerakkoord staat dat 'het kabinet af wil van de Europa-route'. Het gaat hierbij om gezinsmigranten die volgens het kabinet het EU-recht op vrij verkeer alleen gebruiken om de Nederlandse immigratievoorwaarden te omzeilen. In opdracht van het WODC is onderzoek gedaan naar de omvang van dit gebruik van het gemeenschapsrecht. Hieruit blijkt dat het gebruik van deze route door Nederlandse referenten slechts op beperkte schaal voorkomt.⁷ Bovendien is niet zonder meer duidelijk wanneer daadwerkelijk gesproken kan worden van misbruik. Deze onderzoeksuitkomsten indiceren dat het sluiten van de Europa-route disproportioneel is ten opzichte van de inbreuk die op art. 8 EVRM wordt gemaakt.

2.2. Artikel 8 EVRM

De voorgenomen beperkingen van gezinsmigratie betreffen een aanzienlijk aantal voorstellen in het regeerakkoord. Hierboven (paragraaf 1) is ingegaan op de vraag hoe zich dat verhoudt tot het Unierecht. Gesteld dat een aanpassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn met medewerking van andere lidstaten tot stand komt om bijvoorbeeld de eis van een bepaald opleidingsniveau van de partners ("startkwalificatie") in te voeren, dan zal dit vereiste tevens aan de toets van art. 8 EVRM dienen te voldoen. Daarbij dient de maatregel te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Aan die eisen zal niet eenvoudig kunnen worden voldaan als een nieuw vereiste in feite grote groepen migranten voor langere tijd of duurzaam van gezinshereniging uitsluit. Bij beslissingen over toelating vereist art. 8 EVRM een geïndividualiseerde toets, waarbij alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Het Europees Hof voor de Rechten Mens (EHRM) hecht bij een dergelijke belangenafweging veel gewicht aan de belangen van het kind, zoals ook bleek in de zaak *Rodrigues da Silva*.⁸ Elke maatregel dient derhalve niet alleen aan het Unierecht, maar ook aan het EVRM te voldoen.

2.3. Cumulatieve effecten

Een ander aspect is het cumulatieve effect van de door het kabinet voorgestelde maatregelen. Mochten de maatregelen ieder op zich juridisch toelaatbaar zijn, dan bestaat nog het risico van een cumulatief effect dat de grenzen van art. 8 EVRM overschrijdt. Beperkingen op dit recht moeten een legitiem doel hebben en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dit houdt in dat de maatregel proportioneel moet zijn en dat hetzelfde doel niet met minder ingrijpende maatregelen moet kunnen worden bereikt. Hoewel het EVRM de verdragstaten een zekere beleidsvrijheid laat bij het stellen van voorwaarden aan gezinsmigratie (margin of appreciation), mogen de voorwaarden er niet toe leiden dat gezinsmigratie blijvend onmogelijk wordt gemaakt. De Gezinsherenigingsrichtlijn laat bovendien de lidstaten wat betreft het recht op gezinshereniging van het kerngezin geen beleidsvrijheid. De kabinetsvoorstellen tot een verbod van huwelijken tussen neven en nichten, het stellen van opleidingseisen, uitsluiting van de mogelijkheid gezinsleden toe te laten van personen die veroordeeld zijn wegens bepaalde geweldsdelicten en het niet toestaan van gezinshereniging van Unieburgers met ongehuwde en ongeregistreerde partners waarmee een duurzame relatie wordt onderhouden, komen vanwege het absolute karakter van de maatregelen hiermee in strijd.

2.4. Conclusies

- a. Onderzoek van het WODC indiceert dat het beëindigen van de Europa-route disproportioneel is ten opzichte van de inbreuk die op art. 8 EVRM wordt gemaakt wordt.

⁷ A. Schreijenberg e.a., *Gemeenschapsrecht en gezinsmigratie: Het gebruik van het gemeenschapsrecht door gezinsmigranten uit derde landen*, Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek, 2009.

⁸ EHRM 31 januari 2006 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*), appl. nr. 50435/99, JV 2006/90 m.n. Boeles, RV 2006, 21 m.n. Van Walsum, NJCM-Bulletin 2006, nr. 6, p. 849-851 m.n. Woltjer en NAV 2006, nr. 2, p. 102-104 m.n. Bombeke. Zie ook EHRM 1 december 2005 (*Tuquabo-Tekle*), appl. nr. 60665/00 en EHRM 21 december 2001 (*Sen*) appl. nr. 31465/96.

- b. Maatregelen in het kader van gezinshereniging dienen behalve aan het Unierecht tevens aan de toets van art. 8 EVRM te voldoen. Daarbij dient de maatregel te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Bij beslissingen over toelating vereist art. 8 EVRM een geïndividualiseerde toets, waarbij het EHRM sterk hecht aan de belangen van het kind.
- c. Mochten de maatregelen ieder op zich juridisch toelaatbaar zijn, dan bestaat nog het risico van een cumulatief effect dat de grenzen van art. 8 EVRM overschrijdt. De voorwaarden aan gezinsmigratie mogen er niet toe leiden dat gezinsmigratie blijvend onmogelijk wordt gemaakt.

3. Het huwelijk en het Europees migratierecht

3.1. Niet erkennen van polygame huwelijken

Ten aanzien van het voorstel om polygame huwelijken niet te erkennen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de erkenning van een in het buitenland gesloten polygaam huwelijk als zodanig en de verblijfsrechtelijke gevolgen van niet-erkenning. Het Verdrag inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken van 14 maart 1978 (Haags Huwelijksverdrag) noemt polygamie als mogelijke grond voor de weigering van erkenning van een huwelijk. In de Wet Conflictenrecht Huwelijk is deze bepaling niet overgenomen maar geldt een algemene openbare orde clause die de ruimte biedt voor een meer toegesneden erkenningsbeleid. Onder het huidige beleid geldt dat polygame huwelijken niet worden erkend indien de Nederlandse rechtsorde bij de totstandkoming ervan betrokken was, bijvoorbeeld omdat één van de echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezat of woonachtig was in Nederland. Juridisch moet het haalbaar worden geacht in de Nederlandse wetgeving een algemene regel op te nemen die strekt tot niet-erkenning van polygame huwelijken. In een studie van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht naar de juridische status van polygame huwelijken van december 2009, verricht op verzoek van de Staatssecretaris van Justitie, wordt evenwel geconcludeerd dat een wettelijk erkenningsverbod haar doel voorbij zou schieten, gelet op de beperkte omvang van het probleem (slechts 1374 in Nederland legaal verblijvende personen staan als polygaam gehuwd geregistreerd), het vaak tijdelijke karakter van polygame huwelijken en de negatieve gevolgen die niet-erkenning kan hebben voor de bescherming van de rechten van vrouwen.⁹

De verblijfsrechtelijke consequenties van het invoeren van een algemeen erkenningsverbod op polygame huwelijken zullen beperkt zijn. Het huidige Nederlandse recht kent reeds de regel dat in geval van een polygaam huwelijk slechts gezinshereniging kan worden toegestaan aan één echtgenoot of partner, alsmede de uit dat huwelijk of partnerschap geboren minderjarige kinderen (art. 3.16 Vb). Deze regeling komt overeen met de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86/EG), waaronder andere echtgenoten dan de echtgenoot die reeds met de hoofdpersoon in een lidstaat verblijft zijn uitgesloten van het recht op gezinshereniging (art. 4 lid 4). Die bepaling staat het lidstaten voorts toe de gezinshereniging van minderjarige kinderen van andere echtgenoten te beperken. Onder de Unieburgersrichtlijn inzake vrij verkeer (2004/38/EG) geldt het uitgangspunt dat huwelijken die waar ook ter wereld op geldige wijze zijn gesloten, in beginsel moeten worden erkend met het oog op de toepassing van het recht op verblijf van familieleden uit hoofde van de richtlijn (art. 2 lid 2 onder a). Deze bepaling moet waarschijnlijk zo worden uitgelegd dat zij het lidstaten niet verplicht om in een derde land rechtmatig gesloten polygame huwelijken te erkennen, die in strijd kunnen zijn met de eigen rechtsorde.¹⁰

