

Bijlage bij brief d.d. 28 oktober 2008 over de vrijstelling van het wettelijk mvv vereiste

Juridische achtergronden bij vrijstellingscategorieën

Algemeen kader

Artikel 8 EVRM en gevolgen van een uitspraak voor het nationale recht

Artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) bepaalt dat een ieder recht heeft op respect voor zijn familie- en gezinsleven. Als rechtstreeks werkende verdragsbepaling heeft artikel 8 EVRM in geval van strijd met nationale wetgeving voorrang boven het nationale recht. Van belang is verder dat artikel 8 EVRM geen algemene verplichting voor de staat inhoudt om de domiciliekeuze van een vreemdeling te eerbiedigen of om gezinshereniging op haar grondgebied mogelijk te maken door gezinshereniging toe te staan¹.

Procedures bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) betreffen altijd individuele zaken die ook steeds op hun individuele merites dienen te worden beoordeeld. Strikt genomen heeft een uitspraak van het Hof alleen gevolgen in en voor de individuele zaak. Echter, het kan voorkomen dat in een uitspraak een algemene rechtsregel wordt neergelegd of dat er in de jurisprudentie van het Hof een tendens zichtbaar wordt, die noopt tot aanpassing van het beleid. Overigens is door het Hof nimmer geoordeeld dat de Staat geen wettelijk mvv-vereiste mag hanteren; dit is wel degelijk toegestaan.

Onderstaand volgt een nadere toelichting bij de voorgenomen wijzigingen van het mvv-vereiste.

1. Minderjarige schoolgaande kinderen

De beoogde vrijstelling van het mvv-vereiste ziet op minderjarige schoolgaande kinderen die op het moment van hun aanvraag om gezinshereniging drie jaar onafgebroken feitelijk verblijf hier te lande hebben. Het gaat hierbij om gezinshereniging bij een ouder die op grond van een verblijfsvergunning of als Nederlander hier te lande verblijft. Dit was ook de categorie minderjarigen waarbij in de door de Tweede Kamer gestelde vragen de handhaving van het mvv-vereiste onredelijk werd gevonden.

De thematiek die in deze kamervragen aan de orde was, kan niet los worden gezien van ontwikkelingen in de jurisprudentie van met name het EHRM. De ontwikkelingen in de Hofjurisprudentie wijzen uit dat daar waar de belangen van met name minderjarigen in het geding zijn, de onverkorte toepassing van het mvv-vereiste op gespannen voet kan komen te staan met de belangenafweging die in het kader van artikel 8 EVRM dient plaats te vinden. Dit speelt bij de eerste toelating van een vreemdeling², en te meer bij

¹ EHRM 19 februari 1996, Gul/Zwitserland, Rv 1996, nr 23.

² EHRM 31 januari 2006, Rodriques da Silva/Hoogkamer, JV 2006/90. Hierin werd door het Hof geoordeeld dat sprake was van schending van artikel 8 EVRM.

te laat ingediende verlengingsaanvragen. Nederland hecht groot belang aan de naleving van artikel 8 EVRM. Voorkomen moet dan ook worden dat in strijd met die bepaling wordt gehandeld.

Over deze vrijstelling merk ik verder op dat de ouder die zelf geen rechtmatig verblijf heeft, wel aan het mvv-vereiste moet voldoen. Aan alle overige reguliere toelatingsvoorwaarden moet eveneens worden voldaan.

Deze vrijstelling betekent verder geenszins dat ouders nu eenvoudig(er) hun kinderen kunnen laten inreizen met voorbijgaan aan het mvv-vereiste. Integendeel, juist om te voorkomen dat met het enkele illegaal inreizen het mvv-vereiste eenvoudig omzeild wordt, geldt als voorwaarde dat op het moment van de aanvraag sprake moet zijn van een langere periode van feitelijk verblijf, bij (een) Nederlandse ouder(s) of (een) ouder(s) met een verblijfsvergunning. Daarnaast wordt de verblijfsaanvraag zelf getoetst aan de voorwaarden voor toelating.

