

TINEKE STRIK, CORRIEN ULLERSMA EN JORG WERNER | MR. DR. M.H.A. STRIK IS LID VAN DE EERSTE KAMER VOOR GROENLINKS. MR. DRS. C. ULLERSMA IS ADVOCaat BIJ BÖHLER ADVOCATEN IN AMSTERDAM. MR. J. WERNER IS JURIST KINDERRECHTEN & MIGRATIE BIJ DEFENCE FOR CHILDREN.

*Nareis:*

## *Het onderzoek naar de gezinsband in de praktijk*

Wat schrijft het Nederlandse beleid voor als het gaat om het onderzoek naar de feitelijke gezinsband? En hoe gaat het in de praktijk? Kritische kanttekeningen, mede op basis van eigen waarneming: Ullersma en Werner woonden in april 2012 gehoren bij in Addis Abeba, als deelnemers aan een fact finding mission.

In het artikel 'Nareis: Het 'feitelijke band'-criterium in internationaal perspectief', dat hiervoor in dit blad is opgenomen, hebben wij uiteengezet hoe volgens de wet- en regelgeving de gezinsband in de nareisprocedure wordt beoordeeld, namelijk via het feitelijke-gezinsbandcriterium. Aan de hand van EU-recht, EVRM en IVRK hebben wij betoogd dat toepassing van dit criterium zich niet verhoudt tot de in deze verdragen neergelegde verplichtingen. Desondanks wordt dit criterium in de praktijk zelfs nog strikter toegepast dan de wijze waarop het is uitgewerkt in de Vreemdelingencirculaire.

In dit artikel leggen wij de focus op de wijze waarop het onderzoek naar de gezinsband in de praktijk wordt uitgevoerd en hoe dat onderzoek vervolgens wordt betrokken in de besluitvorming, dus hoe de gegevens uit het onderzoek worden gewaardeerd. We onderzoeken of deze twee aspecten voldoen aan algemene juridische maatstaven.

### **Beleid uitvoering onderzoek gezinsband vanaf 2009**

#### *Beleidswijziging 2009*

De nareispraktijk kende jarenlang relatief weinig problemen. De aanvragen werden met de door het internationale recht ge-

wenste welwillendheid behandeld. De in Nederland wonende hoofdpersoon werd in beginsel op zijn verklaringen geloofd en als daar een positief DNA-onderzoek aan werd toegevoegd, kregen de achtergebleven kinderen en/of echtgeno(o)t(e) in beginsel groen licht voor hereniging.

In 2009 kwam in die uitvoeringspraktijk een radicale wijziging, ingegeven door een vermoeden dat sprake was van grootschalige fraude. Die zou zich met name voordoen bij Somalische pleegkinderen.<sup>2</sup> Concrete cijfers en bewijs daarvan ontbreken echter. De belangrijkste daaropvolgende beleidswijziging is het uitvoerige identificerende onderzoek waaraan gezinsleden worden onderworpen.<sup>3</sup> Dit houdt kort gezegd in dat de gezinsleden op een Nederlandse ambassade intensief worden ondervraagd over het gezinsleven in het land van herkomst. De verklaringen worden vervolgens door de IND beoordeeld. De onderzoeken zijn daarbij in overwegende mate bepalend

1 Ingevoerd in 2007.

2 Brief van 3 april 2009 van toenmalig staatssecretaris Albayrak, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 19 637, nr. 1261, ve09000722.

3 Merkwaardig is dat beoogd werd fraude tegen te gaan van pleegkinderen, maar dat het veranderde beleid ook onverkort is toegepast op biologische kinderen. Een expliciete reden daarvoor is in beleidswijzigingen noch brieven van de verantwoordelijke bewindspersonen terug te vinden.

voor de besluitvorming; blijken uit de interviews tegenstrijdigheden, dan wordt de feitelijke gezinsband niet aannemelijk geacht. Bovendien kregen tot voor kort biologische kinderen dan geen DNA-onderzoek meer aangeboden, ook voor hen was het in dat geval een bekeken zaak. Deze onderzoeken hebben enorme gevolgen voor de uitkomst van de aanvragen.

Opgevraagde cijfers<sup>4</sup> tonen dit eenvoudig aan: werd in 2008 nog slechts 12% van de mvv-aanvragen tussen ouder en (biologisch en pleeg-)kind afgewezen, in 2009 was dit al 51%. Het jaar 2010 toont een afwijzingspercentage van 84% en de eerste helft van 2011 gaat het om 81%.<sup>5</sup> Actuelere cijfers zijn nog niet bekend, maar vermoedelijk niet wezenlijk anders.

In een brief van 6 juli 2011 aan de Tweede Kamer<sup>6</sup> 'over resultaten die geboekt zijn met een intensieve, ketenbrede aanpak van fraude en misbruik in het asiel- en nareisbeleid door Somalische asielzoekers' stak de toenmalige minister Leers

*De brief bevat een schoolvoorbeeld van een drogreden: 1) Ik constateerde fraude. 2) Ik wijs nu bijna elke aanvraag af. 3) Dus bijna elke aanvraag was fraude.*

de loftrumpet over de resultaten bij gezinshereniging. Uit de cijfers blijkt volgens de minister niet alleen dat er een goede aanleiding was om de aanpak tegen fraude in te voeren, maar ook dat de genomen maatregelen effectief zijn gebleken.

De brief bevat een schoolvoorbeeld van een drogreden: 1) Ik constateerde fraude. 2) Ik wijs nu bijna elke aanvraag af. 3) Dus bijna elke aanvraag was fraude. Deze weinig overtuigende verdediging door Leers van zijn beleid in combinatie met de genoemde dramatische stijging van het aantal afwijzingen, zorgde ervoor dat zowel nationaal als internationaal kritiek op het nareisbeleid ontstond.<sup>7</sup>

#### *Beleidswijziging 2012*

Op 16 juli 2012 kondigde de minister in een brief aan de Tweede Kamer een aantal wijzigingen aan in het nareisbeleid.<sup>8</sup> Blijkens deze brief keert het tij voor het 'kerngezin'. Bij ouder(s) en hun biologisch kind(eren) wordt bij positief DNA-onderzoek

het bestaan van de feitelijke gezinsband aangenomen.<sup>9</sup> De eis van de feitelijke gezinsband blijft dus staan. Inmiddels is per 2 oktober 2012 IND-werkinstructie 2012/6 in werking getreden, met daarin de 'werkwijze DNA-onderzoek en identificerende vragen'. Daaruit volgt dat in geval van biologische kinderen en bewijsnood direct DNA-onderzoek wordt aangeboden 'om de biologische afstammingsrelatie aan te tonen'. Bij pleegkinderen blijft het identificerend onderzoek gehandhaafd, net als bij een biologisch kind als niet beide ouders herenigen, of het kind meerderjarig is.<sup>10</sup>

Het nieuwe beleid geldt alleen voor zaken waarop nog niet in eerste aanleg is besloten. Kortom, een biologisch kind dat op 1 april 2012 een aanvraag deed en al is afgewezen, heeft pech. Zijn biologische band bewijst immers volgens het oude beleid geen feitelijke gezinsband. Deed datzelfde kind op 17 juli 2012 een aanvraag, dan was DNA-onderzoek in principe wel voldoende geweest om toch herenigd te worden met zijn

ouder. De positie van biologische kinderen van nareizigers wijzigt bovendien opvallend genoeg voor de tweede keer in korte tijd, terwijl bij beide wijzigingen een specifieke motivering ten aanzien van deze groep ontbreekt.