Het vorige kabinet heeft aangegeven dat een regeling van niet-erkenning van polygame huwelijken de verblijfsrechtelijke constructie mogelijk maakt dat slechts de echtgenoot met wie een door Nederland erkend huwelijk is gesloten voor verblijf in Nederland in aanmerking komt (TK 32175, nr. 1). Dit zal doorgaans de echtgenoot uit het eerste huwelijk, en de minderjarige kinderen daaruit, betreffen. Omdat deze regeling naar inhoud anders is dan die thans opgenomen in de Gezinsherenigingsrichtlijn vergt zij een aanpassing van de richtlijn. Een dergelijke wijziging laat onverlet dat de handelingsvrijheid ten aanzien van de hereniging van gezinsleden uit een polygaam huwelijk wordt begrensd door het recht op gezinsleven (art. 8 EVRM) en het onder de Gezinsherenigingsrichtlijn vigerende uitgangspunt dat uitzonderingen op het recht op gezinshereniging strikt moeten worden uitgelegd.¹¹ Polygame gezinsverbanden worden in beginsel

⁹ K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama, B. Braat, C. Budzikiewicz & C. Jeppesen-de Boer, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), WODC, december 2009.

¹⁰ Zie ook de richtsnoeren voor de toepassing van deze richtlijn als vastgesteld door de Europese Commissie: COM(2009) 313 definitief, par. 2.1.1.

¹¹ HvJEU 4 maart 2010, C-578/08 (*Chakroun*), JV 2010/177 m.nt. CAG.

beschermd door art. 8 EVRM.¹² Alhoewel belangen ontleend aan de openbare orde de niet-toelating van polygame partners en de uit die relatie geboren kinderen kunnen rechtvaardigen, rust op lidstaten steeds de verplichting om naar behoren rekening te houden met de belangen van gezinsleden en in het bijzonder die van kinderen uit dergelijke huwelijken, zoals bijvoorbeeld in het geval van overlijden van de (niet erkende) echtgenoot.

3.2. *In principe verbieden van huwelijken tussen neven en nichten*

Ook ten aanzien van het voorstel om huwelijken tussen neven en nichten in principe te verbieden dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de invoering van een verbod op neef/nicht huwelijken in het Nederlandse familierecht en het niet langer accepteren van neef/nicht-huwelijken als grond voor toelating in het kader van gezinshereniging. Het vorige kabinet deed reeds de voorstellen naar Nederlands burgerlijk recht neef/nicht-huwelijken te verbieden alsmede het niet langer accepteren van neef/nicht-huwelijken en daaraan gelijk te stellen relaties als grond voor toelating (TK 32175, nr. 1).

Een in het Burgerlijk Wetboek in te voeren verbod op neef/nicht huwelijken moet worden beschouwd in het licht van het internationaal erkende recht om te trouwen, onder andere neergelegd in art. 12 EVRM en art. 9 Handvest. Dit recht mag worden onderworpen aan nationale voorwaarden. Dergelijke beperkingen moeten evenwel een objectieve rechtvaardiging vinden.¹³ Anders dan ten aanzien van polygamie¹⁴, zal het belang van openbare orde zich niet vanzelfsprekend verzetten tegen neef/nicht-huwelijken. Andere Europese landen kennen geen verbod op neef/nicht-huwelijken.¹⁵ In diverse niet-Westerse culturen zijn neef/nicht-huwelijken een vaak voorkomend verschijnsel. In Nederland is het verbod op huwelijken tussen aanverwanten en bloedverwanten in de derde graad (oom-nicht en tante-neef) met de invoering van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek in 1970 opgeheven. Het is de vraag of eerder aangevoerde argumenten voor de onwenselijkheid van neef/nicht-huwelijken (het voorkomen van huwelijksdwang, het beperken van gezondheidsrisico's en het voorkomen van schijnhuwelijken) een algemeen verbod rechtvaardigen. Neef/nicht-huwelijken kunnen zeer wel bonafide zijn en het risico van fraude, dwang of misbruik kan ook met minder verstrekkende maatregelen worden bestreden. De voormalig minister van VWS zag in mogelijke gezondheidsrisico's van neef/nicht-huwelijken onvoldoende aanleiding voor de instelling van een verbod en bestempelde een dergelijke maatregel als disproportioneel.¹⁶ Omdat neef/nicht-huwelijken vooral worden gesloten in niet-Westerse kringen zal de proportionaliteit van een dergelijke maatregel voorts getoetst moeten worden in het licht van het verbod op (verkapte) discriminatie op grond van ras of nationaliteit (zie paragraaf 5 van deze notitie).

Het Europese en internationale recht kent geen bijzondere bepalingen ten aanzien van de erkenning van neef/nicht-huwelijken, noch ten aanzien van neef/nicht-huwelijken als uitsluitingsgrond voor toelating. Nederland is op grond van het Haags Huwelijksverdrag verplicht de volgens de staat van huwelijksvoltrekking wettig tot stand gekomen huwelijken, dus ook neef/nicht-huwelijken, te erkennen, tenzij dergelijke huwelijken kunnen worden gevat onder de algemene openbare orde-clausule, bijvoorbeeld omdat sprake is van een schijn- of anderszins fraudulent huwelijk, of omdat sprake is van een gedwongen huwelijk (artt. 9, 10, 14). Dit algemene uitgangspunt geldt ook voor het verlenen van verblijfsrechten aan gezinsleden onder de relevante richtlijnen 2004/38/EG en 2003/86/EG. Het in die richtlijnen neergelegde begrip 'echtgenoot' komt een Unierechtelijke betekenis toe en leent zich niet voor nationale definitie. Het uitsluiten van neef/nicht-echtgenoten van het recht op gezinshereniging vergt derhalve aanpassing van beide richtlijnen. De richtlijnen staan het overigens al wel toe maatregelen te treffen om gedwongen huwelijken of schijnhuwelijken tegen te gaan. Het opnemen van neef/nicht-huwelijken als uitzonderingsgrond voor gezinshereniging in beide richtlijnen doet, gelijk aan polygame huwelijken als hierboven uiteengezet, geen afbreuk aan de verplichting acht te slaan op het internationale recht op gezinsleven en het Unierechtelijke uitgangspunt dat

¹² ECRM 6 januari 1992 (*E.A. en A.A. t Nederland*), appl. nr. 14501/89.

¹³ EHRM 13 september 2005 (*B. en L. t Verenigd Koninkrijk*) appl. nr. 36536/02.

¹⁴ EHRM 18 december 1986 (*Johnston t. Ierland*) appl. nr. 9697/82, par. 52.

¹⁵ Wel zijn neef/nicht huwelijken verboden in verschillende staten in de VS. Zie, voor een vergelijkend overzicht: M. Ottenheimer, *Forbidden relatives: the American myth of cousin marriage*, University of Illinois Press 1996.

