

aan
Vaste commissie voor Justitie en Veiligheid
cie.jv@tweedekamer.nl

DATUM	ONS KENMERK	UW BRIEF VAN	UW KENMERK
17-06-2021	21010_TS_SB	08-07-2020	
E-MAIL	TELEFOON	BIJLAGE(N)	
t.p.spijkerboer@vu.nl	020 59 86274		

Betreft: *Maatwerk en uitvoering in het vreemdelingenrecht, 24 juni 2021, 10.00-12.30 uur*

Geachte leden van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid,

Op uw verzoek stuur ik ter voorbereiding op het rondetafelgesprek op 24 juni a.s. een gespreksnotitie. Collega's van de Radboud Universiteit Nijmegen schreven hier een belangrijk artikel over in het Nederlands Juristenblad van 9 april 2021,ⁱ dat ik in uw aandacht aanbeveel (bijlage).

In deze notitie zal ik drie voorbeelden geven van situaties waarin geen maatwerk wordt geleverd. Eén voorbeeld gaat over gezinshereniging, één over asiel, en één over naturalisatie. De voorbeelden zijn niet uitputtend. Wel gaat het telkens om honderden of duizenden mensen. Ik zal telkens bekijken hoe het komt dat er geen maatwerk geleverd wordt en wat de rol van de Tweede Kamer kan zijn om daar verandering in te brengen. Ik ga telkens in op relevante wetgeving en beleid; op de uitvoeringsorganisatie IND; en op de rechterlijke toetsing.

Gezinshereniging: niet-Europese ouders van een Nederlands kind

Een belangrijk onderdeel van het migratiebeleid is gezinshereniging. Dat omvat veel meer, maar ik bespreek als voorbeeld zaken over mensen die niet de nationaliteit van een EU lidstaat hebben, maar die wel een kind met de Nederlandse nationaliteit hebben (hierna: niet-Europese ouders). Dat Nederlandse kind heeft op grond van artikel 20 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU) het recht om op het grondgebied van de EU te verblijven. Het Hof van Justitie van de EU heeft in het arrest Ruiz-Zambrano beslist dat de niet-Europese ouder ook een verblijfsrecht heeft als het kind door de weigering van verblijf aan deze niet-Europese ouder weinig andere keuze heeft dan met die ouder het grondgebied van de EU te verlaten. Immers, het verblijf op het grondgebied is het meest fundamentele recht dat een burger aan burgerschap ontleent.ⁱⁱ De niet-Europese ouder kan in een geval als dit vragen om een verklaring van rechtmatig verblijf op grond van artikel 9 Vreemdelingenwet.

Dit arrest had alleen gevolgen voor het Verenigd Koninkrijk en Nederland, omdat dat de enige (destijds) EU lidstaten waren die niet al in hun eigen beleid een oplossing boden voor deze zaken.ⁱⁱⁱ

Het Nederlandse beleid heeft dit arrest aanvankelijk restrictief geïnterpreteerd. De toepassing van deze restrictieve interpretatie kreeg telkens de zegen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het is het Hof van Justitie van de EU geweest dat dwong tot maatwerk in het arrest Chavez-Vilchez.^{iv}

Het Hof heeft bepaald dat de volgende elementen van belang zijn:^v

- Welke ouder heeft de daadwerkelijke zorg over het kind;
- Is er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding tussen het kind en de niet-Europese ouder;
- Er moet rekening worden gehouden met het recht op gezinsleven (artikel 7 Handvest van de Grondrechten van de EU) en met de belangen van het kind (artikel 24 lid 2 Handvest);
- De omstandigheid dat de andere ouder daadwerkelijk alleen de zorg voor het kind kan en wil dragen is een relevant gegeven, maar volstaat niet om vast te stellen dat er tussen de niet-Europese ouder en het kind niet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat het kind bij verblijfsweigering genoopt zou zijn het grondgebied van de EU te verlaten
- Bij de beoordeling van de vraag of het kind door verblijfsweigering genoopt zou zijn het grondgebied van de EU te verlaten moeten, in het belang van het kind, alle omstandigheden betrokken worden, waaronder de leeftijd van het kind, de lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van affectieve relatie met beide ouders, en het risico voor het evenwicht van het kind bij scheiding van de niet-Europese ouder.