Dat de eis van de feitelijke gezinsband naar onze mening niet houdbaar is gezien internationale verplichtingen, hebben wij in het artikel over de juridische aspecten, elders in dit nummer, uiteengezet. Daarnaast roept de keuze van de minister om gevallen van vóór 16 juli 2012 anders te (blijven) behandelen vragen op over de houdbaarheid daarvan, vanuit juridisch, beleidsmatig en humaan oogpunt. Er valt veel over te zeggen, maar wij beperken ons in dit artikel tot het beoordelingsinstrument van de feitelijke gezinsband: de identificerende onderzoeken. Dit was, is en blijft immers voor een substantiële groep nareizigers het belangrijkste (vaak doorslaggevende) instrument van onderzoek op grond waarvan de feitelijke gezinsband wordt beoordeeld.

We zetten dit instrument en de invulling ervan ten eerste af tegen de Gezinsherenigingsrichtlijn en bespreken vervolgens de bezwaren tegen de uitvoeringspraktijk van de onderzoeken.

4 Brief minister 13 december 2011, kenmerk 5711168/11, reactie op WOB-verzoek DefenceforChildren, ve12000190, zie: <http://www.defenceforchildren.nl/images/69/1663.pdf> (geraadpleegd op 29 oktober 2012).

5 Deze cijfers betreffen alle nareisaanvragen, dus van elke nationaliteit.

6 Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 19 637, nr. 1439, ve11001696.

7 Nationaal was er onder meer kritiek in de literatuur – zie: M. Van Riel, 'Het aangescherpte beleid voor de toelating van nareizende gezinsleden van Somalische gezinsleden nader beschouwd', *Journaal Vreemdelingenrecht* 2011-04, p. 243-252 – en van Kinderombudsman Marc Dullaert die aangaf te vermoeden 'dat het recht op een familieleven met voeten wordt getreden' – *De Volkskrant* 16 mei 2012, blz. 3 – en daarbij een grootschalig onderzoek aankondigde. Naar verwachting wordt het onderzoek van de Kinderombudsman nog dit jaar afgerond. Zie daarnaast kritiek van het parlement: 6 oktober 2011 TK 2011-2012, 19 637, nr. 1470, ve11002827, 15 februari 2012 TK 2011-2012 30573, nr. 98, ve12000941 en EK 2011-2012 33158, C. Internationale kritiek kwam onder meer van het Europees Parlement in het kader van de bespreking van het Groenboek over het recht op gezinshereniging (richtlijn 2003/86/EG): Emine Bozkurt 16 februari 2012, O-000015/2012 - B7-0031/2012.

8 Kenmerk 2012-0000305690, <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/asielbeleid-en-immigratie/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/07/16/kamerbrief-nareisbeleid.html>, Migratieweb: ve12001561, [bezoekt 29 oktober 2012].

9 De redenering van de minister: 'Ik stel vast dat er voor het biologische kerngezin (man, vrouw en hun gezamenlijke minderjarige biologische kinderen) – die geen documenten hebben – inmiddels niet meer in alle gevallen reden bestaat om identificerende onderzoeken te doen die eerder noodzakelijk waren. Immers, zoals ik in de al genoemde brief van vorig jaar heb gemeld, is de fraude succesvol aangepakt en met DNA-onderzoek kan de biologische gezinsband worden aangetoond. Voor debiologische kerngezinsleden geven de verklaringen van de hoofdpersoon gecombineerd met de uitslag van het DNA-onderzoek in beginsel voldoende indicatie over het bestaan van een feitelijke gezinsband in het herkomstland. Het gaat hier om nareisaanvragen waarbij zowel de man, vrouw als (een van) hun gezamenlijke biologische minderjarige kind(eren) betrokken zijn.'

10 Dit zijn de in de Werkinstructie beschreven gevallen. Hoe de praktijk uitwerkt naar aanleiding van de in de brief van 16 juli 2012 ingenomen uitgangspunten, zal zich nog moeten uitwijzen.

## Identificerend onderzoek en Gezinsherenigingsrichtlijn

De gunstiger bepalingen die in de Gezinsherenigingsrichtlijn zijn opgenomen ten behoeve van vluchtelingen hebben ook consequenties voor het identificerende onderzoek. Als een vluchteling geen officieel document kan overleggen waaruit de gezinsband blijkt, moeten de lidstaten op grond van artikel 11 lid 2 Richtlijn rekening houden met andere bewijsstukken. In elk geval mag een afwijzing van het verzoek niet enkel gebaseerd zijn op het ontbreken van bewijsstukken. Voor het overige is artikel 5 van de richtlijn van toepassing, dat de mogelijkheid biedt tot gesprekken met de gezinsleden of andere onderzoeken als dat nodig is voor de vaststelling van de gezinsband.

In haar evaluatie van de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn laat de Commissie zich kritisch uit over de Nederlandse bepaling dat de vluchteling moet aantonen dat hij of zij onmogelijk een dergelijk document kan overleggen. In de ogen van de Commissie rust hierdoor de bewijslast ten onrechte op de vluchteling. Meer in het algemeen wijst de Commissie erop dat het Unierecht vereist dat de identificerende gesprekken en andere onderzoeken evenredig zijn, zodat ze het recht op gezinshereniging niet tenietdoen, en dat ze de fundamentele rechten, met name het recht op privacy en gezinsleven, eerbiedigen.<sup>11</sup>

Naar onze mening vereist het evenredigheidsbeginsel ten eerste dat er een noodzaak is voor het houden van identificerende gesprekken of ander onderzoek. Met andere woorden: de twijfel over de identiteit moet zodanig zijn, dat nader onderzoek gerechtvaardigd is. Ten tweede dient ook de methode in verhouding te staan tot het doel van het identificerende onder-

*Als er op één concreet punt reden is voor twijfel, zou het onderzoek zich daartoe moeten beperken.*

zoek. Als er op één concreet punt reden is voor twijfel, zou het onderzoek zich daartoe moeten beperken. Met de verwijzing naar het recht op gezinshereniging maakt de Commissie duidelijk dat het evenredigheidsbeginsel ook van toepassing is op de waardering van de uit de interviews verkregen informatie. Wanneer mag die informatie gezinsleden afhouden van de uitoefening van hun recht op gezinshereniging? In de zaak Chakroun maakte het Hof van Justitie duidelijk dat gezinshereniging de algemene regel is en dat lidstaten hun handelingsvrijheid niet zo mogen gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het recht op gezinshereniging, en aan het nuttig effect ervan.<sup>12</sup>