¹⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 2368. Ten aanzien van gezondheidsrisico's concludeerde het RIVM dat kinderen uit consanguïne relaties een extra kans van 1-2% op een aangeboren aandoening hebben en dat consanguïniteit dient behandeld te worden als één van de risicofactoren, evenals bijvoorbeeld moederschap op oudere leeftijd, diabetes of epilepsie bij de moeder of erfelijke of aangeboren aandoeningen in de familie, die de kans op een aangeboren of erfelijke aandoening verhogen: RIVM, Kinderwens van consanguïne ouders: risico's en erfelijkheidsvoorlichting, RIVM Rapport 270032003/2007.

uitzonderingen op het recht op gezinshereniging de effectieve werking van dat recht niet mogen ontnemen. Dit vraagt een concrete beoordeling van de situatie van iedere aanvrager.

3.3. *Beperking van gezinsvorming en gezinshereniging tot partners die gehuwd zijn of met wie een geregistreerd partnerschap is aangegaan en minderjarige kinderen*

Nederland heeft zich bij de totstandkoming van de Gezinsherenigingsrichtlijn sterk gemaakt voor de openstelling van het recht op gezinshereniging voor ongehuwde partners met wie een duurzame relatie wordt onderhouden, onder andere in het licht van de bevordering van de rechten van partners van gelijk geslacht. Dit betreft evenwel een facultatieve bepaling van de richtlijn. Alhoewel richtlijn 2004/38 evenmin verplicht tot het toelaten van partners van Unieburgers in een duurzame relatie, kent deze richtlijn wel een (inspannings)verplichting om de binnenkomst en het verblijf van dergelijke partners te 'vergemakkelijken' (art. 3 lid 2 onder b). Het afschaffen van deze mogelijkheid in het Nederlandse recht bemoeilijkt het verblijf juist en is derhalve met de richtlijn strijdig.

3.4. *Conclusies*

- a. De invoering van een regeling ten aanzien van polygamie waaronder slechts de echtgenoot met wie een door Nederland erkend huwelijk is gesloten en de kinderen daarvan in aanmerking komen voor gezinshereniging vergt een aanpassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86/EG). Een dergelijke wijziging doet geen afbreuk aan de verplichting om in de behandeling van de aanvraag naar behoren rekening te houden met de belangen van de gezinsleden, en in het bijzonder die van kinderen uit dergelijke huwelijken.
- b. Het invoeren van een verbod op neef/nicht-huwelijken naar Nederlands recht vergt een nadere studie naar verenigbaarheid met het internationaal erkende recht om te trouwen en het verbod op (indirecte) discriminatie. Het niet langer accepteren van neef/nicht-huwelijken als grond voor toelating in het kader van gezinshereniging vraagt om aanpassing van de richtlijnen 2004/38/EG en 2003/86/EG. Een dergelijke wijziging doet geen afbreuk aan de verplichting om ook in het individuele geval te blijven toetsen of een afwijzing louter op basis van het consanguïne karakter van het huwelijk proportioneel is.
- c. Het niet langer toestaan van gezinshereniging van Unieburgers met ongehuwde en ongeregistreerde partners waarmee een duurzame relatie wordt onderhouden vraagt om aanpassing van de Unieburgersrichtlijn inzake vrij verkeer (2004/38/EG).

4. **Het Associatieverdrag EEG-Turkije**

4.1. *Standstill clauses*

Ten aanzien van Turkse staatsburgers die economisch actief zijn of die voornemens zijn een economische activiteit in Nederland te gaan uitoefenen zijn alle verscherpingen in het immigratiebeleid die hen daarin zullen beperken verboden. Dat volgt uit twee z.g. standstill clauses, neergelegd in art. 13 Besluit 1/80 van de Associatieraad en art. 41 van het Aanvullend protocol van 1970, zoals recentelijk uitgelegd door het Hof van Justitie in het arrest Commissie tegen Nederland, C-92/07.

De eerstgenoemde bepaling verbiedt (r.o. 49 van het arrest):

“de invoering van nieuwe beperkingen van de uitoefening van het vrije verkeer van werknemers, met inbegrip van beperkingen betreffende de materiële en/of procedurele voorwaarden inzake de eerste toelating tot het grondgebied van deze lidstaat van Turkse staatsburgers die voornemens zijn aldaar van deze vrijheid gebruik te maken”.

De andere bepaling verbiedt (r.o. 47 van het arrest):

“nieuwe beperkingen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging of van het vrij verrichten van diensten, met inbegrip van beperkingen betreffende de materiële en/of procedurele voorwaarden inzake de eerste toelating tot de betrokken lidstaat van Turkse staatsburgers die voornemens zijn aldaar van deze economische vrijheden gebruik te maken”

De aard van de verboden beperkingen is door het Hof niet gelimiteerd tot de voorbeelden waarover al een uitspraak is gedaan, zoals visa¹⁷, leges¹⁸, het invoeren van een verplichting een arbeidsvergunning te hebben¹⁹. Het kan ook gaan om belemmeringen op het gebied van gezinshereniging, beperkingen in de

¹⁷ HvJ EU 19 februari 2009 C-228/06 (*Soysal*)

¹⁸ HvJ EU 29 april 2010, C-92/07 (*Commissie tegen Nederland*)

¹⁹ HvJ EU 21 oktober 2003, C-317/01 (*Abatay en Sahin*)

mogelijkheid van rehabilitatie na aanvankelijk illegaal verblijf, beperkingen op het gebied van arbeidsmigratie of het aanscherpen van een mvv vereiste, voor zover die beperkingen niet ook gelden voor EU-burgers.²⁰

4.2. Conclusie

- a. Ten aanzien van Turkse staatsburgers, zowel diegenen die hier al rechtmatig verblijf hebben als nieuwkomers, moet worden uitgegaan van de vuistregel dat nieuwe beperkingen verboden zijn tenzij er geen twijfel aan kan bestaan dat deze beperking geen invloed heeft op de vrijheid van het verkeer van Turkse werknemers en zelfstandigen en op de positie van degenen die voornemens zijn van die vrijheid gebruik te maken.

5. Het verbod van discriminatie op grond van ras in het vreemdelingen- en nationaliteitsrecht

5.1. Onderscheid naar herkomst of ras in regeerakkoord

Verskillende voorstellen in het regeerakkoord zouden bij uitvoering tot gevolg hebben dat in Nederlandse wetgeving of bij de uitvoering daarvan door de overheid direct of indirect onderscheid op grond van etnische herkomst of ras wordt gemaakt. Voorbeelden zijn (a) een wet die uitzetting van Antilliaanse Nederlanders uit Nederland naar de Antillen mogelijk maakt, (b) een verschil in behandeling tussen geboren en genaturaliseerde Nederlanders wat betreft het verlies van het Nederlanderschap na veroordeling wegens een misdrijf, (c) het scheppen van een categorie "voorwaardelijke Nederlanders", en (d) de verzwaring van de inburgeringstest in het buitenland. Het effect van het verschil tussen Westerse en niet-Westerse gezinsmigranten in de huidige WIB, dat volgens het toezichthoudende Comité (CERD) strijdig is met het VN Verdrag tegen rassendiscriminatie²¹, wordt hiermee immers verscherpt.

In de discussie rond het regeerakkoord zijn nog andere voorbeelden van verschil in behandeling van Nederlanders of van niet-Nederlandse immigranten op grond van hun herkomst aan de orde gekomen. Bij de presentatie van de akkoorden verklaarde de mede-ondertekenaar van het gedoogakkoord in aanwezigheid van de beoogde minister-president dat de paragraaf over immigratie een beperking van niet-Westerse gezinsmigranten met 50% als doel heeft. Volgens de minister-president is het Zweedse paspoort van een staatssecretaris niet problematisch, maar een Marokkaans of Turks paspoort wel. In die opvatting is het werkelijke of vermeende handelen van de regering van het herkomstland en niet het gedrag van de betrokken individu bepalend.