2. Nareizende gezinsleden en de aanwezigheid van een verblijfsalternatief

Gezinsleden die gezinshereniging wensen bij de houder van een asielvergunning komen niet in aanmerking voor een asielvergunning op grond van artikel 29, onder e of f, Vw 2000, indien zij niet dezelfde nationaliteit hebben als de hoofdpersoon. Verblijf van deze gezinsleden bij de hoofdpersoon is dan wel mogelijk op grond van het reguliere gezinsherenigingsbeleid. Voor deze nareizende gezinsleden gelden al vrijstellingen van het middelenvereiste (artikel 3.22, vierde lid, Vb 2000) en van het legesvereiste. Aan de vrijstelling van het middelenvereiste is dan gekoppeld de eis dat geen sprake mag zijn van een verblijfsalternatief. Aangetoond moet dan worden dat de gezinshereniging niet mogelijk is in een derde land waarmee de vreemdeling of de hoofdpersoon bijzondere banden heeft. Vereist is ook dat de aanvraag om gezinshereniging moet zijn ingediend binnen drie maanden nadat de hoofdpersoon in het bezit is gesteld van de asielvergunning. Met een vrijstelling van het mvv-vereiste voor deze categorie vreemdelingen, op voorwaarde dat geen sprake mag zijn van een verblijfsalternatief, wordt zo een consequente lijn getrokken in de vrijstellingen die voor deze groep van toepassing zijn.

3. De *standstill*-bepaling van artikel 41 Aanvullend Protocol bij de Associatie-overeenkomst EG-Turkije³

De *standstill*-bepaling van het Aanvullend Protocol verzet zich ertegen dat een lidstaat een nieuwe maatregel vaststelt die tot doel of tot gevolg heeft, dat aan de vestiging en, daarmee samenhangend, aan het verblijf van een Turks onderdaan op zijn grondgebied strengere voorwaarden worden gesteld dan die welke golden op het moment waarop het Aanvullend Protocol voor de betrokken lidstaat in werking trad.

In het arrest *Tum en Dari*⁴ van het Europese Hof van Justitie, waarnaar verwezen wordt in de uitspraak van de Afdeling, is bovendien geoordeeld dat de *standstill*-bepaling van artikel 41, eerste lid, Aanvullend Protocol niet alleen ziet op materiële voorwaarden die

³ ABRvS 6 maart 2008, nr 200409217/1-A.

⁴ HvJ EG 20 september 2007, zaak C-16/05, *Tum en Dari*.

een wijziging (aanscherping) inhouden, maar ook op procedurele voorwaarden, zoals bijvoorbeeld een inreisvisum.

Het is vervolgens aan de nationale rechter om te bepalen of er sprake is van een dergelijke aanscherping. De Afdeling heeft nu in de hierboven genoemde zaak ten aanzien van het huidige mvv-vereiste geoordeeld dat sprake is van een dergelijke aanscherping, die derhalve in strijd is met de *standstill*-bepaling. In verband hiermee wordt het mvv-vereiste niet tegengeworpen aan de vreemdeling van wie de uitzetting in strijd is met de relevante bepalingen van de Associatieovereenkomst EEG-Turkije, van het bijbehorende Aanvullend Protocol en van het Besluit nr. 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije. Bijgevolg dient een inhoudelijk onderzoek te worden gedaan of de aanvraag van een Turkse zelfstandige aan de vereisten voor vergunningverlening voldoet, en kan deze verblijfsvergunning bij een bevestigend antwoord niet worden geweigerd enkel vanwege het ontbreken van een geldige mvv.