In ons andere artikel elders in deze editie hebben wij aange- toond dat het vereiste van een 'feitelijke gezinsband' niet in overeenstemming is met de richtlijn voor zover dit verder strekt dan de aanwezigheid van familiebetrekkingen. Voor

zover het gaat om het wel toegestane deel, mogen inconsistenties tussen verklaringen van gezinsleden over feiten die weinig verband houden met de gezinsband van kinderen met de asielstatushouder geen gevolgen hebben voor het recht op gezinshereniging. Dat is pas aan de orde als uit een onderzoek (DNA, interview of anderszins) blijkt of sterke aanwijzingen naar voren komen dat de aanvrager geen kind is, al dan niet biologisch, van de asielstatushouder of zijn of haar partner. Naleving van het evenredigheidsbeginsel in het asielrecht impliceert ook dat aan mensen het voordeel van de twijfel moet worden gegund. Artikel 4 lid 5 Definitierichtlijn stelt in dit verband ook grenzen aan het mogen tegenwerpen van het ontbreken van bewijsmateriaal. Het eerste lid van dit artikel benadrukt dat het onderzoek naar de internationale bescherming een gezamenlijke verantwoordelijkheid is. Omdat een afgeleide asielstatus is gebaseerd op de toekenning van bescherming aan de referent, is ook het verzoek van de nareizigers als verzoek om bescherming te kwalificeren. Dat impliceert dat de autoriteiten een constructieve houding aan de dag leggen en zij de asielzoeker optimaal bijstaan bij het inbrengen van de relevante elementen. De verderop in dit artikel beschreven praktijkvoorbeelden wekken niet deze indruk.

Het uitvoeren van een identificerend onderzoek als met DNA-onderzoek de gezinsband al is vastgesteld, is per definitie overbodig en daarom niet in overeenstemming met de richtlijn.

Interessant is ook dat de Commissie wijst op het recht op privacy dat lidstaten dienen te eerbiedigen bij een onderzoek naar de gezinsband. Dat impliceert naar onze mening dat ook een DNA-onderzoek alleen mag worden uitgevoerd als er een noodzaak is. Standaard DNA-onderzoek opleggen bij biologische gezinsbanden lijkt ons daarmee niet verenigbaar. Als gezinsleden van een asielstatushouder genoegzaam op andere wijze

de gezinsband aannemelijk kunnen maken, waarom zou een verdergaand middel nog moeten worden toegepast? Maar ook bij de identificerende onderzoeken kan de privacy worden aangetast. Zoals uit de beschrijving van de praktijk blijkt, dwingt een beantwoording van veel vragen tot het blootleggen van persoonlijke gegevens, die lang niet allemaal relevant zijn voor het vaststellen van een gezinsband. Een privacy- en relevantie-check op de vragen zou een ongerechtvaardigde inbreuk kunnen voorkomen.

## Identificerende onderzoeken

Op de identificerende onderzoeken is inmiddels veel kritiek geuit. Die kritiek is onder te brengen in twee categorieën: de uitvoering van de onderzoeken en de wijze waarop deze in de besluitvorming worden betrokken. De praktijk, regelgeving en jurisprudentie inzake de bezwaren worden hier besproken. Ullersma en Werner deden in april 2012 als deel van een fact finding mission van Vluchtelingenwerk en Defence for

<sup>11</sup> COM(2008)610, 8 oktober 2008, p. 10, ve11002839.

<sup>12</sup> HvJ EU, 4 maart 2010, C-578/08, (Chakroun), r.o. 43, JV 2010/177 nt. C.A. Groenendijk, ve10000350.

Children in Addis Abeba onderzoek naar de praktijk van de identificerende onderzoeken. In deze paragraaf worden de belangrijkste bevindingen in vogelvlucht meegenomen.<sup>13</sup>  
 Procedurele aspecten onderzoeken

#### Vertaling

Bij de interviews wordt geen beëdigde tolk ingezet. De ambassade huurt een plaatselijke tolk in,<sup>14</sup> soms wordt de betrokkene zelf geacht zorg te dragen voor een tolk. Regelmatig vindt een dubbele vertaalslag plaats; van Nederlands naar Engels en van

men door een ambassademedewerker. Dat kan wellicht voor de Afdeling verschil hebben gemaakt. Een relevant verschil is dit volgens ons echter niet. Voor alle nareiszaken geldt namelijk dat de IND zeer nauw betrokken is bij de procedure en de regie voert, door het voorbereiden en aanleveren van de vragen. Vasthouden aan die bevoegdheidskwestie komt dus gekunsteld over en lijkt een makkelijke manier om onder een lastige verplichting uit te komen. De rationale van de Wbtv is bovendien volgens de memorie van toelichting nu juist dat gezien de mogelijk grote gevolgen in alle zaken met betrekking tot het

### *Regelmatig vindt een dubbele vertaalslag plaats; van Nederlands naar Engels en van Engels naar de taal van de betrokkene.*

Engels naar de taal van de betrokkene. De hoorambtenaar vertaalt de Nederlandse vragen zelf naar het Engels en verwerkt de antwoorden die hem in het Engels door de tolk worden gepresenteerd direct in het Nederlandstalige verslag.

Een veelgenoemd bezwaar bij deze werkwijze is dat de kwaliteit van tolk en vertaling niet gewaarborgd is. Veelvuldig is een beroep gedaan op artikel 28 Wet beëdigde tolken en vertalers (Wbtv), op grond waarvan de IND is gehouden bij de uitvoering van haar diensten enkel gebruik te maken van een beëdigde tolk.<sup>15</sup> Verschillende rechtbanken oordeelden dat deze voorschriften waren geschonden.

De Afdeling oordeelde echter op 10 oktober jongstleden dat artikel 28 Wbtv niet van toepassing is, nu Nederlandse ambassades daarin niet zijn genoemd of aangewezen om uitsluitend gebruik te maken van beëdigde tolken.<sup>16</sup>

De overweging overtuigt niet, alleen al omdat de interviews in Addis Abeba<sup>17</sup> geheel door de IND worden uitgevoerd. De onderzoeken worden er sinds 2009 afgenomen door een ingevlogen IND-medewerker, de ambassade stelt alleen nog de ruimte en computers ter beschikking. In de zaak die leidde tot voormelde uitspraak van 10 oktober blijkt dat het onderzoek was afgeno-

vreemdelingenrecht het belang van een goede vertolking gewaarborgd dient te zijn. Er is geen grond om aan te nemen dat dit bij een door de IND afgenomen gehoor anders zou zijn dan bij een gehoor door een ambassademedewerker in het kader van een vreemdelingenrechtelijke aanvraag. De overheid dient haar wettelijke verantwoordelijkheid te nemen.