De Vreemdelingencirculaire parafraseert de uitspraak van het Hof van Justitie,^{vi} en instrueert de uitvoeringsorganisatie IND dus om maatwerk te leveren.

Maar dat gebeurt niet. Het belang van het kind komt vaak niet aan de orde, de rol van de niet-Europese ouder wordt gebagatelliseerd, bewijsstukken worden niet serieus genomen. Een illustratie hiervan is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 april 2021.^{vii} Het gaat om een Nigeriaanse man met een Nederlands kind dat een Nederlandse moeder heeft. De Raad van State merkt hem net als de rechtbank aan als “een betrokken vader.” Hij brengt en haalt blijkens een verklaring van de basisschool zijn kind regelmatig, is aanwezig bij rapportbesprekingen, ouderavonden en schoolreisjes, gaat blijkens een afsprakenkaart altijd mee naar de tandarts, brengt zijn zoon blijkens een verklaring van de kerk naar de kerk, naar sport en naar bijles, en legt foto’s over waaruit de affectieve relatie met zijn zoon blijkt. Als Nederlandse vaders gevraagd zou worden om hun band met hun kinderen van 10 te documenteren, zou er meestal vergelijkbaar materiaal uit de bus komen – bij mij in elk geval wel. Scheiding van de vader zou voor de zoon ongetwijfeld een drama zijn (daarom wordt er bij echtscheidingen, in het belang van het kind, zo veel werk van gemaakt om als dat maar even kan goed contact met beide ouders tot stand te brengen). Zo niet de IND, met instemming van de Raad van State. De dagelijkse betrokkenheid van de vader bij het leven van zijn kind wordt weggezet met de mededeling dat dit zorg- en opvoedtaken zijn waarvoor de aanwezigheid van de vader in Nederland niet nodig is. En foto’s zijn maar momentopnames. Het belang van het kind komt niet aan de orde. De “betrokken vader” kan worden uitgezet.

Deze heel specifieke context van niet-Europese ouders van Nederlandse kinderen is een voorbeeld van het ontbreken van maatwerk bij gezinshereniging. Regelgeving en beleid zijn in de Chavez-gevallen niet het probleem – die eisen zelfs maatwerk. Maar dat is bepaald niet wat er in het geval van de Nigeriaanse vader gebeurt. En deze gang van zaken is kenmerkend voor de praktijk in deze zaken.

Uw Kamer kan een twee dingen doen om te zorgen dat hier maatwerk geleverd wordt: (1) er op staan dat de IND het al bestaande vereiste van maatwerk daadwerkelijk in praktijk brengt; (2) van de rechter vergen dat die de IND waar nodig dwingt tot maatwerk, omdat de regelgeving dat vereist.

Bewijs nationaliteit in asielzaken

Een asielaanvraag wordt afgewezen als de asielzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat de aanvraag is gebaseerd op feiten die, op zichzelf of in combinatie met andere feiten, een grond voor asiel opleveren.^{viii} De IND heeft in Werkinstructie 2019/4^{ix} een al langer bestaande praktijk aangescherpt: wanneer de IND de nationaliteit van een asielzoeker niet geloofwaardig acht, wordt niet beoordeeld of een asielzoeker in aanmerking komt voor asiel. De meeste asielzoekers hebben niet de documenten bij zich die vereist zijn om hun nationaliteit en identiteit mee aan te tonen; dat valt hen vaak niet aan te rekenen omdat dat samenhangt met hun positie.^x De Werkinstructie voorziet in zulke gevallen in de mogelijkheid om de vreemdeling in deze bewijsnood tegemoet te komen door andere gegevens te bekijken (verklaringen, documenten). Bij een herhaalde aanvraag gelden striktere eisen; IND Werkinstructie 2019/9 stelt dat bij een herhaalde aanvraag kopieën, of documenten waarvan de authenticiteit niet kan worden vastgesteld, niet bij de beoordeling betrokken hoeven te worden. Overigens heeft het Hof van Justitie van de EU onlangs uitgemaakt dat dit beleid uit Werkinstructie 2019/9 in strijd is met Europees recht.^{xi}

Uit een rapport van Amnesty International uit november 2020^{xii} blijkt dat de toepassing van deze werkinstructies problematisch is. Werkinstructie 2019/4 wordt restrictief toegepast.^{xiii} Dit leidt tot drie groepen problemen.

