



PERSOONLIJK & VERTROUWELIJK

Tweede Kamer der Staten Generaal
Vaste commissie voor Justitie en Veiligheid

Enkel per e-mail: cie.jv@tweedekamer.nl

| | |
|-----------------|--|
| Datum | 7 april 2023 |
| Onze referentie | - |
| Uw referentie | - |
| Inzake | Gespreksnotitie voor Rondetafelgesprek over rechten van in Nederland verblijvende kinderen die (nog) geen verblijfsvergunning hebben |

Geachte leden van de Vaste commissie voor Justitie en Veiligheid,

Allereerst dank ik u voor de uitnodiging om op 12 april 2023 deel te nemen aan het rondetafelgesprek over rechten van in Nederland verblijvende kinderen die (nog) geen verblijfsvergunning hebben. Op uw verzoek presenteer ik hierbij een 'gespreksnotitie' waarin ik in het kort mijn belangrijkste punten alvast presenteer.

Over de positie van kinderen in het vreemdelingenrecht valt veel te zeggen, maar ik ga hierna in op twee specifieke punten. Ten eerste ga ik in op het gebrek aan omzetting in Nederlandse vreemdelingenregelgeving van Europese en internationale bepalingen over het 'belang van het kind'. Ten tweede ga ik in op het gat dat is ontstaan door het afschaffen van het zogenaamde Kinderpardon (officieel: regeling langdurig verblijvende kinderen) en de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris.

Het belang van het kind

Artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) bepaalt dat het 'belang van het kind' bij alle maatregelen betreffende kinderen steeds een primaire overweging dient te zijn. De bepaling richt zich onder meer tot rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten en wetgevende lichamen.

In de rechtspraak zien we dat deze bepaling aan de ene kant – mede via op artikel 3 van het IVRK gebaseerde bepalingen in het EU-recht¹ – een heel grote invloed heeft op Europese jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), maar dat het effect in de nationale jurisprudentie nog altijd relatief beperkt is. Eén van de belangrijkste redenen van de beperkte invloed van artikel 3 van het IVRK is dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) als het ware aan het wachten is op een passende omzetting in nationale wet- en regelgeving. Ik citeer in dit kader een meermaals in de jurisprudentie van de ABRvS terug te vinden overweging:

"Wat betreft het gewicht dat aan het belang van een kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat het eerste lid van artikel 3 van het IVRK, gelet op de formulering ervan, geen

¹ Gedacht kan hierbij worden aan artikel 24 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de EU, artikel 5 lid 5 van de Gezinsherenigingsrichtlijn, artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn, enz.



norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is." (ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716, r.o. 2.3.8)

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK volgt evident dat het 'belang van het kind' dient te gelden als een zwaarwegend belang, maar uit de geciteerde overweging blijkt dat Nederlands hoogste bestuurs- en vreemdelingenrechter eigenlijk een concretisering van het gewicht van dit belang in het vreemdelingenrecht noodzakelijk acht voor toepassing in de rechtspraak.

Nu artikel 3 van het IVRK – zoals ik aan het begin heb aangehaald – expliciet is gericht tot zowel de wetgevende, de uitvoerende als de rechtsprekende macht, roep ik de Tweede Kamer als medewetgever en controleur van het bestuur op om zich in te zetten om in het vreemdelingenrecht wet- en regelgeving te creëren die het voor de rechterlijke macht mogelijk maakt om concreet acht te slaan op de belangen van vreemdelingskinderen.

Na het Kinderpardon

Het Kinderpardon is afgeschaft, maar de problematiek die aanleiding was voor het instellen van het Kinderpardon is helaas allesbehalve voorbij. Uit diverse onderzoeken is meermaals gebleken dat kinderen die langdurig in Nederland verblijven, beschadigd raken als ze uiteindelijk toch nog uitgezet worden naar een voor hen (vaak) vreemd land van herkomst.² Nu het Kinderpardon als algemene regeling voor deze problematiek niet meer bestaat, wil ik uw aandacht vragen om te kijken naar oplossingen op individueel niveau. Nu bovendien de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris is afgeschaft, is de behoefte daaraan m.i. extra groot.

Ik denk dat er binnen de bestaande juridische kaders ruimte is voor individuele oplossingen voor gewortelde kinderen waarvoor ernstige schade na uitzetting dreigt. Dat kan namelijk binnen het kader van de toets aan het recht op respect op privéleven uit artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het recht op respect op privéleven beschermt de banden van een persoon in de samenleving, geeft recht om contacten aan te gaan en te onderhouden en recht op ontwikkeling binnen de samenleving (zie bijvoorbeeld: EHRM 29 april 2002, *Pretty t. het VK*, 2346/02, par. 61). Gelet hierop staat het privéleven – in de voornoemde betekenis – vaak op het spel voor langdurig verblijvende kinderen die met uitzetting worden bedreigd.