Gezien de interviewverslagen lijkt bovendien tijdens het interview niet voldoende te worden nagegaan of de betrokkene de tolk goed verstaat en begrijpt, waarmee mogelijke problemen tijdig zouden kunnen worden onderkend. De hoorambtenaar vraagt daar enkel aan het begin en het eind naar. Uit gesprekken met geïnterviewden blijkt dat zij vaak niet uit eigen beweging durven aan te geven dat ze vragen en/of de tolk niet begrijpen.

#### Correcties en aanvullingen

Daarnaast wordt het verslag van het onderzoek niet ter correctie en aanvulling voorgelegd aan de betrokkene. Het belang is erin gelegen dat daardoor vertaalfouten en misverstanden tijdig, vóór de besluitvorming erop wordt gebaseerd, worden weggefilterd<sup>18</sup> – hetgeen diverse rechtbanken hebben onderkend, waarbij van belang is dat de identificerende onderzoeken van doorslaggevende betekenis zijn voor de besluitvorming.<sup>19</sup>

Dit kan (deels) worden ondervangen door het opnemen van het interview. Tot nu toe weigert men dit, maar de nationale ombudsman oordeelde recentelijk ten aanzien van een asielprocedure dat het opnemen moet worden toegestaan als daarom wordt verzocht. De redenering van de ombudsman dient evenzo voor identificerende onderzoeken te gelden.<sup>20</sup>

Het belang van deze controles blijkt al uit het volgende voorbeeld, waarvan Ullersma en Werner getuige waren tijdens het bijwonen van een interview, waarbij ook de Somalisch sprekende Ayaan Abukar (VluchtelingenWerk) aanwezig was. Het niveau van de ingezette tolk vond zij over het algemeen behoor-

13 Conclusies ten aanzien van het bijwonen van de identificerende onderzoeken en over alle facetten van de fact finding mission zijn te vinden in de uitgebreide verslaglegging van A. Abukar en J. Werner, 'Verslag onderzoeksreis Ethiopië naar gevolgen nareisbeleid', Vluchtweb 30-08-2012 en A. Abukar en J. Werner, 'Hoe lang duurt het nog voordat we naar onze moeder kunnen? Op onderzoeksmisssie naar kinderen die wachten op gezinshereniging', Right! Tijdschrift voor de rechten van het kind 2012-02, p. 12-13. Zie ook M. Wannet, 'Identificerende gehoren met Somalische nareizigers op de Nederlandse ambassade te Addis Abeba. Bevindingen van voorbesprekingen, bijwonen en nabesprekingen 1 mei tot 10 juni 2012 en M. van Riel, 'Somalische gezinsleden in Addis Abeba, juli 2012', VluchtWeb VluchtelingenWerk Nederland. In het najaar zullen Defence for Children en VluchtelingenWerk een brochure publiceren over het nareisbeleid met daarin een verslag van de ervaringen in Ethiopië.

14 In Addis Abeba werd gemeld dat er bij de boeking van een tolk een relatieve hoge prijs voor de tolkdiensten wordt betaald en dat ook dit als garantie wordt beschouwd voor de kwaliteit. Vermeld werd dat de tolken voor meerdere ambassades en organisaties als UNHCR werken.

15 Zie onder andere rechtbank Den Haag 27 april 2012 (AWB 11/9103; via vluchtweb). Vergelijk voorts de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 6 juli 2011 (JV 2012/26) met eenzelfde strekking ten aanzien van de kwalificatie van de ingezette tolk, o.a. de interviewer die zelf van Nederlands naar Engels vertaalt.

16 ABRvS 10 oktober 2012, 201200426/1/V1, (nog) niet gepubliceerd.

17 De ambassade met het grootste aantal nareis-mvv-aanvragen en identificerende onderzoeken.

18 In de asielprocedure is dit een als uitwerking van artikel 36 Vw in het Vreemdelingenbesluit neergelegd recht (3.113 lid 4 Vb). Vgl. ook de parlementaire geschiedenis: EK 2000-2001, 26732, nr 5g.

19 Zie onder meer Rechtbank Amsterdam 12 maart 2012 (AWB 11/33034; via vluchtweb) en eerdergenoemde uitspraken van de Rechtbanken Haarlem en Amsterdam.

20 Rapport 2012/142, 10 september 2012, JV 2012/454, ve12001954.

lijk,<sup>21</sup> maar er was wel degelijk sprake van fouten en misverstanden. Een vrouw vertelde volgens de tolk over miskramen die zij zou hebben gehad, maar noemde tevens namen van die 'ongeborenen'. De hoorambtenaar stelde hier geen nadere vragen over. Abukar signaleerde dat er een vertaalfout was gemaakt; het betroffen geen miskramen, maar kinderen die een aantal maanden na de geboorte waren overleden. Dergelijke relevante verschillen kwamen gedurende de bijgewoonde onderzoeken meer voor.

Hoewel dit voorbeeld laat zien hoe cruciaal correcties en aanvullingen kunnen zijn voor een juiste feitenvaststelling, oordeelde de Afdeling dat de minister niet verplicht is hiertoe de mogelijkheid te bieden. Volgens de Afdeling zou hiertoe geen rechtsregel bestaan. In de desbetreffende zaak had de betrok-

## *De detailvragen lijken met regelmaat niet of nauwelijks te raken aan het doel van de interviews: het onderzoeken van de gezinsband.*

kene volgens de Afdeling niets aangevoerd waaruit zou blijken dat zij in haar belangen was geschaad doordat haar reactie op het onderzoek eerst in bezwaar was betrokken.<sup>22</sup>

### *Aard procedure*

De Afdeling gaat op deze punten naar onze mening ten onrechte voorbij aan het feit dat nareis procedureel gezien een asielpcedure is; gebaseerd op artikel 29 Vw, in de afdeling Asiel van deze wet. Het enige verschil tussen de asielzoeker en de nareiziger is dat de laatste een mvv aanvraagt. De Afdeling noch de minister licht toe waarom dit een relevant verschil zou inhouden dat het onderscheid in benadering kan rechtvaardigen. Ons inziens dienen de waarborgen uit de asielpcedure evenzeer voor de nareisprocedure te gelden. En in de asielpcedure benadrukt de Afdeling steevast het belang van een beëdigde tolk, en van correcties en aanvullingen, als fundamenteel onderdeel van de procedure.<sup>23</sup>

### *Zorgvuldigheidsplicht ex artikel 3:2 Awb*

Van nog groter belang is echter de vraag hoe het gebrek aan waarborgen is te rijmen met artikel 3:2 Awb. Bij een aanvraag rust op de aanvrager op grond van artikel 4:2 Awb de last om alle relevante gegevens te verstrekken waarover hij in redelijkheid kan beschikken. Als hij niet over die gegevens beschikt, en deze redelijkerwijs niet zal kunnen verkrijgen, dan is het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb gehouden om zelf onderzoek naar de feiten te verrichten. Dat betekent dat de bewijsvoeringslast toekomt aan het bestuursorgaan.<sup>24</sup> De onderzoeksplicht van het bestuur wordt geactiveerd en daarmee wordt het onderzoek in het bewijsdomein van het bestuursorgaan geplaatst. Binnen dat domein draagt dus het bestuursorgaan de verantwoordelijkheid voor het onderzoek.