5.2. Relevante bepalingen in Mensenrechtenverdragen en andere verdragen

(a) vreemdelingenrecht

Het VN Verdrag tegen rassendiscriminatie (CERD) is ook van toepassing op wetgeving en beslissingen inzake toelating, bejegening en uitzetting van vreemdelingen. Onderscheid op grond van ras of nationaliteit tussen categorieën vreemdelingen valt onder het verbod in dit Verdrag. Art. 1, lid 2, luidt: "*This Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens.*" Deze uitzondering op de werkingssfeer van het verdrag betreft alleen verschillen tussen burgers en vreemdelingen gemaakt door de overheid. In de uitspraak van het House of Lords in de zaak van de Britse immigratiebeamten die de opdracht hadden te verhinderen dat Tsjechische burgers van Roma herkomst in Praag aan boord gingen van vluchten naar het VK, wordt expliciet overwogen: "*Article 1(2) Certainly does not mean that State Parties can discriminate between non-citizens on racial grounds.*"²²

Het Comité dat toezicht houdt op de naleving van dit verdrag (CERD) heeft in 2004 in een General Recommendation on discrimination against non-citizens de verdragspartijen aanbevolen te verzekeren "*that immigration policies do not have the effect of discriminating against persons on the basis of race, colour, descent, or national or ethnic origin.*"²³

(b) nationaliteitsrecht

Art. 5, eerste lid, Europees Verdrag inzake nationaliteit bepaalt expliciet dat de nationaliteitswetgeving van de verdragsstaten "*shall not contain distinctions or include any practice which amount to discrimination on the grounds of sex, religion, race, colour or national or ethnic origin.*" Deze bindende bepalingen worden gevolgd

²⁰ Art. 59 Aanvullend protocol.

²¹ CERD/C/NLD/CO/17-18, p. 2

²² House of Lords 9 December 2004, *R v. Immigration Office at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)* [2004] UKHL 55 par. 101.

²³ General Recommendation no. 30, Discrimination against non-citizens, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, par. 9, www2.ohchr.org.

door het tweede lid van dat artikel waarin de verdragsstaten minder dwingend bevestigen dat zij zich zullen laten leiden door *“the principle of non-discrimination between its nationals, whether they are nationals by birth or have acquired its nationality subsequently”*. Een onderscheid tussen geboren en genaturaliseerde staatsburgers zal immers bijna altijd een direct of indirect onderscheid naar etnisch herkomst opleveren.

Art. 1, derde lid, CERD bepaalt: *“Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality.”* Verdragsstaten zijn dus vrij in het vaststellen van nationaliteitswetgeving, zolang die maar niet discrimineert tegen personen van bepaalde etnische herkomst. Dat het verbod van discriminatie op grond van ras ook geldt voor de nationaliteitswetgeving volgt ook uit art. 5, sub d (iii) CERD. Volgens die bepaling verbinden de verdragsstaten zich *“to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights (...) (iii) The right to nationality”*.

Op grond van art. 2 lid 1 sub a CERD is Nederland verplicht *“to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation”*. In art. 2 lid 1 sub c van dat verdrag heeft Nederland zich verplicht *“take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists”*. Beide verplichtingen gelden ook voor het vreemdelingenrecht en het nationaliteitsrecht.

5.3. Niet elk onderscheid op grond van ras is verboden discriminatie

Uit de recente rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg blijkt dat het Hof nauwelijks ruimte laat voor rechtvaardiging van onderscheid op grond van ‘ras’ of ‘etnische afkomst’, zeker als dat onderscheid gemaakt wordt door de overheid. Het Hof oordeelde: *“In any event, the Court considers that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures.”* (arrest *Timishev v Russia* van 13 december 2005 par. 58). Het Hof heeft deze overweging in verschillende latere arresten herhaald.

De Raad van State wees in 2006 in zijn advies over het gewijzigde voorstel voor de Wet inburgering op dat onderscheid tussen genaturaliseerde Nederlanders en ‘autochtone’ Nederlanders *“zonder rechtvaardiging niet alleen in strijd komt met algemene bepalingen inzake gelijke behandeling, maar ook met meer specifieke internationale regelingen die ongerechtvaardigd onderscheid naar herkomst of etniciteit verbieden”*. De Raad wees daarbij op het Europees Verdrag inzake nationaliteit, het VN Verdrag ter uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie en de Europese richtlijn betreffende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (2000/43/EG) (TK 30308, nr. 106).

De algemene discriminatieverboden in art. 21, eerste lid, Handvest van de grondrechten van de EU, in art. 1 van het Xlle Protocol bij het EVRM en in art. 12 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) zijn ook van toepassing op het vreemdelingenrecht en het nationaliteitsrecht. Die gebieden zijn niet uitgezonderd van de werkingssfeer van die bepalingen. Het VN Mensenrechtencomité bevestigt in het General Comment on the position of aliens under the ICCPR: *“Thus, the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens”*.²⁴

5.4. Onderscheid naar nationaliteit soms indirect onderscheid naar ras

Het CERD maakt duidelijk dat onderscheid naar nationaliteit of verblijfsrechtelijke status verboden onderscheid naar ras kan opleveren: *“differential treatment based on citizenship or immigration status will constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged in the light of the objectives and purposes of the Convention, are not applied pursuant to a legitimate aim, and are not proportional to the achievement of this aim”* (par. 4 van de General Recommendation van 2004).

Art. 18 VWEU verbiedt discriminatie naar nationaliteit tussen EU burgers. Onderscheid tussen EU burgers en burgers van derdelanden bij toelating en uitzetting kan gerechtvaardigd zijn door regels van de speciale rechtsorde die de EU vormt (zo het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in 1991 in het arrest *Moustaquim*).²⁵ Buiten het immigratierecht vergt een verschil in behandeling een deugdelijke motivering. In veel EU maatregelen staat een verbod tussen EU burgers en bepaalde categorieën derdelanders op

²⁴ General Comment No. 15 on the position of aliens under the International Covenant adopted in 1986, par. 2 en 5, see www2.ohchr.org.

²⁵ EHRM 18 februari 1991 (*Moustaquim v. Belgium*), appl. nr. 12313/86.

bepaalde terreinen. Het nieuwe art. 21 lid 2 Handvest bevat een algemeen geformuleerd verbod op onderscheid naar nationaliteit binnen de werkingssfeer van de Unie. Of dit verbod ook op onderscheid naar nationaliteit tussen derdelanders is nog onzeker. Gezien de plaats van die bepaling in het Handvest en het nuttig effect van die bepaling naast art. 18 VWEU is die uitleg zeer wel mogelijk.

