

ANNOTATIE

Ghadamian t. Zwitserland (EHRM, nr. 21768/19) – Lang verblijf pensionado leidt tot beschermwaardig privéleven in plaats van uitzetting

C.A. Groenendijk

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 09-05-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0509JUD002176819 (EHRC-2023-0135)

1. Voor het eerst doet het Hof uitspraak over de bescherming die een gepensioneerde migrant aan art. 8 EVRM kan ontleen na lang zowel legaal als illegaal verblijf in een verdragsstaat. Het Hof heeft een nieuwe kraal toegevoegd aan de keten van groepen migranten die door zijn rechtspraak vanaf het arrest *Abdulaziz e.a. t Verenigd Koninkrijk* uit 1985^[1] verblijfsrechtelijke bescherming aan art. 8 EVRM kunnen ontleen. Het arrest werd in het Frans gewezen. De Engelstalige samenvatting van het arrest is via HUDOC toegankelijk. Na presentatie van de feiten en de grote lijn van de redenering van het Hof, maak ik enkele opmerkingen over de betekenis van het arrest voor Nederland.

Feiten

2. De uitspraak betreft een Iraanse staatsburger die in 1940 werd geboren en na de executie van zijn vader in 1969 naar Zwitserland vluchtte. Tien jaar later kreeg hij een vestigingsvergunning. Hij trouwde, kreeg twee zoons en werkte in Zwitserland als radioloog. Het echtpaar scheidde in 1989. Tussen 1988 en 2004 werd de man voor verschillende feiten tot gevangenisstraffen van in totaal ongeveer vijf jaar veroordeeld. Tevens gelastte de rechter de uitzetting uit Zwitserland voor de duur van vijf jaar. Het uitzettingsbevel werd begin 2002 bindend. In 2000, 2004 en 2011 kreeg hij een aanzegging Zwitserland te verlaten. In 2004 en 2011 deden de autoriteiten vergeefs huiszoeking om zijn paspoort in beslag te nemen ten

behoefte van de uitzetting. Verschillende verzoeken om herroeping van het uitzettingsbesluit werden afgewezen. Tussen 2005 en 2015 werd de man bij herhaling veroordeeld tot korte vrijheidsstraffen, werkstraffen of boetes wegens illegaal verblijf. In 2008 en 2015 diende de man een aanvraag in voor een verblijfsvergunning voor gepensioneerden (*autorisation de séjour pour rentiers*). Het beroep tegen de afwijzing van zijn tweede aanvraag werd in juni 2018 door de kantonale *Tribunale administratif* en het hoger beroep vier maanden later door het *Tribunal Fédéral* afgewezen. De klacht in Straatsburg is gericht tegen die laatste uitspraak. Ondanks een nieuw bevel het land te verlaten, woonde de man tijdens de behandeling van die klacht nog steeds in Zwitserland. Ten tijde van de uitspraak was hij 83 jaar.

Opbouw van privéleven tijdens legaal en daaropvolgend illegaal verblijf

3. Het Hof begint met de vaststelling dat de zaak alleen het recht op privéleven betreft. Nu de vader niet afhankelijk is van zijn in Zwitserland wonende zoons, is er geen sprake van gezinsleven met hen. Wel blijkt later in het arrest dat de relatie met die zoons relevant is voor de beschermwaardigheid van het privéleven van de vader in Zwitserland. Ook kwalificeert het Hof de situatie als die van een vreemdeling zonder legaal verblijf die om toelating verzoekt en niet als een 'gevestigde vreemdeling' wiens rechtmatig verblijf wordt beëindigd, bijvoorbeeld na een strafrechtelijke veroordeling. De rechtspraak van het Hof in de laatste soort zaken - zie de recente arresten *Savran t. Denemarken* en *Azzaqui t. Nederland*[2] - is hier dus niet van toepassing. Het Hof wees in 2023 nog vijf andere arresten in dat laatste type zaken, vier op klachten tegen Denemarken en het arrest *Loukili t. Nederland*. [3]