In het geval van onderzoek naar de gezinsband in de nareisprocedure betekent dit het volgende. In veel nareisprocedures wordt vastgesteld dat de aanvrager in bewijsnood verkeert bij het aantonen van de gezinsband. Mede om die reden ziet de minister aanleiding om zelf onderzoek te verrichten, en kiest hij daarbij voor een identificerend onderzoek. Daarmee bevindt dat onderzoek en dus ook de uitvoering daarvan zich binnen het bewijsdomein van de minister.

Dat houdt in dat het aan de minister is om ervoor zorg te dragen dat de wijze waarop het identificerend onderzoek wordt afgenomen zorgvuldig is en dat zoveel mogelijk wordt gewaarborgd dat van de juistheid van het verslag kan worden uitgegaan. Een redelijke invulling van die plicht jegens de aanvrager omvat tenminste dat men zorgt voor een gekwalificeerde

tolk in de taal die de geïnterviewde kan begrijpen en dat de schriftelijke uitwerking van het onderzoek tijdig aan de geïnterviewde wordt voorgelegd voor controle. Alleen dan kan ervan worden uitgegaan dat het verslag van het identificerende onderzoek een getrouwe weergave is en als basis voor de besluitvorming kan dienen. Het doorslaggevende karakter van de onderzoeken bepaalt mede de mate van vereiste zorgvuldigheid.

### *Opzet en invulling identificerende onderzoeken*

Naast de procedurele aspecten van de onderzoeken zijn bij de invulling ervan vragen te stellen. Ook dat aspect heeft duidelijk invloed op het verloop en de uitkomst van de interviews.

### *Vraagstelling*

Niet duidelijk is hoe de vraagstelling wordt voorbereid. In hoeverre wordt doordacht en afgewogen of het doel rechtvaardigt dat bepaalde onderwerpen worden besproken? Een op het oog eenvoudige vraag kan voor een getraumatiseerde betrokkene zeer emotioneel of ingrijpend zijn. Bij pleegkinderen is een gegeven dat hun biologische ouders niet voor ze kunnen zorgen, omdat ze daartoe niet in staat zijn, geen zin hadden, vermist of overleden zijn. Dat zijn doorgaans moeilijke onderwerpen voor een kind om over te praten. De hoorambtenaren hebben geen speciale opleiding of training gehad voor omgang met getraumatiseerden. Op zichzelf is het begrijpelijk dat er vragen over dit onderwerp zijn. Maar noch in de voorbereiding, noch in interviews zelf, blijkt of er bijzondere aandacht voor dergelijke gevoeligheden is, of dat onderwerpen daarom niet worden aangesneden. Ook licht men doorgaans niet toe waarom die vragen worden gesteld. Bij één van de bijgewoonde gehoren vroeg een vrouw bij herhaling bijna wanhopig opheldering waarom ze bepaalde (voor haar pijnlijke) vragen moest beantwoorden. Daar werd weliswaar kort op ingegaan, maar enkel in algemene termen: die vragen waren nodig voor het vaststellen van de

21 Bij alle bijgewoonde interviews was dezelfde tolk aanwezig.

22 ABRvS 10 oktober 2012, 201200426/1/V1, (nog) niet gepubliceerd.

23 Vergelijk de uitspraken van 31 januari 2012, JV 2012/128 (tolk), ve12000382 en 22 juni 2004, JV 2004/325 (c&a), ve04001194.

24 Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, Kluwer 2005, p. 177 e.v.

gezinsband. Voor de vrouw in kwestie leek het met die droge juridische toelichting niet duidelijker of draaglijker te worden.

De interviews zijn qua vraagstelling zeer gedetailleerd. De onderzoeksmis­sie heeft de vraag opgeworpen bij de opzet onderzoek is gedaan naar het vermogen van mensen om een groot aantal gedetailleerde vragen over een soms ver verleden te kunnen beantwoorden. Ook bezien vanuit een bepaalde culturele achtergrond, zoals Somaliërs, die niet gewend zijn aan het omgaan met data. Dat blijkt niet het geval te zijn. De detailvragen lijken met regelmaat niet of nauwelijks te raken aan het doel van de interviews: het onderzoeken van de gezinsband. Wat is de relevantie van de vraag of vaders werkplek zou moeten worden omschreven als een werkplaats, winkel of magazijn, wanneer het soort werk al duidelijk is? Wat wordt daarmee bewezen?

#### *Duur en pauzes*

De gemiddelde duur van de interviews is circa 3 uur.<sup>25</sup> Dat had in de bijgewoonde interviews zichtbare negatieve gevolgen voor de betrokkenen.<sup>26</sup> Concentratieverlies en vermoeidheid bemermden hen duidelijk het hele interview vragen te blijven beantwoorden. De hoorambtenaar nam per interview slechts één keer het initiatief tot een pauze van tien minuten. Bij de bijgewoonde interviews vroeg Ullersma herhaaldelijk om pauze omdat de betrokkene daar naar haar inzicht dringend behoefte aan leek te hebben. Pas na lang aandringen werd dat soms geïrriteerd toegestaan, louter omdat de rechtsbijstandverlener aanwezig was en dit afdwong. De meeste tijdens de mis­sie bezochte nareizigers<sup>27</sup> gaven aan zelf niet om pauzes te

### *Een vijftienjarig meisje krijgt qua niveau en hoeveelheid dezelfde vragen als een 37-jarige man.*

durven vragen. Kinderen omdat zij volwassenen niet zo kunnen of mogen aanspreken. Volwassenen omdat zij zich niet vrij voelen te 'zeuren' tegen een autoriteit; het onderzoek was immers erg belangrijk, was een veelgehoord argument. Dat de hoorambtenaar verder tijdens het interview de antwoorden direct intikt in zijn computer is uit efficiëntieoverwegingen begrijpelijk, maar zorgt er ook voor dat geen sprake is van een open gesprek. Door het typewerk valt het gesprek steeds dood, duurt het langer, en krijgt de geïnterviewde het gevoel dat hij een examen aan het afleggen is, zo werd naderhand bevestigd door betrokkenen.

#### *Horen minderjarige*

Het horen van een minderjarige behoeft bijzondere aandacht. De ontwikkelingssituatie en achtergrond van een individuele minderjarige moet maatgevend zijn voor de wijze waarop hij of zij geïnterviewd wordt. In nareisprocedures zijn echter geen regels of richtlijnen voor het interviewen van minderjarigen. Een vijftienjarig meisje krijgt dus qua niveau en hoeveelheid dezelfde vragen als een 37-jarige man. Wel wordt de leeftijd van twaalf als omslagpunt gezien; er wordt naar gestreefd om kinderen onder de twaalf korter of niet te horen. Veel concreter dan dit lijkt het verschil in benadering niet te zijn.