5.5. Conclusies

- a. Verschillende voorstellen in het regeerakkoord, zoals uitzetting van Antilliaanse Nederlanders uit Nederland naar de Antillen, een verschil in behandeling tussen geboren en genaturaliseerde Nederlanders wat betreft het verlies van het Nederlanderschap na veroordeling wegens een misdrijf, het creëren van een "voorwaardelijk Nederlanderschap" en verzwaring van de inburgeringstest in het buitenland, zouden bij uitvoering tot gevolg hebben dat in Nederlandse wetgeving of bij de uitvoering daarvan door de overheid direct of indirect onderscheid op grond van etnische herkomst of ras wordt gemaakt.
- b. De algemene discriminatieverboden in art. 21 lid 1 Handvest van de grondrechten van de EU, in art. 1 van het XIe Protocol bij het EVRM en in art. 12 IVBPR zijn ook van toepassing op het vreemdelingenrecht en het nationaliteitsrecht. Uit de recente rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg blijkt bovendien dat het Hof nauwelijks ruimte laat voor rechtvaardiging van onderscheid op grond van 'ras' of 'etnische afkomst', zeker als dat onderscheid gemaakt wordt door de overheid.
- c. Onderscheid naar nationaliteit of verblijfsrechtelijke status kan volgens het CERD verboden onderscheid naar ras opleveren. Daarnaast verbiedt art. 18 VWEU discriminatie naar nationaliteit tussen EU burgers. Bovendien bevat het nieuwe art. 21 lid 2 Handvest een algemeen geformuleerd verbod op onderscheid naar nationaliteit binnen de werkingssfeer van de Unie dat wellicht ook geldt voor derdelanders.

6. Het voorwaardelijk Nederlanderschap

6.1. Voorstel voorwaardelijk Nederlanderschap

In het regeerakkoord wordt aangekondigd dat het kabinet zal komen met een voorstel *'om personen die binnen vijf jaar na verkrijging van het Nederlanderschap veroordeeld zijn of worden voor een misdrijf waar 12 jaar of meer op staat, het Nederlanderschap te ontnemen. Hiertoe wordt gepoogd binnen het kader van het Europees verdrag inzake nationaliteit te komen tot een ruimere uitleg van art. 7 d. Indien deze ruimere uitleg niet mogelijk zal blijken te zijn, zal met de verdragsluitende partijen worden overlegd om te komen tot een wijziging van het verdrag. Indien voor 1 januari 2012 blijkt dat de verdragsluitende partijen niet tot een dergelijke wijziging bereid zijn zal de Nederlandse wetgeving zodanig worden gewijzigd dat de eerste vijf jaar sprake is van een voorwaardelijke verkrijging van de Nederlandse nationaliteit die, met inachtneming van de aangescherpte afstandseis, van rechtswege definitief wordt tenzij men veroordeeld wordt voor een misdrijf waar twaalf jaar of meer op staat.'*

Het zal de uiterste inspanning vergen van de Nederlandse diplomatie om de partijen bij het Europees verdrag inzake nationaliteit, dat in het kader van de 47 leden tellende Raad van Europa gesloten is, tot een ruimere uitleg te bewegen van art. 7 d (ten rechte: art. 7 lid 1 onder d), laat staan tot verdragswijziging in de door de Nederlandse regering gewenste zin. Zeker zal voor 1 januari 2012 geen zekerheid over de bereidheid van de verdragspartijen daaromtrent verkregen zijn. De verdragsopstellers hadden duidelijk de bedoeling de ontnemingsgrond *'conduct seriously prejudicial to the vital interests of the State Party'* zeer beperkt te houden, met de Duitse en Russische *'Zwangsausbürgerungen'* als afschrikwekkende achtergrond. Uitdrukkelijk wordt dan ook in het officiële commentaar gewaarschuwd dat *'criminal offences of a general nature, however serious they might be'* niet inbegrepen zijn in deze ontnemingsgrond. Het regeringsvoornemen gaat met deze toelichting een rechtstreekse confrontatie aan door verlies van nationaliteit ook aan commune delicten te verbinden.

6.2. Voorwaardelijke verkrijging

Na 1 januari 2012 meent Nederland de vrijheid te hebben op eigen houtje het gewenste resultaat te bereiken. Nu niet door ontneming, maar door een streep te halen door de verkrijging omdat een voorwaarde niet vervuld is: namelijk dat men in de eerste vijf jaar niet veroordeeld is voor een misdrijf waarop vijf jaar of meer staat.

Dit 'met inachtneming van de aangescherpte afstandseis'. Dat laatste betekent dat de naturalisandus *'on parole'* al van andere nationaliteiten zo mogelijk afstand gedaan moet hebben in de proeftijd. Het niet doorgaan van de naturalisatie zal dan veelal leiden tot staatloosheid. Dat is echter op verschillende manieren

verboden door het Verdrag tot beperking van staatloosheid 1961, art. 8. Ook het Europees verdrag inzake nationaliteit kent als beginsel (art. 4 sub b) dat staatloosheid vermeden moet worden, welk beginsel vervolgens wordt uitgewerkt in art. 7.

Aangenomen moet dus worden dat het intreden van de voorwaarde voor niet (definitief) verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit alleen zal gelden in het geval dat dit niet tot staatloosheid zal leiden, d.w.z. alleen voor personen die naast de voorlopige Nederlandse nog een andere nationaliteit bezitten. Het zal dan in de praktijk gaan om personen die niet de mogelijkheid hebben om hun andere nationaliteit af te schudden, zoals staatsburgers van Argentinië en Marokko.

6.3. Discriminatie

Het voorstel staat op gespannen voet met art. 5 lid 2 van het Europees Verdrag inzake nationaliteit, dat sterk aanbeveelt niet te discrimineren tussen zijn staatsburgers, of ze nu staatsburger door geboorte zijn of de nationaliteit later verkregen hebben. Geboortige Nederlanders die bipatride zijn, raken immers hun Nederlanderschap niet kwijt als zij veroordeeld worden wegens een misdrijf waarop twaalf jaar of meer staat. Zij bezitten een onvoorwaardelijk Nederlanderschap. Wij vermoeden hier indirect onderscheid naar ras of etniciteit. Deze discriminatie is verboden in verscheidene verdragen, waaronder het Europees Verdrag inzake nationaliteit art. 5 lid 1, dat, anders dan lid 2, een verplichtend karakter heeft, en het VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie uit 1965, art. 1 lid 1 juncto lid 3 (zie paragraaf 5 hierboven).

6.4. Voorwaardelijk Nederlanderschap en Unieburgerschap.

'Burger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit.' Aldus art 20 VWEU. Introduceert Nederland met een voorwaardelijk Nederlanderschap nu een voorwaardelijk Unieburgerschap? Hoe zou men zich dat moeten voorstellen? In de proeftijd van 5 jaar kunnen allerlei Europeesrechtelijke rechtsgevolgen verbonden aan het Unieburgerschap zijn opgetreden. Moeten die geacht worden niet te hebben plaatsgevonden of te moeten worden teruggedraaid (zoals het recht om door zijn familieleden te worden gevolgd) als de definitieve verkrijging (door optie of naturalisatie) niet intreedt?

In de Rottmanzaak heeft het Europese Hof van Justitie beslist dat de op zich toegestane intrekking van een naturalisatie wegens bedrog niettemin moest voldoen zowel aan een Europeesrechtelijke als aan een internrechtelijke proportionaliteitstoets.²⁶ Men kan verwachten dat soortgelijke toetsen zullen (moeten) worden aangelegd als het gaat om het niet definitief toekennen van de Nederlandse nationaliteit. Nederland is vrij om zijn nationaliteitsrecht gestalte te geven, maar wel met inachtneming van het EU-recht, aldus de vaste rechtspraak het Hof van Justitie.

