

1 Inleiding

*Tineke Strik**

1.1 Grenzen

Migratie gaat over territoriale grenzen en het overschrijden daarvan. Mensen vertrekken al dan niet gedwongen vanuit hun land van herkomst naar een ander land om daar tijdelijk of permanent te gaan wonen. Zij doen dat om verschillende redenen: omdat zij elders willen werken, studeren, bescherming zoeken of om zich bij familie te voegen.

Staten zijn verplicht om hun eigen staatsburgers toe te laten tot hun grondgebied.¹ Ten aanzien van vreemdelingen zijn ze in beginsel soeverein in de vaststelling van hun regels omtrent toegang, toelating, verblijf en uitzetting. Deze regels vormen het nationale migratierecht. Zij bepalen zelf wie binnen de staatsgrens mogen verblijven en voor hoe lang. Dit roept vragen op over de rechtvaardiging van nationale toelatingsregels. Waarom heeft niet iedereen evenveel recht om op elk stukje van de aarde te kunnen verblijven? Is het rechtvaardig dat staten met een beroep op hun soevereiniteit de grenzen voor sommigen openen en voor anderen sluiten? De vraag naar de rechtvaardigheid van grenzen en grensbeleid is een filosofische vraag die zoekt naar normatieve argumenten en verklaringen. De meeste antwoorden brengen het bestaan van territoriale grenzen in verband met de noodzaak om een gemeenschap in stand te houden, het lidmaatschapsbeginsel.² Dit boek geeft geen antwoord op deze rechtsfilosofische vragen. Het boek is niet normatief, het oordeelt niet over de rechtvaardigheid van het migratierecht.

De vraag kan worden gesteld hoe effectief het migratierecht is en wat de effecten zijn van de feitelijke handhaving daarvan. Lukt het staten om binnen te laten wie

* Dit hoofdstuk is een bewerking van de tekst uit de vorige druk die werd geschreven door Tineke Strik en Ashley Terlouw.

1 Dat staat bijvoorbeeld in art. 3 van het Vierde Protocol bij het EVRM.

2 Bosniak 2006; Carens 1987, p. 251-273; Carens 2013; Walzer 1996.

zij binnen willen laten en buiten te houden wie zij niet willen binnenlaten? Wat zijn de effecten van beslissingen over toelating, verblijf en uitzetting voor de betrokkenen? Deze empirische rechtssociologische vragen komen in dit boek evenmin aan de orde.

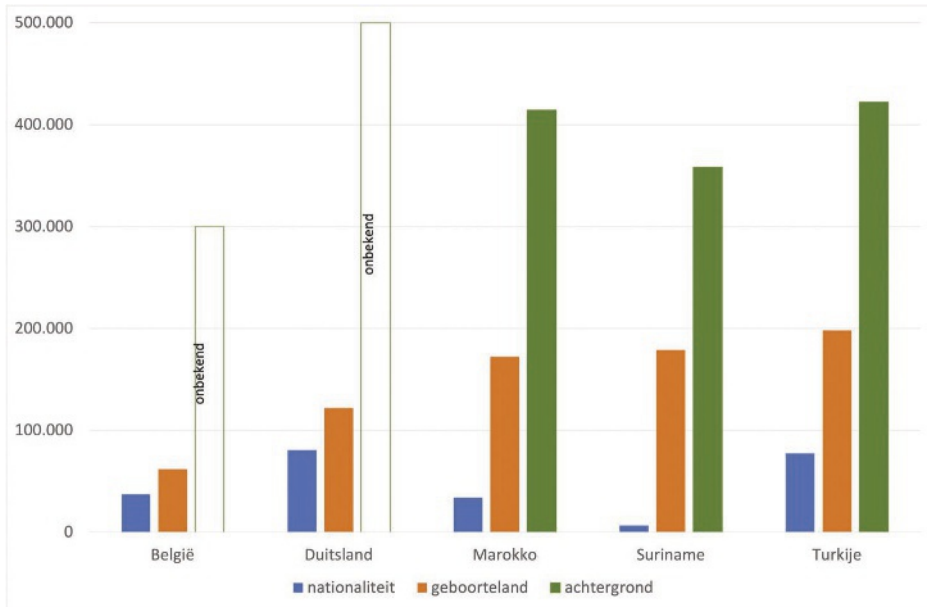
Dit boek beperkt zich tot het positieve recht. Het beschrijft de regels en laat zien welke ruimte staten hebben om hun nationale migratierecht te bepalen en hoe het internationale recht en Unierecht beperkingen oplegt aan de soevereiniteit van staten om te beslissen over toelating, verblijf en uitzetting en welke rechten en verplichtingen migranten hebben. In toenemende mate wordt die soevereiniteit beperkt door internationale en Europese verplichtingen, waarbij de laatste categorie zowel het recht van de Raad van Europa als van de Europese Unie omvat. Het nationale migratierecht is niet te bestuderen zonder het te plaatsen in het juridisch raamwerk van de internationale en Europese verplichtingen die Nederland is aangegaan. Elk hoofdstuk in dit boek begint met een weergave van dit juridisch raamwerk ten aanzien van het deelonderwerp van het migratierecht dat centraal staat.