Artikel 12 IVRK stelt de mening van kinderen centraal. Het artikel biedt de juridische grondslag voor één van de belangrijkste vormen om het belang van het kind te onderzoeken.<sup>28</sup> Hoewel het woord 'participatie' niet in het de tekst van het artikel voorkomt, wordt artikel 12 IVRK vaak omschreven als het recht op participatie.<sup>29</sup> Deze omschrijving benadrukt het in artikel 12 erkende belang voor kinderen om, wanneer zij daartoe in staat zijn, rechtstreeks hun mening te kunnen uiten over zaken die hen aangaan.

Het eerste lid van artikel 12 IVRK geeft ieder kind dat in staat is om een eigen mening te vormen het recht om die mening te uiten in alle aangelegenheden die hem of haar betreffen. Aan de mening van het kind dient volgens artikel 12 IVRK passend belang gehecht te worden met het oog op zijn of haar leeftijd en rijpheid. Lid 2 voegt daaraan toe dat kinderen met name in de gelegenheid gesteld dienen te worden om een mening te geven in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure. Artikel 12 benadrukt zo enerzijds het recht van het kind om te worden

gehoord, anderzijds geeft het bescherming als het kind nog niet voldoende in staat is om zijn of haar mening te vormen of te uiten of wanneer van de geuite mening van het kind misbruik gemaakt dreigt te worden.

De Afdeling heeft in 2004 artikel 12 IVRK als een ieder verbindende bepaling erkend.<sup>30</sup> Artikel 12 is nader uitgewerkt in General Comment nummer 12 van het Comité voor de Rechten van het Kind (hierna: het Comité). Bij de toepassing van artikel 12 IVRK moeten we rekening houden met de visie van het Comité.<sup>31</sup>

25 De bijgewoonde interviews duurden alle ruim 3,5 uur. Nota bene: Aangezien gezinsleden vaak na elkaar gehoord worden, duurt het verblijf op de ambassade niet zelden een hele dag. Het gezinslid dat in de tweede ronde aan de beurt is, moet buiten uren wachten terwijl het andere gezinslid wordt gehoord.

26 Een vrouw van begin vijftig met een vierjarige kleinzoon op school, een meisje van zeventien en een jongen van vijftien.

27 Vijftien families in totaal, van wie twaalf families wiens aanvraag naar aanleiding van identificerende onderzoeken was afgewezen.

28 In deze zin is artikel 12 een belangrijke concretisering van artikel 3 IVRK. Zie: M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingerbroek (red.), Sdu Commentaar Jeugdrecht, Den Haag, Sdu Uitgevers 2012, online editie: [www.sducommentaarjeugdrecht.nl](http://www.sducommentaarjeugdrecht.nl).

29 M.R. Bruning, Participatie van kinderen, wat kunnen wij betekenen?, inleiding bij opening Kinderrechtenhuis op 28 mei 2010. Zie: <http://media.leidenuniv.nl/legacy/microsoft-word---participatie-van-kinderenlezing280510.doc.pdf> (geraadpleegd op 5 november 2012).

30 Zie ABRvS 21 januari 2004, JV 2004/99 m. nt. Spijkerboer, ve04000440. Eerder had de regering in de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet van het IVRK al aangegeven dat de rechtstreekse toepassing van artikel 12 lid 1 en 2 door rechters niet kon worden uitgesloten (Kamerstukken II 1992-1993, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 9).

31 General Comment No. 12 The right of the child to be heard. Committee on the rights on the Child van 1 juli 2009, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>.

Als we naar de betekenis van artikel 12 kijken, zijn een aantal aspecten van de nareisprocedure problematisch. Ten eerste is er binnen de procedure geen ruimte voor minderjarigen om hun mening te geven. De interviews die worden afgenomen, zijn gericht op het onderzoeken van de gezinsband. De onderwerpen die daarbij aan bod komen, worden bepaald door de hoorambtenaar. Ook als er na een dergelijk interview een negatieve beschikking komt, krijgt een minderjarige niet de kans zelfstandig zijn mening te geven over het oordeel daarin over zijn familieband. Hetzelfde geldt voor de gerechtelijke procedure.

De andere kant van artikel 12, de beschermingsnorm, kent ook geen plek in de nareisprocedure. Een eerste gebrek is dat er geen criteria bestaan voor wanneer kinderen wel of juist niet geïnterviewd worden; er wordt weliswaar oppervlakkig naar leeftijd gekeken (boven of onder de twaalf), maar zonder duidelijke consequenties. Het ontwikkelingsniveau en de culturele achtergrond spelen noch een duidelijke rol bij de vraagstelling, noch in de waardering van de antwoorden. Dit is in strijd met 12 IVRK waarin de mate waarin een kind in staat is om zijn of haar mening te vormen als essentieel wordt gezien voor de betekenis die hieraan gehecht kan worden.<sup>32</sup>

Een ander punt is dat in de praktijk blijkt dat kinderen die naar de ambassade komen voor een interview vaak geen of slechts oppervlakkige informatie hebben gehad over wat zij kunnen verwachten. De overheid heeft op basis van artikel 12 IVRK de taak om minderjarige geïnterviewden van te voren in te lichten over hetgeen hen te wachten staat.<sup>33</sup>

De sfeer waarin het interview plaatsvindt, is zeer formeel. De hoorruimtes zijn kaal en zakelijk, zonder voorzieningen om kinderen op hun gemak te stellen. Voor kinderen is het geen stimulerende context om hun verhaal te doen. Zeker niet voor kinderen die door leeftijd en/of culturele en maatschap-

hoor met een minderjarige essentieel. In een procedure moeten hier effectieve middelen voor bestaan.<sup>35</sup>

Ook artikel 24 Handvest van de Grondrechten van de EU (Handvest) is van betekenis voor nareizende kinderen. Lid 1 geeft hun recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. De Nederlandse overheid zal aan deze rechten dus tegemoet moeten komen bij de behandeling van hun verzoek tot gezinshereniging, zowel tijdens het identificerende onderzoek op de ambassade als bij de beoordeling van de aanvraag. Dat impliceert dat tijdens de interviews het welzijn van het kind in de gaten moet worden gehouden: de sfeer en de voorzieningen, de wijze van interviewen, maar ook de inhoudelijke vragen. De aanvraag zal in het belang van het kind zo snel mogelijk moeten worden behandeld. Bij de intentie tot afwijzen dienen de autoriteiten rekening te houden met mogelijke consequenties ervan voor het kind. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Deticek* bepaald dat eerbiediging van het in het derde lid vastgelegde recht van het kind op persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders onbetwistbaar een belang van elk kind is. De in het eerste lid van artikel 24 genoemde bescherming ziet dus ook op deze contacten.<sup>36</sup> De tweede zin van artikel 24 lid 1 Handvest verplicht lidstaten om aan hun mening 'passend belang' te hechten, 'in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid'.

Vorbereiding besluit en waardering identificerende onderzoeken in besluitvorming

Als de identificerende onderzoeken hebben plaatsgevonden, de verslagen zijn opgesteld en het dossier naar de IND is gestuurd, breekt de volgende fase aan: de besluitvorming. Bij het betrekken van de verslaglegging in de besluitvorming, doen zich een aantal knelpunten voor.