Nederland kan een eenzijdige verklaring opstellen ter attentie van de andere lidstaten en de EU, wie het als zijn staatsburgers wenst te beschouwen voor de doeleinden van het Unierecht. In beginsel zijn de geadresseerden daaraan gebonden.²⁷ Het zal nog niet meevallen om de voorwaardelijke Nederlanders daarin te omschrijven. 'Voorwaardelijke Nederlanders' zijn of Unieburgers óf zij zijn het niet. Het Unierecht kent geen voorwaardelijk Unieburgerschap. Ook is Unierechtelijk relevant of kinderen van voorwaardelijke Nederlanders bij geboorte voorwaardelijke of volwaardige Nederlanders worden. Bovendien ligt het in de lijn van de vaste jurisprudentie, culminerend in Rottmann, dat aan dergelijke unilaterale verklaringen Europeesrechtelijke eisen zullen worden gesteld. Staten zijn niet meer volledig vrij in het bepalen wie zullen hebben te gelden als staatsburgers voor de doeleinden van het Unierecht. Vanwege de aard en de gevolgen van het uiteindelijk niet toekennen van de status van Nederlander en daarmee die van art. 20 VWEU, valt de situatie binnen de reikwijdte van het Europese Unierecht. Zo valt uit Rottmann te destilleren. De Europeesrechtelijke toets is met het proportionaliteitsvereiste niet uitgeput. Veel andere Europeesrechtelijke beginselen en regels kunnen worden ingezet tegen een voorwaardelijk Nederlanderschap, waaronder ook, indirect, het Europees verdrag inzake nationaliteit. Waarmee Nederland weer terug bij af is.

6.5. Conclusies

- a. Het regeringsvoornemen geeft een rechtstreekse confrontatie met het Europees verdrag inzake nationaliteit door verlies van nationaliteit ook aan commune delicten te verbinden.
- b. Het intreden van de voorwaarde voor niet (definitief) verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit kan alleen gelden in het geval dat dit niet tot staatloosheid zal leiden, d.w.z. alleen voor personen die naast de voorlopige Nederlandse nog een andere nationaliteit bezitten. Het zal dan in de praktijk gaan om personen die niet de mogelijkheid hebben om hun andere nationaliteit af te schudden.

²⁶ HvJEU 2 maart 2010, C-135/08 (*Rottmann*), waarover onder meer H.U.Jessurun d'Oliveira, *NJB* 2010, p. 1028 e.v.

²⁷ Aldus HvJEU 20 februari 2001, C-192/99 (*Kaur*).

- c. Dit staat op gespannen voet met art. 5 lid 2 van het Europees Verdrag inzake nationaliteit omdat onderscheid wordt gemaakt tussen staatsburgers door geboorte en zij die de nationaliteit later verkregen. Bovendien vermoedt men hier indirect onderscheid naar ras of etniciteit. Deze discriminatie is verboden in verscheidene verdragen, waaronder het Europees Verdrag inzake nationaliteit art. 5 lid 1, dat, anders dan lid 2, een verplichtend karakter heeft, en het VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie uit 1965, art. 1 lid 1 juncto lid 3.
- d. Vanwege de aard en de gevolgen van het uiteindelijk niet toekennen van de status van Nederlander en daarmee die van art. 20 VWEU, valt het bepalen wie zullen hebben te gelden als staatsburgers binnen de reikwijdte van het Unierecht. Het Unierecht kent geen voorwaardelijk Unieburgerschap. Ook is de Europeesrechtelijke toets met het proportionaliteitsvereiste niet uitgeput. Veel andere Europeesrechtelijke beginselen en regels kunnen worden ingezet tegen een voorwaardelijk Nederlanderschap, waaronder ook, indirect, het Europees verdrag inzake nationaliteit.

7. Rechtsbijstand en effectieve rechtsbescherming in asielzaken

7.1. Beperking stapelen van procedures

Het regeerakkoord stelt dat de behandeling van aanvragen voor asiel zo effectief, efficiënt en zorgvuldig mogelijk plaats vindt. De regering wil dit bereiken door onder meer het stapelen van procedures te voorkomen. Daartoe wordt een vergaande versobering doorgevoerd van de rechtsbijstand aan asielzoekers in tweede en volgende asielprocedures. Ook wil de regering uitzonderingen toestaan op het uitgangspunt van opschortende werking van een verzoek om een voorlopige voorziening. Tot slot bevat het regeerakkoord diverse voorstellen om de bewijslast te bezwaren en meer naar de asielzoekers te verschuiven.

“No cure no fee”

De regering wil na de behandeling van de eerste aanvraag prikkels voor nieuwe procedures wegnemen door hantering van het uitgangspunt *“no cure no fee”*.²⁸ Dit veronderstelt dat als een vervolprocedure niet leidt tot een verblijfstatus voor de asielzoeker, hij hiervoor geen aanspraak kan maken op rechtsbijstand. Als gevolg hiervan zal de bereidheid van advocaten om asielzoekers bij hun vervolgaanvraag bij te staan afnemen. Zij zijn immers niet verzekerd van vergoeding van de door hen gewerkte uren. Hierdoor wordt het indienen en onderbouwen van een tweede verzoek in de praktijk via een omweg onmogelijk gemaakt.²⁹

Art. 32, vierde lid, van de Procedurerichtlijn (2005/85/EG) stelt dat, als na voorafgaand onderzoek blijkt dat er sprake is van nieuwe elementen of bevindingen die kunnen leiden tot erkenning als vluchteling, een tweede of volgende asielaanvraag conform hoofdstuk II van de richtlijn moet worden behandeld. Op basis van art. 15, lid 3, sub a, in hoofdstuk II dienen lidstaten te voorzien in gratis rechtsbijstand voor de beroepsprocedure als bedoeld in art. 39 Procedurerichtlijn. Dit geldt ook voor beroepen in tweede en volgende asielprocedures waarin nieuwe feiten naar voren zijn gebracht. Wel kan gratis rechtsbijstand in de beroepsfase geweigerd worden wanneer het beroep geen kans van slagen heeft. Wanneer er nieuwe feiten en omstandigheden zijn die een volledige nieuwe behandeling van het asielverzoek vereisen, zal het beroep tegen de afwijzing van die aanvraag echter niet vaak kansloos zijn. Bovendien vereist art. 39 Procedurerichtlijn een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel in alle asielzaken, inclusief tweede en volgende aanvragen. Dit recht veronderstelt dat het rechtsmiddel toegankelijk dient te zijn voor de asielaanvrager. Het EU recht op effectieve rechtsbescherming is neergelegd in art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU en omvat, in alle zaken die vallen binnen de reikwijdte van het EU recht (dus inclusief vreemdelingen- en asielzaken), de waarborgen die volgen uit art. 6 EVRM. De jurisprudentie over art. 6 EVRM laat zien dat het ontbreken van gratis rechtsbijstand een rechtsmiddel ontoegankelijk kan maken.³⁰ Het recht op rechtsbijstand is dan ook uitdrukkelijk vastgelegd in art. 47 van het Handvest. Dit bepaalt dat rechtsbijstand moet worden verleend aan degenen die niet over toereikende middelen beschikken wanneer die bijstand noodzakelijk is om daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen. Gerechtelijke procedures in het asielrecht zijn dusdanig ingrijpend en complex dat zonder bijstand van een advocaat de asielzoeker geen effectieve

²⁸ Regeerakkoord VVD-CDA, 30 september 2010, p. 22.

²⁹ In 2009 was volgens de Staatssecretaris van Justitie nog geen 8% van de asielaanvragen een vervolgaanvraag. Op dit moment bepaalt artikel 3 sub f van het besluit rechtsbijstand- en toevoegingscriteria overigens al dat er, behoudens bijzondere omstandigheden, geen rechtsbijstand wordt verleend voor een tweede of volgende asielaanvraag waarbij redelijkerwijs buiten twijfel is dat de nieuwe feiten of omstandigheden voor de beslissing op de eerdere asielaanvraag naar voren hadden kunnen worden gebracht. Zie *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 359 nr. 1 Rapport brede heroverwegingen, H14. Asiel, immigratie en integratie, April 2010, p. 37.