4. Ondanks de strafrechtelijke veroordelingen van de vreemdeling van twintig jaar geleden en de daarop gevolgde intrekking van zijn vestigingsvergunning, kiest Hof voor de lijn in de arresten *Jeunesse t. Nederland* en *A.S. t. Zwitserland*. [4] Het gaat volgens het Hof om de vraag of er na afweging van de (tegengestelde) belangen van bescherming van privéleven en immigratie-controle sprake is van een positieve verplichting van de lidstaat om de vreemdeling toe te laten. Alleen gedoogd verblijf tijdens de soms lange procedures over de toelating is daarvoor volgens vaste rechtspraak van het Hof niet voldoende. Uitsluitend langdurig illegaal verblijf kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden leiden tot het aannemen van positieve verplichtingen. Die beide regels bieden geen uitkomst omdat de vreemdeling in deze zaak privéleven heeft opgebouwd tijdens 33 jaar legaal verblijf in Zwitserland. Daarom kan er volgens het Hof sprake zijn van een positieve verplichting van de staat (par. 46).

5. In de afweging die het Hof uiteindelijk zelf in par. 61 maakt, worden drie elementen genoemd die tegen toelating pleiten: het langdurige illegale verblijf, het bewust tegenwerken van de uitzetting en het strafblad. Wat betreft dat strafblad overweegt het Hof dat na 2005

geen sprake meer is van ernstige strafbare feiten, van het type dat tot de eerder lange gevangenisstraffen en de beëindiging van zijn verblijfsrecht had geleid. Verder maken de vele veroordelingen nadien wegens illegaal verblijf volgens het Hof duidelijk dat de Zwitserse autoriteiten “*un certain intérêt d’ordre public*” hadden om hem te willen uitzetten. Enerzijds verwijt het Hof de betrokkene kwade trouw bij het twintig jaar illegaal verblijf in Zwitserland en het bewust tegenwerken van zijn uitzetting. Anderzijds betwijfelt het Hof of de nationale autoriteiten wel alle mogelijke en noodzakelijke maatregelen hebben ondernomen om zijn paspoort in bezit te krijgen om hem te kunnen uitzetten. De man was immers af en toe naar Iran gereisd en had toen bij in- en uitreiscontroles over een paspoort moeten beschikken (par. 53). Impliciet is hier het verwijt dat de Zwitserse overheid kennelijk geen effectief systeem van signalering hanteerde. Ook de herhaalde strafrechtelijke veroordelingen wegens illegaal verblijf droegen niet bij tot vertrek uit Zwitserland. Het Hof oordeelt dat de nationale autoriteiten onvoldoende effectief zijn opgetreden. Dat oordeel is het laatste van zes factoren om, ondanks de eerdergenoemde tegenargumenten, gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval, toch tot een positieve verplichting van Zwitserland tot toelating te concluderen.

Omstandigheden die voor toelating pleiten

6. De zes omstandigheden zijn volgens het Hof in par. 61:

de extreem lange duur van zijn verblijf in Zwitserland (55 jaar waarvan de laatste ruim twintig jaar illegaal);
de banden die hij had opgebouwd met Zwitserland gedurende zijn lange legale verblijf (33 jaar; kinderen en kleinkinderen wonen daar; arbeidsleven en pensioen),
zijn gevorderde leeftijd (83 jaar);
de onzekerheid of de betrokkene nog banden met zijn herkomstland heeft;
de afwezigheid van ernstige strafbare feiten sinds 2005; en
de nationale autoriteiten hebben gedurende meer dan twintig jaar onvoldoende pogingen ondernomen om de betrokkene uit te zetten.

Afgezien van dat laatste punt en de gevorderde leeftijd verschillen deze omstandigheden niet wezenlijk van de vier omstandigheden voor het al dan niet uitzetten van een ‘gevestigde immigrant’ na een veroordeling wegens ernstige strafbare feiten die de Grote Kamer in 2008 formuleerde in het arrest *Maslov t. Oostenrijk*. Overigens noemde het Hof in dat arrest de (jeugdige) leeftijd van de betrokkene ook als een andere relevante factor.[5]

