

Verslag promotie Nadia Ismaïli

Belang van het kind versus belang van de staat

De staat oordeelt in het familierecht anders over de familieband tussen ouder en kind dan in het migratierecht. Dat is een van de conclusies van het proefschrift van Nadia Ismaïli waarop zij op 11 januari jl. promoveerde. Zij vergelijkt familierechtspraak met nationale en internationale migratierechtspraak en concludeert dat in de EHRM- en de Afdelingsjurisprudentie in familierechtelijke zaken het belang van het kind voorop staat terwijl in de migratierechtelijke jurisprudentie het belang van de staat bij de beheersing van migratie de doorslag geeft.

‘Intieme vreemden’ zullen ons bij de regulering van migratie blijven confronteren met spanningen en tegenstellingen. Zo opent het proefschrift van Nadia Ismaïli – en geeft ze een eerbetoon aan haar promotor Sarah van Walsum, met een citaat uit Sarahs oratie:

‘But one thing I do know. As long as people choose to engage in family life, as long as people stay on the move, and as long as the nation remains the chief unit of political organization, intimate strangers will continue to confront us with tensions and contradictions inherent tot the regulation of human mobility.’¹

De huidige politieke discussie over de verruiming van het kinderpardon laat zien welke politieke tegenstellingen en spanningen er ontstaan als familielevens zich in Nederland zonder verblijfsrechtelijke toestemming ontwikkelt. Dat die spanningen en tegenstellingen ook in het recht zichtbaar zijn, blijkt uit het proefschrift van Ismaïli. Daarin legt zij aan de hand van jurisprudentieonderzoek bloot dat de staat de familieband tussen ouder en kind in het familierecht op andere wijze beoordeelt dan in het migratierecht. En dat rechtbanken die band ook verschillend beoordelen in de afzonderlijke rechtsgebieden.

Ismaïli onderzoekt rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie EU en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Met name uit de analyse van de EHRM- en de

1 S. van Walsum, ‘Intimate Strangers’, Oratie VU, Migration Law Series 9, VU, 2012.



› In het migratierecht gaat de staat ervan uit dat de ouder-kind relatie met skype of vakanties kan worden vormgegeven – wat in het familierecht ondenkbaar is. Eigen foto.

Afdelingsjurisprudentie blijkt dat in familierechtelijke zaken over ouderlijk gezag en omgang met kinderen het belang van het kind altijd voorop staat. In de migratierechtelijke jurisprudentie daarentegen geeft het belang van de staat bij de beheersing van migratie altijd de doorslag. Het antwoord op de titelvraag van het boek, *Who cares for the child?*, is afhankelijk van het rechtsgebied waarop die vraag moet worden beantwoord.

Speculeren

Het geconstateerde verschil tussen de rechtsgebieden leidt tijdens de verdediging meerdere malen tot vragen over een mogelijke verklaring voor het verschil en over wat wetgevers en beleidsmakers met deze bevinding kunnen. Alhoewel Ismaïli benadrukt dat haar onderzoek niet op die vragen in gaat, en dat ‘speculatie doorgaans niet een situatie is waarbij zij zich erg op haar gemak voelt’, meent zij dat de Afdeling en het EHRM een voorbeeld zouden moeten nemen aan de jurisprudentie van het HvJ EU over verblijfsrechten voor gezinsleden van Unieburgers. Alhoewel bij het HvJ EU de regulering van migratie een grote rol speelt in de oordeelsvorming, kijkt dit hof bij de bevordering van mobiliteit binnen de lidstaten juist naar het belang van de bescherming van kinderrechten en het recht op gezinsleven. In de HvJ EU-jurisprudentie vindt er in een specifieke zaak steeds een concrete weging van de belangen plaats, terwijl in de EHRM- en Afdelingsjurisprudentie eigenlijk geen weging plaatsvindt. De HvJ EU-benadering geeft daarmee meer inzicht in de wijze waarop in migratiezaken de belangen worden afgewogen.

Volgens Ismaïli zouden Afdeling en EHRM een voorbeeld moeten nemen aan de jurisprudentie van HvJ EU over verblijfsrechten voor gezinsleden van Unieburgers.

Wendy Schrama (hoogleraar familierecht en rechtsvergelijking, Universiteit Utrecht) hecht waarde aan het sociaalwetenschappelijke uitgangspunt dat ouders en kinderen per definitie een band hebben en dat kinderen bij hun familie moeten kunnen zijn. Beide rechtsgebieden zouden volgens haar dan ook moeten overeenkomen in de weging van de belangen van kinderen. Wat beleidsmakers hieraan zouden kunnen doen, ligt volgens Ismaïli wellicht op het vlak van het ontwerpen van een specifieke wettelijke bepaling die een zelfstandige verblijfsgrond aan kinderen biedt, al is er ook al ruimte binnen het huidige beleid.