1.1.1 **Insiders en outsiders**

Migratierecht heeft betrekking op de regels voor toegang, toelating, verblijf en vertrek. Het gaat over mensen die het land waarvan zij de nationaliteit bezitten verlaten om ergens anders op de wereld te gaan wonen: vrijwillig dan wel gedwongen. In het niet-juridisch taalgebruik worden deze mensen vaak migranten genoemd. Als *outsider* van een staat, worden zij langzaamaan *insider*. Nederlands migratierecht gaat vrijwel altijd over mensen die niet de Nederlandse nationaliteit hebben, in de wet met de term 'vreemdelingen' aangeduid.³ Het Unierecht kent weer een eigen terminologie en maakt op basis van de nationaliteit onderscheid tussen 'derdelanders' en 'Unieburgers'. Maar mensen met de Nederlandse nationaliteit kunnen ook met het migratierecht te maken krijgen, bijvoorbeeld als zij hun niet-Nederlandse partner willen laten overkomen (zie hoofdstuk 5), een niet-Nederlandse werknemer in dienst nemen (zie hoofdstuk 6) of als hun buitenlandse burens het land dreigen te worden uitgezet (zie hoofdstuk 9). Voor beleidsmakers is behalve de nationaliteit ook het geboorteland en de achtergrond relevant (zie figuur 1.1).

3 Volgens art. 1 Vw is een vreemdeling: 'ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld'.

Figuur 1.1 Aantal inwoners van vijf bevolkingsgroepen in Nederland op 1/1/2021 naar herkomst op basis van nationaliteit, geboorteland en achtergrond



Bron: bewerking van data van CBS

Het onderscheid tussen *insiders* en *outsiders* is niet scherp te maken. Een verblijfsrecht kan meer of minder sterk zijn en in enkele gevallen zelfs leiden tot meer rechten dan Nederlanders hebben. De rechten hangen vaak af van de aard van het verblijfsrecht en de duur van het verblijf: doorgaans worden de rechten sterker naarmate een migrant meer geworteld is in Nederland. Ook niet-rechtmatig verblijvenden hebben recht op minimale opvangvoorzieningen, gezondheidszorg en onderwijs voor kinderen (zie hoofdstuk 9). Daartegenover staat dat zelfs een vreemdeling met een langdurig verblijfsrecht dit onder bepaalde omstandigheden kan verliezen (zie hoofdstuk 4).

1.1.2 Spanningen in het migratierecht

De internationale en Europese verplichtingen die Nederland is aangegaan kunnen spanning opleveren in de praktijk. Dan is bijvoorbeeld de vraag aan de orde of Nederland verdragen wel juist toepast, richtlijnen wel op de juiste wijze heeft geïmplementeerd en of beslissingen in individuele gevallen de toets aan het internationale recht kunnen doorstaan.

De belangrijkste spanning in het migratierecht is die tussen het belang (en het recht) van de individuele migrant om een verblijfsvergunning te krijgen en het

belang van de staat om bijvoorbeeld de openbare orde en veiligheid of de economie te beschermen en daarom een vergunning te weigeren. Het is in eerste instantie aan de wetgever en vervolgens aan het bestuur maar uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen hoe het individuele belang zich verhoudt tot het belang van de staat en tot welke beslissing dit moet leiden. Deze spanning tussen het algemene belang en het individuele belang blijkt uit de centrale bevoegdheid in de Vreemdelingenwet om een vergunning te verlenen.

Art. 13 Vreemdelingenwet luidt: 'Een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning wordt slechts ingewilligd indien:

- internationale verplichtingen daartoe nopen;
- met de aanwezigheid van de vreemdeling een wezenlijk Nederlands belang is gediend; of
- klemmende redenen van humanitaire aard daartoe nopen.'