## *Uit de besluiten blijkt geen weging van overeenkomsten en tegenstrijdigheden.*

pelijke achtergrond totaal onbekend zijn met een dergelijke setting. De hoorambtenaren zijn niet altijd getraind om met kinderen om te gaan en lijken ook de praktische vaardigheden daartoe te missen. Bij deze twee punten, het creëren van een stimulerende omgeving en de wijze waarop hoorambtenaren zijn opgeleid om met kinderen te werken, mag op basis van 12 IVRK meer van de overheid worden verwacht.<sup>34</sup>

Tot slot is de nareisprocedure maar heel beperkt gericht op controle op het interview- en verslagleggingsproces. Omdat op basis van artikel 12 IVRK de bescherming van minderjarigen voorop staat, is juist de mogelijkheid tot controle op een ge-

*Artikel 4:7 en 4:8 Awb*

Op grond van artikel 4:7 Awb dient de belanghebbende ten aanzien van wie het voornemen bestaat zijn aanvraag af te wijzen op grond van gegevens die hij niet zelf heeft verstrekt, om zijn zienswijze worden gevraagd. Dat betreft dus het gezinslid dat de mvv-aanvraag indiende en die wordt afgewezen op grond van verklaringen van een ander gezinslid, of de hoofdpersoon. De belanghebbende die niet zelf om een beschikking heeft verzocht maar daarvan wel deel uitmaakt, dient op grond van artikel 4:8 Awb in de gelegenheid te worden gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen. Dat is de referent. Verschillende rechtbanken stelden zorgvuldigheidsgebreken vast wanneer die artikelen niet werden nageleefd.<sup>37</sup>

32 General Comment No. 12 The right of the child to be heard. Committee on the rights on the Child van 1 juli 2009, par. 21, 29.

33 General Comment No. 12 The right of the child to be heard. Committee on the rights on the Child van 1 juli 2009, par. 41.

34 General Comment No. 12 The right of the child to be heard. Committee on the rights on the Child van 1 juli 2009, par. 34.

35 General Comment No. 12 The right of the child to be heard. Committee on the rights on the Child van 1 juli 2009, par. 46-47.

36 HwJ EU, 23 december 2009, C-403/09 (*Deticek*), r.o. 54, ve10000012.

37 Zie onder meer rechtbank Arnhem 24 mei 2012 (ve12001270, LJN BW6776) en rechtbank Amsterdam eerdergenoemde uitspraak van 12 maart 2012 en 11 november 2011 (AWB 11/22096; via vluchtweb).

In de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling van 10 oktober 2012 benoemt de Afdeling de beroepsgrond wel, maar laat in het midden of het niet nakomen een daadwerkelijk zorgvuldigheidsgebrek inhoudt. De Afdeling houdt het erop dat een dergelijk gebrek in bezwaar kan worden geheeld door de betrokkene te horen.<sup>38</sup>

Het is een vaak en makkelijk ingenomen standpunt, dat het niet naleven van een wettelijk voorschrift in bezwaar wel kan worden gerepareerd. Daarmee wordt in ieder geval miskend dat de bezwaarfase dikwijls maanden na het interview en de aanvraagfase plaatsheeft en daardoor details over de identificerende onderzoeken vervagen. Dat doet geen recht aan het doel van het voorschrift en de belangen van de betrokkene. Maar uit de uitspraak kan worden afgeleid dat bij een 4:7/4:8 Awb-omissie, in elk geval niet van horen kan worden afgezien.

## *Fraudebestrijding mag een doel van de overheid zijn, dit mag nooit de belangen van kinderen overschaduw.*

### *Waardering en weging*

Uit de besluiten blijkt voorts geen weging van overeenkomsten en tegenstrijdigheden, wanneer wordt geconcludeerd dat de feitelijke gezinsband niet aannemelijk zou zijn. Tegenstrijdigheden worden opgesomd, maar de overeenkomsten, geregeld vele malen groter in aantal dan tegenstrijdigheden, worden niet kenbaar en inzichtelijk betrokken en gewaardeerd.

Evenmin blijkt uit de besluiten doorgaans dat de achtergrond van de betrokkenen is meegewogen. Gestelde tegenstrijdigheden worden onverkort tegengeworpen. Of de verklaringen nu zijn afgelegd door een minderjarige of door een volwassene, uit de besluitvorming blijkt niet dat daaraan verschil in waarde wordt toegekend. Ook hier geldt kennelijk dat een dertienjarige getraumatiseerd pleegkind dat beide ouders heeft verloren, even hard wordt beoordeeld op tegenstrijdigheden of onjuiste antwoorden als een 40-jarige man die in relatieve veiligheid heeft geleefd. Dat de betrokkene geen opleiding heeft gehad, speelt evenmin een kenbare rol. Op deze aspecten geldt dat ons uit inmiddels ruime ervaring met dergelijke besluiten geen gevallen bekend zijn waarin wordt teruggelezen dat de antwoorden weliswaar afwijkend zijn, maar dat dit gezien de achtergrond van de gebeurtenis waar het om ging wel begrijpelijk was. Bijvoorbeeld in de zaak waar een dochter respectievelijk zusje door een inslaande mortiergranaat vreselijk verbrandde en na drie dagen doodstrijd overleed. Je moet je afvragen waarom die kwestie überhaupt zonder meer werd voorgelegd - de impact is voorzienbaar. De gezinsleden gaven verschillende antwoorden op de vraag of de opslag op dat moment nu wel of niet ook in brand was gevlogen, en wie precies waar was toen het gebeurde. Die verklaringen werden onverkort tegengeworpen. Er werd stevig doorgevraagd op deze gebeurtenis, ook aan de minderjarigen. Het is geen uitzondering.

Het zou een begrijpelijke en aanvaardbare besluitvorming ten goede komen, als deze evenwichtig zou zijn, zoals de Awb vergt. Als beter inzicht wordt gegeven in de afwegingen. Als blijkt dat ook overeenkomsten erin zijn betrokken en als wordt aangegeven waarom die het moeten afleggen tegen de tegenstrijdigheden. Bij minderjarigen dient expliciet te worden aangegeven welke waarde aan hun verklaringen wordt gehecht. Tot een fundamentele uitspraak op grond van die bezwaren lijkt het in de jurisprudentie nog niet te zijn gekomen.

### *Verbod van vooringenomenheid*

Artikel 2:4 lid 1 Awb luidt: 'Het bestuursorgaan vervult zijn taak zonder vooringenomenheid.' In de toelichting op dat artikel<sup>39</sup> staat dat een grondbeginsel voor overheidsbesluiten is dat deze zonder aanzien des persoons worden genomen. Bij een afwijzingspercentage van meer dan 80% van de aanvra-

gen in de nareisprocedure, en daarbij genomen de brief van de minister ten aanzien van de afwijzingen van Somalische nareisaanvragen onder de paraplu van fraudebestrijding, kan oprecht de vraag gesteld worden of in deze zaken nog wel sprake is van besluitvorming gevrijwaard van vooringenomenheid. Dit legt op de minister een verzwaarde motiveringsplicht om aan te geven dat hij in een specifiek geval terecht afwijst. De overheid dient onbesproken te zijn in de beoordeling van een aanvraag, en dient zich bij dergelijke percentages extra te verantwoorden.