³⁰ Zie EHRM 9 Oktober 1979, *Airey v. Ireland*, appl. nr. 6289/73, para 26.

toegang heeft tot de rechter. Vanuit de situatie waarin veel asielzoekers zich bevinden, is zelf voorzien in de kosten van een advocaat geen reële optie. Om de vreemdeling werkelijk effectief toegang te geven tot het vereiste rechtsmiddel zal de overheid, ook bij een tweede of volgend asielverzoek, moeten zorgen voor gratis rechtsbijstand.

Opschortende werking voorlopige voorziening

De regering wil uitzonderingen maken op het beginsel dat de uitspraak inzake een verzoek om voorlopige voorziening tijdens een herhaalde aanvraag in Nederland mag worden afgewacht. Dit brengt het risico met zich mee dat de asielzoeker in afwachting van de uitspraak in de voorlopige voorziening en dus ook voor de uitspraak in de beroepszaak in strijd met het verbod op refoulement wordt teruggestuurd.

Art. 39, derde lid, Procedurerichtlijn laat de lidstaten vrij om voorschriften vast te stellen over de al dan niet schorsende werking van het beroep tegen een afwijzend asielbesluit of een ingediende voorlopige voorziening tegen de uitzetting. Deze voorschriften dienen volgens deze bepaling echter wel in overeenstemming te zijn met internationale verplichtingen, zoals art. 3 EVRM en art. 33 van het Vluchtelingenverdrag. Het EHRM heeft geoordeeld in relatie tot artt. 13 en 3 EVRM dat in geval van een serieuze (arguable) claim van schending van art. 3 EVRM, een rechtsmiddel tegen een uitzettingsbeslissing alleen effectief is als het automatisch schorsende werking heeft.³¹ Het moet gegarandeerd zijn dat een asielzoeker gedurende de beroepsfase niet uitgezet wordt in strijd met het refoulementverbod van art. 3 EVRM.³² Uitzonderingen op het uitgangspunt dat de uitspraak over een voorlopige voorziening in Nederland mag worden afgewacht zijn dus in strijd met het EU recht op effectieve rechtsbescherming, neergelegd in art. 47 van het Handvest en art. 39 Procedurerichtlijn.

7.2. Bewijslast

In het regeerakkoord worden diverse voorstellen gedaan om de bewijslast meer naar de asielzoekers te verschuiven en om deze te verzwaren. Zo stelt de regering dat optimaal zal worden ingezet op het tegenwerpen van het ontbreken van identiteitsgegevens bij ongedocumenteerde asielzoekers, verschuiving naar de asielzoeker en verzwaring van de bewijslast binnen de kaders van de Raad van State jurisprudentie en op een wijziging van de Kwalificatierichtlijn (2004/83/EG) om de bewijslast naar de aanvrager te verschuiven ten aanzien van het aantonen van (het ontbreken van) vluchtalternatieven. Een dergelijke verschuiving en verzwaring zullen het voor de asielzoeker moeilijker maken om te bewijzen dat zijn verzoek gegrond is.

Art. 4 Kwalificatierichtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid om de bewijslast bij de asielzoeker neer te leggen. Art. 4, vijfde lid, Kwalificatierichtlijn erkent echter dat van de asielzoeker niet kan worden verwacht dat hij zijn gehele asielrelaas kan onderbouwen. Deze bepaling stelt dat als aan de daar genoemde voorwaarden is voldaan, de verklaringen van de verzoeker, ondanks het ontbreken van bewijsmateriaal, geloofwaardig worden geacht en het voordeel van de twijfel wordt gegund. Art. 4 Kwalificatierichtlijn dient te worden gelezen in het licht van de jurisprudentie van het EHRM over de bewijslast en –standaard in asielzaken. Volgens het EHRM dient een asielzoeker bewijs aan te dragen *'capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3'*. Vervolgens is het aan de Staat om elke twijfel over dit risico weg te nemen.³³ Het Hof legt bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas de nadruk op de kern van het asielrelaas en laat eventuele vaagheden of inconsistenties in minder relevante delen van het asielrelaas buiten beschouwing.³⁴

Bovendien geldt op basis van het EU-recht dat de bewijslast in een asielzaak niet dermate verzwaaard mag worden dat de effectiviteit van het EU-recht op een asielstatus voor personen die als vluchteling worden erkend of in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming en het EU verbod van refoulement wordt ondermijnd. Het beginsel van effectiviteit veronderstelt dat nationale procedureregels, zoals bewijsregels, de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.³⁵ Ook een eventuele aanpassing van de Kwalificatierichtlijn ter verschuiving van de bewijslast ten aanzien van het beschermingsalternatief mag niet in strijd komen met het effectiviteitsbeginsel. Het Hof van Justitie heeft op andere terreinen dan het asielrecht al geoordeeld dat een zware bewijslast de effectiviteit van

³¹ EHRM 26 april 2007 (*Gebremedhin t. Frankrijk*), appl. nr. 25389/05, JV 2007/252, m.nt. TS, AB 2007/227 m.nt. HBA, r.o. 66.

³² EHRM 5 februari 2002 (*Čonka v. Belgium*), appl. nr. 51564/99, r.o. 75 en 83.

³³ Zie bijvoorbeeld EHRM 17 juli 2008 (*NA t. VK*), appl. nr. 25904/07, para 111.

³⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 maart 2010 (*R.C. t. Zweden*), appl. nr. 41827/07, para 52, EHRM 5 juli 2005 (*Said t. Nederland*), appl. nr. 2345/02, para 53.

³⁵ HvJEU 16 december 1976, 33/76 (*Rewe*), *Jur.* 1976, p. 1989.

een door de EU toegekend recht kan ondermijnen.³⁶ Geconcludeerd moet worden dat zowel art. 3 EVRM als het EU recht in de weg staan aan een te ver naar asielzoeker doorgeschoven en verzwaarde bewijslast.

7.3. Conclusies

- a. Uit art. 32, lid 4, jo. art. 15, lid 3(a) Procedurerichtlijn blijkt dat als er sprake is van nieuwe elementen of bevindingen die kunnen leiden tot erkenning als vluchteling, ook in een tweede of volgende asielaanvraag gratis rechtsbijstand moet worden verleend. Bovendien is het recht op financiële bijstand uitdrukkelijk vastgelegd in art. 47 lid 3 van het Handvest, dat ook van toepassing is op migratie- en asielzaken.
- b. Het EHRM heeft geoordeeld in relatie tot artt. 13 en 3 EVRM dat in geval van een serieuze (arguable) claim van schending van art. 3 EVRM, een rechtsmiddel tegen een uitzettingsbeslissing alleen effectief is als het automatisch schorsende werking heeft.³⁷ Het niet toekennen van schorsende werking aan een voorlopige voorziening is dus in strijd met het EU recht op effectieve rechtsbescherming, neergelegd in art. 47 van het Handvest en art. 39 Procedurerichtlijn.
- c. Art. 4, lid 5 Kwalificatierichtlijn stelt dat als aan de daar genoemde voorwaarden is voldaan, de verklaringen van de verzoeker, ondanks het ontbreken van bewijsmateriaal, geloofwaardig moet worden geacht en hem het voordeel van de twijfel moet worden gegund. Bovendien geldt op basis van het EU-recht dat de bewijslast in een asielzaak niet dermate verzwaard mag worden dat de effectiviteit van het EU-recht op een asielstatus voor personen die als vluchteling worden erkend of in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming en het EU verbod van refoulement wordt ondermijnd. Vergaande verschuiving en verzwaaring van de bewijslast naar de asielzoeker zal in strijd zijn met artikel 3 EVRM.