- 1) Uitzetting naar een ander land dan het land van herkomst (bijv. Tanzania voor Somaliërs), bijv. omdat de asielzoeker op valse documenten van dat land reisde; vanuit dit land keert de asielzoeker soms noodgedwongen terug naar het land van herkomst, terwijl de IND niet heeft beoordeeld of dat volgens internationaal recht wel mag. Nederland handelt dan in strijd met het verbod op (in dit geval: indirect) *réfoulement*.^{xiv}
- 2) Uitzetting door de DT&V naar het land van herkomst, terwijl de IND niet geloofwaardig acht dat dit het land van herkomst is. De DT&V handelt dan op een manier die rechtstreeks ingaat tegen het idee van de IND dat het land van herkomst niet geloofwaardig is. Dit levert direct *réfoulement* op, en is een flagrante schending van internationaal recht.^{xv}
- 3) Niet-uitzetbaarheid, omdat het niet geloofwaardig geachte land van herkomst niet meewerkt, of omdat uitzetting naar dat land in strijd met het verbod op *réfoulement* zou zijn (bijvoorbeeld Eritrea).^{xvi} Dit wordt wel het asielgat genoemd: geen beoordeling asielverzoek, geen uitzetting.

De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken en Amnesty International hebben in de al genoemde rapporten aanbevelingen gedaan voor verbeteringen. Het Afrikaanse Hof voor de Rechten van de Mens en Volkeren (de Afrikaanse tegenhanger van 'Straatsburg') heeft jurisprudentie over de vaststelling van nationaliteit, die recht doet aan de reële problemen die Afrikaanse burgers én staten hebben met het vaststellen van nationaliteit. In een recente zaak stelde iemand die door Tanzania als illegale vreemdeling werd behandeld dat hij de Tanzaniaanse nationaliteit had. Het Hof nam als uitgangspunt dat het aan het individu is om een begin van bewijs te leveren van zijn nationaliteit (in dit geval: een kopie van zijn geboortebewijs en een noodpaspoort; in combinatie met de verklaring van een vrouw die verklaarde zijn moeder te zijn en die de naam had van de moeder op het geboortebewijs). Daarna verschuift de bewijslast naar de staat om aannemelijk te maken dat hij die nationaliteit niet heeft.^{xvii} Deze jurisprudentie biedt aanknopingspunten voor een reëlere manier om om te gaan met bewijsnood dan het beleid van de IND.

Het is de rol van uw Kamer als medewetgever om er voor te zorgen dat regelgeving en beleid maatwerk mogelijk maken en eisen (in ieder geval door IND Werkinstructie 2019/9 zo snel mogelijk in te trekken, naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van 10 juni). Daarnaast moet de IND ook daadwerkelijk in staat gesteld worden om dat beleid met een eigen professionaliteit (en dus niet automatisch) toe te passen. Dat betekent onder meer dat de IND een vaste bezetting van voldoende omvang moet hebben, en dat uitzendkrachten alleen ondersteunend werk kunnen doen (en dus niet zelf beslissingen nemen). Ten derde moet de rechter het signaal krijgen dat maatwerk van de IND bij het bewijzen van nationaliteit gewenst is. Het leveren van maatwerk is echter niet aan de rechter zelf; de rol van de rechter is te verzekeren dat de IND dat levert.

Generaal pardon en naturalisatie

Naar schatting 11.000 mensen die op grond van het Generaal pardon van 2007 een verblijfsvergunning hebben, kunnen niet tot Nederlander naturaliseren omdat zij geen identiteitsdocumenten hebben van hun land van herkomst. Zoals de Nationale ombudsman vermeldde in het rapport van 11 juli 2017,^{xviii} wordt dit probleem veroorzaakt door een beleidswijziging van 12 februari 2009.^{xix} Voordien was het beleid sinds mensenheugenis: als mensen bij verlening van een verblijfsvergunning niet het paspoortvereiste is tegengeworpen omdat dat onredelijk zou zijn, gebeurt dat bij naturalisatie evenmin omdat dat net zo onredelijk zou zijn.