4. Uitzetting in strijd met artikel 8 EVRM

Een van de hoofdregels van het reguliere toelatingsbeleid is dat een vreemdeling die naar Nederland komt voor verblijf van langer dan drie maanden, moet beschikken over een geldige mvv. Uitzonderingen op dit mvv-vereiste zijn in de regelgeving geformuleerd. In de toelichting op de regels over de vrijstelling van het mvv-vereiste (artikel 3.71 Vb 2000) is reeds aangegeven dat vanzelfsprekend het ontbreken van een geldige mvv niet kan leiden tot afwijzing van de aanvraag, indien een ieder verbindende bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie zich daartegen verzet. Een voorbeeld van een dergelijke verplichting is artikel 8 EVRM. Wanneer toetsing aan artikel 8 EVRM aan de orde is, vergt dit een op de concrete zaak toegespitste afweging van alle relevante feiten en omstandigheden van het individuele geval. In de huidige wijze van toetsing, waarbij beperkt aan het gestelde in artikel 8 EVRM wordt getoetst, komt dit onvoldoende tot uitdrukking. De achterliggende gedachte van deze beperkte 8 EVRM-toets bij verblijfsaanvragen waar een mvv ontbreekt, is dat een volledige 8 EVRM-toets aan de orde kan komen bij het doorlopen van de mvv-procedure in het land van herkomst en de verplichting om hiervoor Nederland te verlaten slechts van tijdelijke aard is. Op basis van het verloop van een aantal procedures bij het EHRM constateer ik dat de huidige in de rechtspraak ontwikkelde wijze van toetsing niet afdoende waarborgt dat in alle gevallen de verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM worden nageleefd, en derhalve aanpassing behoeft. Dit wordt bewerkstelligd door het opnemen van een vrijstellingscategorie voor vreemdelingen van wie de uitzetting in strijd komt met artikel 8 EVRM.

5. De redelijke termijn

Bij de invoering van het wettelijk mvv-vereiste⁵ en ook later, bij de totstandkoming van de Vreemdelingenwet 2000, speelde de kwestie of bij te late verlenging het mvv-vereiste nog van toepassing moest zijn⁶. Hiervoor is vervolgens de redelijke termijn opgenomen. De redelijke termijn is nu ingevuld met een periode van 6 maanden. Gedurende de

⁵ Kamerstukken II 1996/1997, 24 544, nr 6, p. 3.

⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 19 637, nr 522.

redelijke termijn is het mvv-vereiste bij een te late verlengingsaanvraag niet van toepassing, daarna weer wel. Maar juist in die zaken waarin een vreemdeling met rechtmatig verblijf een bestaan heeft opgebouwd, en er sprake is van gezinsleven, wringen de gevolgen van het "herleven" van het mvv-vereiste.

Door het EHRM zijn in meerdere zaken waar een te late verlenging speelde, zodanig kritische vragen gesteld dat hieruit afgeleid kan worden dat onverkorte handhaving van het mvv-vereiste in dat specifieke geval op gespannen voet zou staan met artikel 8 EVRM.

De voorwaarden waarbinnen de redelijke termijn van toepassing kan zijn, zijn neergelegd in artikel 3.82 van het Vreemdelingenbesluit 2000 en blijven onverminderd van kracht. In die gevallen waarin (bijvoorbeeld) sprake is van het verstrekken van onjuiste gegevens of bij verplaatsing van het hoofdverblijf buiten Nederland, is de redelijke termijn niet van toepassing. Volledigheidshalve merk ik op dat het niet tijdig indienen van een verlengingsaanvraag tot gevolg heeft dat de opbouw van de verblijfsrechten ten behoeve van een vergunning voor onbepaalde tijd en een verzoek tot naturalisatie stopt. Gedurende de periode dat geen sprake was van rechtmatig verblijf, bestaat uiteraard geen aanspraak op eventuele voorzieningen en verstrekkingen. De vreemdeling heeft er dan ook groot belang bij om wél tijdig de verlengingsaanvraag in te dienen. In de praktijk blijkt overigens dat de overgrote meerderheid van de vreemdelingen tijdig zorgdraagt voor de verlengingsaanvraag, waar de vreemdeling overigens ook op wordt gewezen door de Immigratie- en Naturalisatiedienst.