Betekenis voor Nederland

7. Dit arrest is op drie punten relevant voor de Nederlandse rechtspraak. Het Hof kraakt aan

het slot van zijn rechtsoverwegingen een kritische noot over de uitspraak van het Tribunal Fédéral in deze zaak. De kantonale rechtbank had volgens het Hof nog een betrekkelijk uitvoerige beoordeling gemaakt van de persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling en van de mogelijkheid een verblijfsvergunning te verlenen. Het Tribunal Fédéral had het hoger beroep echter verworpen ‘*sans s’être livré à un examen approfondi des critères au regard de l’article 8 de la Convention et sans avoir procédé à une mise en balance complète de tous les aspects pertinents de l’espèce*’ (par. 62). Hier formuleert het Hof twee minimumeisen waaraan het rechtsmiddel van hoger beroep in migratiezaken moet voldoen; een grondige beoordeling van de (in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde) criteria voor de toetsing aan art. 8 EVRM en een volledige afweging van alle relevante aspecten van de zaak. Bovendien laat het Hof, net als in het arrest *Jeunesse t. Nederland*, het niet voldoen aan die procedurele waarborg meewegen bij de vraag of sprake is van schending van art. 8 EVRM. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak moet in vreemdelingenzaken aan die eis voldoen.

8. Voor de praktijk is verder van belang dat het Hof eisen stelt aan de onderbouwing van de stelling dat de vreemdeling kan worden uitgezet omdat hij over een netwerk beschikt in zijn herkomstland. Zowel de kantonale immigratiedienst (par. 13) als de Zwitserse regering bij het Hof (par. 40) hadden aangevoerd dat de man over een familienetwerk in Iran beschikte, ‘*sans motiver ce constat en détail*’ voegt het Hof daaraan toe in par. 58. Daarop maakt het Hof een eigen afweging: de man is weliswaar fysiek en financieel zelfstandig, heeft geen grote gezondheidsproblemen en is ongetrouwd, maar hij is wel 83 jaar en zou bij verwijdering van kinderen en kleinkinderen gescheiden worden en in Iran in een complexe situatie terecht komen omdat integratie op zijn leeftijd moeizaam verloopt en hij sinds 1969 slechts af en toe in Iran is geweest.

9. In de derde plaats is relevant dat het Hof zich expliciet uitspreekt over het moment waarop moet worden getoetst of het overheidshandelen al dan niet strijdig is met art. 8 EVRM. Volgens het Hof moeten in dit soort zaken alle feiten tot het moment van de uitzetting bij de beoordeling worden betrokken (par. 55). Het toetsmoment ligt dus niet bij het einde van de nationale procedure, zoals in zaken over eerste toelating, zie bijv. *T.C.E. t. Duitsland* en *Osman t. Denemarken*.^[6] Het toetsmoment speelde ook in de zaak *I.M. t. Zwitserland* over een 55-jarige man, wiens verblijfsvergunning was ingetrokken, maar die na een legaal verblijf van enkele jaren gedurende 20 jaar in allerlei procedures rond uitzetting in Zwitserland was gebleven. Die periode, waarin hij zonder verblijfstitel samenwoonde met zijn meerderjarige kinderen van wie hij afhankelijk is, stelt het Hof centraal voor de vaststelling of er sprake is van schending van door art. 8 EVRM beschermd familieleven. Voor die vraag acht het Hof niet relevant dat die kinderen ook kunnen betalen voor hulp in Kosovo. Een belangenafweging door de hoogste nationale (bestuurs)rechter die vrijwel uitsluitend kijkt naar de openbare

orde aspecten voldoet niet aan de eisen van een evenredigheidstoetsing aan het eind van die lange periode.[7]

10. Ten slotte illustreert het arrest *Ghadamian* dat Nederland geen wetgeving of gepubliceerd beleid over de toelating van ouderen kent. Een bepaling als art. 25 van de Zwitserse vreemdelingenwet over de toelating van renteniers, door het Hof in par. 21 geciteerd, is in Nederland onbekend. Van 1973 tot 2012 golden regels over de toelating van alleenstaande ouders bij hun in Nederland wonende kinderen. Die regels in art. 3.25 Vreemdelingenbesluit werden echter in 2012 op aandrang van gedoogpartner PVV geschrapt in een streven bij de toelating van gezinsleden niets meer te doen dan waartoe de Gezinsherenigingsrichtlijn Nederland verplicht.[8] Die schrapping leidde tot menselijke problemen voor die ouderen en hun volwassen kinderen, tot het door de Raad van State in zijn advies voorspelde veelvuldig beroep op art. 8 EVRM, tot uitvoeringsproblemen voor de IND, tot langdurig illegaal verblijf en kritiek in de literatuur.[9] De bevolking van Nederland vergrijsst en daarmee neemt ook het aantal oudere migranten toe, maar ook het aantal migranten die in Nederland willen zorgen voor hun in het buitenland wonende zorgbehoevende ouders. De kop in het zand steken draagt niet bij aan een oplossing van het probleem. Het arrest *Ghadamian t. Zwitserland* kan een onverwachte aansporing zijn in Nederland weer een toelatingsbeleid voor ouderen in te voeren.