Maar sinds 1 mei 2009 moeten ook mensen die bij verlening van hun verblijfsvergunning waren vrijgesteld van het paspoortvereiste (zoals de mensen die onder het Generaal pardon vielen) bij de aanvraag van de Nederlandse nationaliteit een geldig nationaal paspoort en een gelegaliseerde geboorteakte overleggen. Er is een regeling voor bewijsnood, maar de IND past die restrictief toe (bij voorkeur wordt een verklaring van het land van herkomst overgelegd met een motivering waarom geen paspoort afgegeven wordt).^{xx} De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft deze restrictieve aanpak bevestigd.^{xxi}

Deze wijziging van het naturalisatiebeleid is ingevoerd tussen de afkondiging van het generaal pardon (in 2007) en het moment waarop begunstigden (vanwege het verstrijken van de termijn van 5 jaar) om naturalisatie konden verzoeken (2012). Op 26 april 2021 heeft de staatssecretaris een beleidswijziging aangekondigd, die inhoudt dat van het bezit van een geldig paspoort en gelegaliseerde geboorteakte ook worden vrijgesteld personen die als minderjarige een Pardonvergunning hebben gekregen, en die meerderjarig kunnen zijn kunnen bij naturalisatie.^{xxii} Er loopt onderzoek van IND en WODC naar de andere mensen die onder het Generaal pardon vallen, en de Tweede Kamer heeft opgeroepen het beleid aan te passen om ook voor anderen het probleem op te lossen.^{xxiii}

Opvallend aan deze gang van zaken is dat de Kamer nu zelf voor een bepaalde (omvangrijke) groep maatwerk aan het regelen is, zonder zich te buigen over de vraag hoe het komt dat de uitvoeringsorganisatie zelf niet tot zulk maatwerk in staat is. De oorzaak daarvan is de beleidswijziging van 2009 die (leid ik uit de timing ervan af) is ingevoerd met het oog op de mensen die onder het Generaal pardon vielen. Het ligt veel meer voor de hand om terug te keren naar het uitgangspunt zoals dat tot 2009 luidde: als bij verlening van de verblijfsvergunning geen paspoort kon worden vereist, zal dat bij naturalisatie niet anders liggen. Het is de rol van regelgeving en beleid om een kader te bieden dat van de uitvoeringsorganisatie vergt maatwerk te leveren; in dit geval ligt terugkeer naar de beleidsregel van voor 2009 voor de hand. Dan is de IND zelf in staat maatwerk te leveren (ook in andere gevallen, die niet over het Generaal pardon gaan), in plaats van dat de Kamer dat moet doen. De rechter is er evenmin om maatwerk te leveren. Dat moet de uitvoeringsorganisatie doen; de rechter ziet er op toe dat dat gebeurt.

Afsluitend

Het gebrek aan maatwerk leidt tot onrecht voor mensen met een zwakke positie. Voorbeelden zijn Nederlandse kinderen met een niet-Europese ouder; mensen die hun nationaliteit niet kunnen aantonen en wiens asielverzoek daarom niet inhoudelijk wordt beoordeeld; mensen met een Pardonvergunning die hun inburgering niet kunnen afmaken omdat ze geen Nederlander kunnen worden.

Bovendien zien veel van deze mensen door het gebrek aan maatwerk geen andere optie dan in Nederland te blijven. Juist betrokken ouders zoals de Nigeriaanse vader zullen op die manier hun verantwoordelijkheid tegenover hun kind nemen; veel mensen van wie de nationaliteit niet wordt geloofd (Eritreeërs, Somaliërs) zijn niet uitzetbaar en leven op straat; Generaal pardonners hebben een rechtspositie die hen niet in staat stelt om volwaardig mee te doen. Echt maatwerk is een heel praktische bijdrage aan de oplossing van deze problemen.