8. De strafbaarstelling van illegaliteit

8.1. Inleiding

In het afgelopen decennium is de mogelijkheid om illegaal verblijf strafbaar te stellen al meerdere keren onderwerp van discussie geweest. Wij noemen het Kabinet Kok-II (1998-2002) en het Kabinet Balkenende-II (2003-2006). Tot nu toe is steeds afgezien van de strafbaarstelling van illegaal verblijf. Verschillende redenen zijn hiervoor aangevoerd, welke hier opnieuw in herinnering worden geroepen. Immers, niet valt in te zien waarom de zaken nu anders zouden liggen. Daarnaast zijn er meer pragmatische redenen om vragen te stellen bij de wenselijkheid van strafbaarstelling van illegaal verblijf.

8.2. Relatie tot huidige instrumentarium

Een eerste reden om af te zien van strafbaarstelling van illegaliteit houdt rechtstreeks verband met het huidige instrumentarium, dat de minister de bevoegdheid verleent illegalen uit te zetten en hen met het oog daarop in vreemdelingenbewaring te nemen (art. 63 jo. art. 59 Vreemdelingenwet 2000). Voorts kan de minister besluiten de illegaal verblijvende persoon ongewenst vreemdeling te verklaren in bij de wet bepaalde gevallen (art. 67 Vreemdelingenwet 2000). Het ongewenst verklaren van een persoon die niet rechtmatig in Nederland verblijft is een administratiefrechtelijke beslissing.

De ongewenst verklaarde vreemdeling die Nederland niet uit eigen beweging verlaat, maakt zich daarmee schuldig aan een misdrijf, strafbaar gesteld in art. 197 Wetboek van Strafrecht. Dit misdrijf wordt bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal 6 maanden of een geldboete.

Het huidige instrumentarium richt zich aldus op criminele of overlastgevende vreemdelingen. Dit zou anders zijn als bovenop dit instrumentarium illegaal verblijf *an sich* strafbaar zou worden gesteld. In dat geval zouden ook personen die thans hun vertrek voorbereiden negatief getroffen worden, alsook personen nog maar net in Nederland zijn gearriveerd en nog een asielaanvraag moeten indienen.³⁸

In dit verband noemen wij ook een andere groep personen, namelijk de slachtoffers van mensenhandel of mensensmokkel. Ten aanzien van personen die het slachtoffer zijn geworden van mensenhandel verbiedt het Protocol Migranten-smokkel bij het VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad de strafbaarstelling van illegaliteit in een aantal situaties zelfs uitdrukkelijk. Art. 6 van dit Protocol, waarbij

³⁶ Zie bijvoorbeeld HvJEU 17 oktober 1989, 109/88 (*Danfoss*), waar het ging om het recht van mannen en vrouwen op gelijke beloning voor arbeid. Zie ook de zaak Elgafaji, HvJEU 17 februari 2009, C-465/07, r.o. 42, waarin het Hof van Justitie in het kader van artikel 15 c van de Kwalificatierichtlijn stelt dat bij de toepassing van nationaal recht, nationale rechters dit zoveel mogelijk moeten uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde doel te bereiken en aldus aan artikel 249 lid 3 EG Verdrag (nu 288 VWEU) te voldoen.

³⁷ EHRM 26 april 2007 (*Gebremedhin t. Frankrijk*), appl. nr. 25389/05, JV 2007/252, m.nt. TS, AB 2007/227 m.nt. HBA, r.o. 66.

³⁸ Zie ook *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 537, nr. 23, p. 3.

Nederland partij is,³⁹ verbiedt namelijk de strafrechtelijke vervolging van migranten uit hoofde wegens het feit dat zij het voorwerp zijn geweest van migrantensmokkel; de vervaardiging, aanschaf, verschaffing of het bezit van frauduleuze reis- en identiteitsdocumenten; of van het verlenen van de mogelijkheid tot illegaal verblijf met illegale middelen, onder meer als hiervoor genoemd.

8.3. Samenloop van bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sanctie

Een tweede reden om af te zien van strafbaarstelling van illegaliteit houdt eveneens verband met het huidige instrumentarium en betreft de samenloop van bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, in het geval dat illegaal verblijf strafbaar zou zijn. Wanneer geen duidelijke keuze wordt gemaakt, kan een illegaal verblijvend persoon getroffen worden door zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk optreden, waarbij geldt dat in beide rechtsgebieden hetzelfde doel wordt nagestreefd, namelijk de beëindiging van illegaal verblijf.⁴⁰ Bovendien is het de vraag of uitzetting hangende de strafvervolging is toegestaan. Zo niet dan zou strafvervolging een uitzettingsbeletsel scheppen.⁴¹

8.4. Overige bezwaren

De vraag rijst voorts of er wel voldoende capaciteit aanwezig is bij politie en justitie om illegaal verblijvende personen te gaan vervolgen. Aan deze capaciteit moet ernstig worden getwijfeld.⁴² Worden de kosten van opsporing, vervolging en detentie van de betrokken vreemdelingen werkelijk gerechtvaardigd met de redelijkerwijs van de strafbaarstelling te verwachten effecten op het gedrag van deze vreemdelingen? Daarenboven kunnen de gevolgen van een eventuele veroordeling zich nog lang doen gelden voor de illegaal verblijvende persoon, ook na uiteindelijke uitzetting. Welk doel is daarmee nog gediend? Tot slot is de vraag wat de gevolgen van strafbaarstelling van illegaliteit zullen zijn voor kerkelijke of andere instellingen alsmede burgers die hulp (op wat voor terrein dan ook) verlenen aan hen die onrechtmatig in Nederland verblijven. Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van medisch personeel of geestelijk verzorgers die in de uitoefening van hun beroep hulp (moeten) verlenen aan deze groep personen. Worden deze personen medeplichtig aan het misdrijf illegaal verblijf?

8.5. Conclusies

- a. Het huidige instrumentarium richt zich met de ongewenstverklaring reeds op criminele of overlastgevende vreemdelingen. Als bovenop dit instrumentarium illegaal verblijf apart strafbaar zou worden gesteld, worden ook personen die thans hun vertrek voorbereiden en personen die nog maar net in Nederland zijn gearriveerd en nog een asielaanvraag moeten indienen negatief getroffen.
- b. Tot slot verzetten andere bezwaren, zoals twijfels over de capaciteit bij politie en justitie om illegaal verblijvende personen te gaan vervolgen, de belemmering van uitzetting als gevolg van strafvervolging, de langdurige negatieve gevolgen van een eventuele veroordeling voor de illegaal verblijvende persoon en de gevolgen voor instellingen, burgers en medisch en geestelijk personeel die hulp verlenen aan illegalen, zich tegen de wenselijkheid van deze maatregel.

o-0-o

³⁹ *Trb.* 2001, 70.

⁴⁰ Zie ook *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 537, nr. 23, p. 3.

⁴¹ Zie o.a. J. Snoeijer & N.M. van Wersch, "Illegaliteit als strafbaar feit: het rijmt wel, maar het spoort niet", *MR* 2003, nr. 8, p. 281.

⁴² J. van der Leun, *Crimmigratie*, oratie Universiteit Leiden 11 december 2009, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers, 2010, p. 22.