Thomas Spijkerboer (hoogleraar migratierecht, VU) is benieuwd waarom de staat bij migrantenkinderen minder waarde hecht aan de ouder-kind band en werpt de vraag op of de staat de ouder-kind band kennelijk minder van belang acht voor deze kinderen, met het restrictieve migratiebeleid als rechtvaardiging? Hij waardeert de uiteenzetting die Ismaïli aan het begin van het proefschrift geeft over wat de rol is van het recht in de driehoeksverhouding tussen staat, individu en familie,² en hoe de staat zowel in het familierecht als in het migratierecht belang heeft bij het reguleren van ouder-kind relaties. Dat de staat in beide

² Par. 1.1.1 van het proefschrift.

rechtsgebieden verschillend omgaat met diezelfde familieband maakt hem hongerig naar een verklaring daarvoor. Die honger kan dit onderzoek echter niet stillen, maar vraagt om nader onderzoek. Ismaïli licht toe dat zij door middel van haar jurisprudentieanalyse het verschil tussen de rechtsgebieden duidelijk heeft gemaakt, en dat een verklaring voor een dergelijk verschil vraagt om andersoortig onderzoek.

Pieter Boeles (emeritus-hoogleraar immigratierecht, Universiteit Leiden) suggereert als oplossing een paradigmawisseling waarbij de enige goede toetsingsmaatstaf 'het belang van het kind' wordt. Dit vereist volgens Ismaïli nogal wat van de rechters. Want, zoals Ismaïli stelt, rechters kunnen er niet aan voorbijgaan dat er in het migratierecht nu eenmaal belangen van de staat spelen die geen overweging zijn in familiezaken. Kinderrechten spelen in migratiezaken wat dat betreft een complexe rol. Een paradigmawisseling is daardoor moeilijk te bewerkstelligen. Dat neemt niet weg dat migratierechters het belang van ouder en kind bij het behoud van hun band wel op meer vergelijkbare wijze zouden kunnen vaststellen zoals familierechters dat doen. Nu bemoeit de familierechter zich bijvoorbeeld met waar het kind moet wonen, gelet op de belangen van het kind, terwijl de migratierechter de wens van de ouders volgt en dan kijkt of dat verblijfsrechtelijk kan. Dat de verschillende rechtsprekende instanties hier uiteenlopend handelen volgt, zoals Ismaïli concludeert, niet uit hun institutionele positie, maar is een keuze van de betreffende rechter.³

Dat migratierechters het belang van ouder en kind bij het behoud van hun band heel anders vaststellen dan familierechters, is geen gevolg van hun institutionele positie maar van keuzes van de rechters.

Artikel 3 IVRK

Dat het belang van het kind altijd een eerste overweging moet zijn, volgt uit het Kinderrechtenverdrag. Volgens Helena Wray (universitair docent migratierecht, University of Exeter) speelt deze verplichting een rol in de EHRM-jurisprudentie over artikel 8 EVRM, met name als het gaat om de procedurele verplichting die voortvloeit uit artikel 8 EVRM. Volgens Ismaïli gebruikt het EHRM een verwijzing naar artikel 3 IVRK echter alleen als aanvullend argument, als er al een andere reden is om een klacht op grond van

artikel 8 EVRM gegrond te verklaren. Aan artikel 3 IVRK komt zo geen zelfstandig gewicht toe. Vanuit kinderrechtenperspectief zou artikel 3 IVRK altijd een eerste overweging in een belangenafweging moeten zijn, volgens Ismaïli, maar de toepassing ervan in migratierechtszaken door het EHRM laat het tegenovergestelde zien.

Peter Rodrigues (hoogleraar migratierecht, Universiteit Leiden) vraagt zich af of het recht van de staat op migratiecontrole het verschil in toepassing rechtvaardigt van artikel 3 IVRK in beide rechtsgebieden. Hij wijst op de mogelijke rol van de discriminatieverboden. Ismaïli acht het vooral noodzakelijk dat de staat het belang op migratiecontrole nader onderbouwt in iedere individuele zaak. Het uitgangspunt is algemeen aanvaard dat het belang van de staat prevaleert om migratie te beheersen, zonder dat in een individuele zaak blijkt waarop dat belang is gebaseerd.

Rubberen stempel

Een buitenlands perspectief maakt vaak zichtbaar dat wat wij gewoon vinden misschien wel ongewoon is. Helena Wray kan moeilijk begrijpen dat de Afdeling de toepassing van artikel 8 EVRM enigszins terughoudend toetst, en daarmee het bestuurlijke besluit kritiekloos van *rubber stamp* voorziet. Wat is dan de invloed van de Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspraktijk? Volgens Ismaïli is op dat punt veel ruimte voor verbetering. Alhoewel EHRM-rechtspraak wel genoemd wordt in Afdelingsuitspraken over artikel 8 EVRM, is de rol ervan zeer beperkt. Die enigszins terughoudende toetsing heeft tot gevolg dat de ouder-kind band wel wordt onderzocht, bijvoorbeeld de mate van contact tussen ouder en kind en het bestaan van omgangsregelingen, maar dat die bevindingen in de rechterlijke uitspraak nooit een rol spelen. De staatssecretaris zet het belang van ouders en kinderen op het onderhouden van hun familieband in Nederland tegenover het belang op migratiecontrole, en kent aan dat laatste altijd het meeste gewicht toe. Dit heeft tot gevolg dat de staat er in het migratierecht van uitgaat dat de ouder-kind relatie vormgegeven kan worden met skype of vakanties, een invulling die in het familierecht ondenkbaar is. ◀

Dr. N. Ismaïli, *Who cares for the Child? Regulating Custody and Access in Family and Migration Law in the Netherlands, the European Union and the Council of Europe*, Migration Law Series 18, VU University, 2018
Promotoren: Sarah van Walsum (†) en Hemme Battjes
Copromotor: Caroline Forder

3 Zie p. 193 van het proefschrift.