De toets aan artikel 8 van het EVRM houdt in de praktijk in dat de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), namens de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, een belangenafweging moet maken tussen enerzijds de bescherming van iemands privéleven en anderzijds het belang van handhaving van een restrictief toelatingsbeleid door de Nederlandse overheid. In de praktijk zien we dat de weging van belangen door de IND eigenlijk bijna altijd in beslissende mate wordt bepaald door de vraag of de ouder(s) van een geworteld kind verblijfsrechtelijk kan/kunnen meeprofiten van een eventueel door het kind te verkrijgen verblijfsrecht. Deze handelwijze is gebaseerd op een jurisprudentielijn van het EHRM waarbij het gedrag van ouders aan kinderen toegerekend mag worden, om te voorkomen dat kinderen een soort verblijfsrechtelijk instrument van hun ouder(s) worden (zie: EHRM 4 december 2012, *Butt t. Noorwegen*, 47017/09, *JV* 2013/85 m. nt. Stronks). In de Nederlandse beslispraktijk heeft deze jurisprudentie dus grote invloed gehad, maar het ontbreekt hier aan nuance. Eigenlijk in elke zaak waarbij een geworteld kind samen met een ouder een beroep doet op het recht op respect op privéleven, daar wordt de aanvraag onder verwijzing naar deze lijn afgewezen. Andersom zien we in zaken waarbij ouders niet kunnen meeprofiten dat er best veel zaken zijn waarin de

² Het meest bekende onderzoek is: M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet, *RUG* 2006, maar er zijn meer recent vergelijkbare onderzoeken met dezelfde conclusies geweest, zoals: E. Scherder, E.C.C. van Os en E. Zijlstra, Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen, *VU en RUG*, 2018).



beoordeling in het voordeel van de vreemdeling uitvalt. Ik vind deze lijn om twee redenen ongenueanceerd; 1) het enkele feit dat een kind samen met een ouder een beroep doet op het recht op respect op privéleven, maakt nog niet dat die ouder verwijtbaar heeft gehandeld en zijn/haar kind heeft gebruikt voor eigen verblijfsrechtelijke doelen; 2) nadere beschouwing van de genoemde jurisprudentielijn laat zien dat het EHRM zelfs bij het 'toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen' ruimte laat om toch in het voordeel van de vreemdeling te beslissen. De genoemde jurisprudentielijn is onderdeel van een bredere lijn, waarbij tijdens onrechtmatig verblijf opgebouwd privéleven alleen in 'exceptional circumstances' beschermingswaardig is op grond van artikel 8 van het EVRM.

De norm die hieruit volgt is dus niet dat privéleven van een geworteld kind alleen beschermingswaardig is als er geen verblijfsrecht voor zijn/haar ouder 'dreigt'. De norm is dat verblijfsrecht op grond van artikel 8 van het EVRM – in geval van tijdens onrechtmatig verblijf opgebouwd privéleven – enkel bij uitzondering mogelijk is. Dat is dus weliswaar een strikte norm, maar ook een open norm. Een open norm is een norm die altijd ingevuld moet worden in het individuele geval en – ondanks het restrictieve uitgangspunt – wel maatwerk mogelijk maakt. Maatwerk waarbij altijd ook oog moet zijn voor het 'belang van het kind'.

Op dit moment lijkt er helaas geen politieke meerderheid meer te bestaan voor een algemene oplossing zoals het Kinderpardon. Het helemaal negeren van de problematiek die aanleiding was voor het Kinderpardon is echter het andere uiterste. Dat zou ook niet van wijsheid getuigen, want uiteindelijk zijn er altijd weer klassen, voetbalteams en andere maatschappelijke verbanden die aandacht van de politiek zullen blijven vragen voor de dreigende uitzetting van iemand uit hun midden. De toeslagenaffaire heeft laten zien dat er in de maatschappij een grote behoefte bestaat aan toepassing van de 'menselijke maat' in het optreden door de overheid. Dat betekent dat regels in algemene zin soms misschien best streng mogen zijn, maar dat er wel ruimte moet zijn om daar in het individuele geval van af te wijken. Het recht op respect op privéleven biedt die ruimte, maar deze ruimte wordt in de praktijk nauwelijks gebruikt. De huidige toepassing door de IND maakt het recht op respect op privéleven voor minderjarige, gewortelde kinderen een papieren werkelijkheid zolang zij naast hun band met Nederland ook hun band met hun ouder(s) willen voortzetten. Wat mij betreft is er daarom alle aanleiding om deze feitelijk gehanteerde beleidslijn van de IND aan te passen.

Graag licht ik het voorgaande nader toe tijdens het rondetafelgesprek op 12 april 2023.

Hoogachtend,

J. Werner,

Advocaat regulier vreemdelingenrecht

Bijlage: -