C.A. Groenendijk

Emeritus hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen

[1] *Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (Volle Hof) 28 mei 1985, nrs. 9214/80; 9473/81; 9474/81, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480

[2] *Savran t. Denemarken*, EHRM (GK) 7 december 2021, nr. 57467/15, ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD005746715, *JV* 2022/1, m.nt. Klaassen, *EHRC* 2022/19 m.nt. B. Aarrass en *Azzaqui t. Nederland*, EHRM 30 mei 2023, nr. 8757/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0530JUD000875720 *JV* 2023 m.nt. Aarrass.

[3] *Noorzae t. Denemarken*, EHRM 5 september 2023, nr. 44810/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0905JUD004481020, *Sharifi t. Denemarken*, EHRM 5 september 2023, nr. 31434/21, ECLI:CE:ECHR:2023:0905JUD003143421, *Goma t. Denemarken*, EHRM 5 september 2023, nr. 18646/22, ECLI:CE:ECHR:2023:0905JUD001864622, *Al-Masudi t. Denemarken*, EHRM 5 september 2023, nr. 35740/21, ECLI:CE:ECHR:2023:0905JUD003574021 en *Loukili t. Nederland*, EHRM 11 april 2023, nr. 57766/19, ECLI:CE:ECHR:2023:0411JUD005776619. In het

eerste en tweede arrest oordeelde het Hof dat art. 8 EVRM was geschonden, in de andere drie niet.

[4] *Jeunesse t. Nederland*, EHRM (GK) 3 oktober 2014, nr. 12738/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810 en *A.S. t. Zwitserland* EHRM 30 juni 2015, nr. 39350/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003935013.

[5] *Maslov t. Oostenrijk*, EHRM (GK) 23 juni 2008, nr. 1638/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0623JUD000163803, *JV* 2008/267 m.nt. P. Boeles, par. 71 en 72.

[6] *T.C.E. t. Duitsland*, EHRM 1 maart 2018, nr. 56861/12, ECLI:CE:ECHR:2018:00301JUD005686112 en *Osman t. Denemarken*, EHRM 14 juni 2011, nr. 38058/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0614JUD003805809.

[7] *I.M. t. Zwitserland*, EHRM 9 april 2019, nr. 23887/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0409JUD002388716, par. 62 en 76-77. Ook in dat arrest betreft het Hof de overweging dat de hoogste bestuursrechter de evenredigheidstoets slechts oppervlakkig had uitgevoerd in de beoordeling van de schending van art. 8 EVRM (par. 78).

[8] KB 27 maart 2012, Stb. 148.

[9] Advies Raad van State, Stcrt. 2012, nr. 6961, p. 8, IND, Informatiebericht SUA, Voorleggen zaken ouderen in de laatste levensfase aan CSZ, 2015, beschikbaar via Migratieweb ve18005904, SVMA en VAJN, *Ongehoord onrecht in het vreemdelingenrecht*, 2021, casus 30 Doodgeprocedeerd door de IND, IND, Stand van de Uitvoering, 2022, p. 8, R. Staring, N. Boesveldt & M. Kox, *Vechten met het leven*, Een kwalitatief onderzoek naar de leefomstandigheden van ongedocumenteerde oudere migranten in Nederland, Den Haag 2022 (Boomcriminologie) en M.A.K. Klaassen, Als ik staatssecretaris was... zou ik het ouderenbeleid nieuw leven inblazen, *A&MR* 2022, p. 49-52.