Ook vanuit het IVRK dient het verbod van vooringenomenheid te worden onderstreept. Artikel 3 IVRK stelt dat bij zaken die kinderen aangaan, het belang van het kind voorop dient te staan. Fraudebestrijding mag een doel van de overheid zijn, dit mag nooit de belangen van kinderen overschaduw. Uit artikel 10 IVRK volgt verder dat bij de behandeling van gezinsherenigingsaanvragen de overheid een positieve basishouding dient te hebben. Een individuele aanvraag mag op grond daarvan niet eenvoudig worden afgewezen op basis van een algemeen vermoeden van fraude.<sup>40</sup>

### **Jurisprudentie toetsing gezinsband**

Recentelijk heeft de Afdeling, in aansluiting op tamelijk wispelturige jurisprudentie van de rechtbanken, op een aantal punten uitspraak gedaan over de toets van de gezinsband. Dat is relevant ook ten aanzien van de rol en plaats van de identificerende onderzoeken, zodat we deze hier kort bespreken.

39 Van Buur en Borman (red.), Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Kluwer, zesde druk, p. 52.

40 Zie voor een uitgebreide bespreking van de artikelen 3 en 10 IVRK het artikel 'Nareis: Het 'feitelijke band'-criterium in internationaal perspectief', elders in dit nummer.



### *Rechterlijke toets aannemelijkheid gezinsband*

In de beoordeling van de vraag of de minister het bestaan van de feitelijke gezinsband niet-aannemelijk heeft kunnen achten, leken sommige rechtbanken een volle toets aan te houden, en zelf tegenstrijdigheden te wegen, waar anderen het bij een marginale toets hielden. De Afdeling oordeelde recentelijk dat de rechter zich dient te beperken tot een terughoudende toets,<sup>41</sup> waar eerder nog een andere benadering werd gekozen.<sup>42</sup> Een toelichting op de keus voor een terughoudende toets wordt niet gegeven. Overtuigend lijkt het niet. De gezinsband is een hoofdbestanddeel van de beoordeling van de aanvraag. Niet aan de orde is dat de minister op dat onderdeel bijzondere deskundigheid zou hebben, die de deskundigheid van de rechter zou overstijgen. Net als bij de beoordeling van aanspraken op grond van artikel 8 EVRM, zou een volle toets van alle relevante feiten en omstandigheden voor de hand liggen en begrijpelijker zijn dan een terughoudende. De Afdeling gunt de minister (te)veel ruimte, zonder die keuze te motiveren.

### *Biologische kinderen*

In genoemde uitspraak van 27 juli 2012 oordeelt de Afdeling onder verwijzing naar de Vreemdelingencirculaire dat het beleid uitgaat van de veronderstelling dat biologische kinderen tot het gezin van de hoofdpersoon behoren, tenzij de gezinsband als verbroken kan worden beschouwd.<sup>43</sup> Tegenstrijdigheden kunnen slechts leiden tot de conclusie dat een gezinslid niet feitelijk behoorde tot het gezin van de hoofdpersoon, voor zover daaruit kan worden afgeleid dat de gezinsband verbroken zou zijn en dus niet of de gezinsband als zodanig bestaat.<sup>44</sup> De overweging lijkt een wijziging ten opzichte van eerdere uitspraken,<sup>45</sup> waarin tegenstrijdigheden in de verklaringen van de ouders doorwerkten naar de biologische kinderen en ook die gezinsband niet-aannemelijk maakten.

Overigens sluit de Afdeling hiermee feitelijk aan bij de invulling van de gezinsband zoals deze terugkomt in onder meer artikel 8 EVRM en de Gezinsherenigingsrichtlijn. De laatste biedt concrete handvatten voor de grenzen aan een identificerend onderzoek. Daarover later meer.

Een laatste opmerking hierover kan worden gemaakt met het oog op het nieuwe beleid. In feite doet de minister niet meer dan zich weer meer gaan houden aan het beleid dat sinds

jaar en dag al in de Vreemdelingencirculaire is neergelegd. De uitvoering van dat beleid is daar sinds 2009 sterk van afgeweken. Naar nu uit de uitspraak van de Afdeling blijkt, is dat onterecht. Dat zou naar onze mening ook gevolgen moeten hebben voor de zaken waarin reeds is beslist.

### **Conclusie**

Sinds in 2009 het nareisbeleid is aangepast is er veel geprocedeerd over de rechtmatigheid van het onderzoek naar de gezinsband en de wijze waarop de resultaten van deze onderzoeken worden afgewogen in de besluitvorming. In dit artikel hebben we de betekenis van de beleidswijzingen in 2009 en 2012 beschreven en de methode en waardering van onderzoek in de nareispraktijk aan een kritisch onderzoek onderworpen. Geconcludeerd wordt dat de onderzoeksmethoden in nareisprocedures op een behoorlijk aantal punten op gespannen voet staan of zelf strijdig zijn met bestuursrechtelijke normen, normen uit het IVRK en normen uit het EU-recht. Naar wij hopen vormen de conclusies van dit onderzoek aanleiding tot herziening van het nareisbeleid en tot meer rechterlijke waakzaamheid.

41 ABRvS27 juli 2012 (201100048/1/V1; JV 2012/393, ve12001733).

42 ABRvS 6 juni 2012 (201100776/1/V4).

43 De Afdeling bevestigt daarmee de soms op andere gronden gebaseerde, maar zich wel bestendig aftekenende lijn van verschillende rechtbanken ten aanzien van de band tussen een ouder en biologisch kind; zie onder meer Rechtbank Den Bosch 2 november 2011 (LJN BW9631, ve12001499), Rechtbank Amsterdam 11 november 2011 (AWB 11/22096) en 16 mei 2012 (AWB 11/35305), Rechtbank Middelburg 21 juni 2012 (LJN BW9631, ve12001499).

44 R.o. 2.3.3: '(...) Vooropgesteld moet worden dat het beleid uitgaat van de veronderstelling dat biologische kinderen tot het gezin van de hoofdpersoon behoren, tenzij de gezinsband als verbroken kan worden beschouwd. Nu uit de door de minister tegengeworpen tegenstrijdigheden in redelijkheid niet kan worden afgeleid dat de gezinsband tussen de vreemdeling en referente als verbroken kan worden beschouwd, heeft de minister zich op basis daarvan niet op het standpunt kunnen stellen dat de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij tot aan het moment waarop referente het land van herkomst verliet feitelijk tot haar gezin heeft behoord.'

45 Vergelijk de uitspraken van 9 maart 2012 (201112389/1/V1) en 6 juni 2012 (201100776/1/V4).