Hoewel de neiging van uw Kamer om zich, als reactie op het gebrek aan maatwerk, met specifieke groepen (of zelfs met individuele gevallen) bezig te houden goed te volgen is, is dat toch niet de oplossing. Uw Kamer kan niet zelf maatwerk regelen, maar kan er wel voor zorgen dat de uitvoeringsorganisatie (de IND dus) dat doet. Daarvoor zijn de volgende stappen aangewezen:

- Uw Kamer kan de Vreemdelingenwet, het Vreemdelingenbesluit, het Voorschrift Vreemdelingen en de Vreemdelingencirculaire per categorie (gezinshereniging, kennismigrant, arbeid in loondienst, enzovoort) (laten) doornemen op de vraag of die maatwerk vergen; en aansturen op wijziging als dat niet het geval is;
- Uw Kamer kan aandringen op een zodanige inrichting van de IND dat besluiten worden genomen door goed ingewerkte professionals die als taakopvatting hebben, en ook daadwerkelijk in staat zijn (denk aan werkdruk) om maatwerk te leveren. Dat betekent onder meer dat de IND een vaste bezetting van voldoende omvang moet hebben, en dat uitzendkrachten alleen ondersteunend werk kunnen doen (en dus niet zelf beslissingen nemen);
- Uw Kamer kan, bijvoorbeeld bij het wijzigen van regelgeving, tot uiting brengen dat zij van de rechter vergt dat die er op toeziet dat de IND maatwerk levert.

Ik hoop dat deze notitie bijdraagt aan een efficiënt gebruik van de beschikbare tijd op 24 juni.

Hoogachtend,



Prof. Mr. T.P. Spijkerboer
Hoogleraar migratierecht

-
- ⁱ Karen Geertsema e.a., 'Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht', *NJB* 2021, p. 1046-1053.
- ⁱⁱ Hof van Justitie EU 8 maart 2011, Ruiz-Zambrano tegen Office national de l'emploi, ECLI:EU:C:2011:124.
- ⁱⁱⁱ *Uitspraak Chavez-Vilchez alleen gevolgen voor Nederland en Verenigd Koninkrijk*, European Migration Network Nederland, 2019; Hanna van der Linden en Dylano de Wilde, 'Chavez-Vilchez heeft alleen gevolgen voor Nederland en Verenigd Koninkrijk', *Asiel & Migrantenrecht* 2020, p. 226-228.
- ^{iv} Hof van Justitie EU 10 mei 2017, Chavez-Vilchez tegen Sociale Verzekeringsbank, ECLI:EU:C:2017:354. Mirjam den Besten, Bram van Melle en Barbara Wegelin, 'Een jaar na Chavez-Vilchez', *Asiel & Migrantenrecht* 2018, p. 286-292
- ^v Chavez-Vilchez, paragraaf 70-71.
- ^{vi} Vc B10/2.2.
- ^{vii} ECLI:NL:RVS:2021:790.
- ^{viii} artikel 31 lid 1, lid 4 onder b Vreemdelingenwet 2000.
- ^{ix} Een werkinstructie is formeel geen beleidsregel (beleidsregels staan in de Vreemdelingencirculaire), maar zijn bedoeld om ambtenaren te helpen bij de toepassing van het beleid in de werk van alledag. Zoals uit dit voorbeeld blijkt, staan in werkinstructies soms ook beleidsregels.
- ^x Vergelijk Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *De geloofwaardigheid gewogen*, 2016.
- ^{xi} Hof van Justitie 10 juni 2021, LH tegen Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, ECLI:EU:C:2021:478.
- ^{xii} Amnesty International, *Bewijsnood. Wanneer nationaliteit en identiteit ongeloofwaardig worden bevonden*; voor dit rapport werden meer dan 50 uitspraken geanalyseerd en werden bijna 30 dossiers onderzocht.
- ^{xiii} AI rapport, p. 53-78.
- ^{xiv} AI rapport, p. 11, 29, 38.
- ^{xv} AI rapport p. 35-38; vgl. de casus in Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 22 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:873.
- ^{xvi} AI rapport p. 32, 39-48.
- ^{xvii} African Court of Human and Peoples' Rights 28 november 2019, *Robert John Pennesis v United Republic of Tanzania*, 013/2015.
- ^{xviii} Nationale ombudsman, *Geen thuis zonder Nederlands paspoort*, Rapportnummer: 2017/077; in dit rapport worden ook onderzoeken van VluchtelingenWerk de IND, het WODC, en eerdere onderzoeken van de Ombudsman behandeld.
- ^{xix} Tussentijds Bericht Nationaliteiten TBN 2009/1.
- ^{xx} Zie nader het rapport van de Nationale ombudsman uit 2017.
- ^{xxi} Onder meer ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:120.
- ^{xxii} TK 2020-2021, 19 637, nr. 2725.
- ^{xxiii} TK 2020-2021, 35 483, nr. 68.