Deze bepaling laat zien dat een restrictief vreemdelingenbeleid het uitgangspunt is, en dat verlening van verblijfsvergunningen slechts een uitzondering is in deze drie gevallen. Het grootste deel van de vergunningen wordt verleend omdat internationale verplichtingen daartoe nopen. In slechts weinig situaties wordt het verblijfsrecht aan migranten toegekend omdat hiermee een wezenlijk Nederlands belang wordt geacht te zijn gediend.⁴ Ook klemmende redenen van humanitaire aard worden slechts in uitzonderlijke gevallen aangenomen (zie verder hoofdstuk 9).

1.2 Gelaagdheid en bronnen van het migratierecht

Het Nederlandse vreemdelingenrecht is constant in ontwikkeling en (ingrijpende) veranderingen volgen elkaar vaak snel op. Dit heeft te maken met politieke beslissingen op nationaal niveau, internationale ontwikkelingen (oorlogen en gewapende conflicten), maar wellicht nog meer met de invloed van het internationale en EU-recht. Internationale en Europese verdragen verplichten tot bepaalde migratieregels in de Nederlandse wetgeving en regelgeving. Daarnaast heeft de EU-wetgever op het gebied van migratierecht een groot aantal richtlijnen (en enkele verordeningen) vastgesteld. Omdat de EU de internationale verdragsverplichtingen van de lidstaten erkent, dient ook EU-wetgeving te worden toegepast in overeenstemming met het internationale recht.

Als de regels van het migratierecht voortkomen uit internationale verplichtingen of het Unierecht, dan heeft de Nederlandse wetgever geen of slechts beperkte mogelijkheden om daarvan af te wijken. Slechts een beperkt deel van het migratierecht is nog een puur nationale aangelegenheid: denk aan regularisaties (de zogenoemde

4 Dat is slechts het geval als sprake is van kennismigranten, of bij uitzonderlijke beroepen, talenten kunstenaars of topvoetballers, puissant rijke mensen of ondernemers (zie verder hoofdstuk 6).

pardonregelingen), verblijf op medische gronden, enkele vormen van arbeidsmigratie en de verblijfsregeling voor vermogende vreemdelingen. De voor Nederland verplichte aanpassingen in het Nederlandse migratierecht komen voort uit enerzijds de totstandkoming van nieuwe EU-wetgeving en anderzijds de interpretatie die Europese rechters geven aan de Europese verplichtingen. Dat laatste geldt voor zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van de Raad van Europa, dat toezicht houdt op de naleving van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), als voor het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) dat toezicht houdt op de naleving van het Unierecht. Er is dus jurisprudentie vanuit verschillende rechtsordes (internationaal, Raad van Europa en Europese Unie) die ingrijpt op het nationale migratierecht. In de nationale jurisprudentie moet de Nederlandse rechter de betekenis ervan in onderlinge samenhang duiden voor de Nederlandse rechtspraktijk.

De ontwikkeling naar meer bindende normen op Europees en internationaal niveau, heeft het uitgangspunt dat staten soevereiniteit genieten bij het bepalen wie ze toelaten tot hun grondgebied drastisch onderuitgehaald. Dit maakt in Nederland en andere Europese landen soms politieke en publieke debatten los over de wenselijkheid ervan. Dit kwam onder andere tot uitdrukking in de verklaringen van lidstaten van de Raad van Europa over de toekomst van het EHRM.⁵ De Nederlandse regering onderzocht in 2020 of het Vluchtelingenverdrag kon worden opgezegd dan wel gewijzigd.⁶ Ook de discussies over de Brexit werden gevoed door onvrede in het Verenigd Koninkrijk dat het migratiebeleid, met name het vrij verkeer van personen binnen de Unie, wordt bepaald op Europees niveau.⁷ Voorstanders van een gezamenlijk EU-migratiebeleid wijzen erop dat harmonisatie noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de afschaffing van binnengrenscontroles, en dat de bindende normen door de lidstaten zelf zijn vastgesteld, en niet van bovenaf zijn opgelegd.

In de volgende subparagrafen gaan we in op de verschillende rechtslagen en de bronnen die daaruit zijn voortgekomen.

1.2.1 Internationale bronnen: mondiaal

Vrijwel direct na de oprichting van de Verenigde Naties (VN) in 1948 is een aantal mensenrechtenverdragen tot stand gebracht in reactie op de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog. De voor het migratierecht belangrijkste VN-verdragen zijn:

-
- 5 Zie de verklaringen van Brighton en van Izmir, die hebben geleid tot aanneming van het Vijftiende Protocol bij het EVRM.
 - 6 *Kamerstukken II* 2019/20, 19637, nr. 2645.
 - 7 Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, 2019/C 384 I/01, 12 november 2019.