

MASTER'S THESIS

Het Kinderpardon en artikel 8 EVRM

Zenati-Duran, M.G.

Award date:

2020

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 17. Jun. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Het Kinderpardon en artikel 8 EVRM

25 oktober 2020

Studieonderdeel: Scriptie

Cursuscode: RM9906162114

Begeleider: Dr. J. Doomen

Student: M.G. (Monica) Zenati-Duran

Studentnummer: 851373016

Aantal woorden: 10.113

Voorwoord

Voor u ligt de masterscriptie 'het Kinderpardon' welke afsluiting geeft aan mijn Master Rechtsgeleerdheid op de Open Universiteit. Mijn interesse voor het vreemdelingenrecht bestaat al van voor het begin van mijn studie. Ik heb altijd een zwak gehad voor mensen die uit andere landen komen waar het leven moeilijker is. Ik voel me bevoorrecht dat ik in Nederland ben geboren en de Nederlandse nationaliteit bezit. Door mijn vrijwilligerswerk bij Vluchtelingenwerk en het nieuws over het Kinderpardon leek me dit dan ook een interessant onderwerp. Ik vind het belangrijk dat er rechtvaardig wordt besloten over het lot van minderjarige kinderen. Vooral dat er snel en adequaat wordt opgetreden. Jarenlang leven in Nederland en dan alsnog worden teruggestuurd moet worden voorkomen.

Mijn scriptiebegeleider de heer dr. J. Doomen wil ik bij deze bedanken voor zijn altijd snelle en uitgebreide feedback op mijn aangeleverde stukken.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	
§ 1.1 Introductie.....	4
§ 1.2 Onderzoeksprobleem.....	4
§ 1.3 Onderzoeksvragen.....	4
§ 1.4 Methode van onderzoek.....	5
2. Inhoud en uitvoering van het Kinderpardon	
§ 2.1 Inleiding.....	6
§ 2.2 Geschiedenis van het Kinderpardon.....	6
§ 2.3 Inhoud van het Kinderpardon.....	7
§ 2.4 Grondslagen en uitvoering van het Kinderpardon.....	8
§ 2.5 Beoordeling van de Staatssecretaris.....	8
§ 2.6 Afsluitregeling.....	9
3. De positieve verplichtingen van artikel 8 EVRM	
§ 3.1 Inleiding.....	11
§ 3.2 Positieve verplichtingen.....	11
§ 3.3 Artikel 8 EVRM.....	11
§ 3.4 Rechtspraak.....	12
§ 3.4.1 Belangrijke uitspraken.....	12
§ 3.4.2 Recente uitspraken.....	13
§ 3.5 Bijzondere positie gewortelde kinderen.....	15
§ 3.6 Tussenconclusie.....	15
4. De mogelijkheden tot inperking van artikel 8 EVRM	
§ 4.1 Inleiding.....	17
§ 4.2 Bij wet voorzien.....	17
§ 4.3 Legitiem doel.....	17
§ 4.4 Noodzakelijkheid in een democratische samenleving.....	18
§ 4.4.1 Noodzakelijkheid.....	18
§ 4.4.2 Evenredigheid.....	19
§ 4.4.3 Democratische samenleving.....	19
§ 4.5 Beoordeling.....	19
§ 4.6 Tussenconclusie.....	20
5. Het meewerkcriterium en artikel 8 EVRM	
§ 5.1 Inleiding.....	21
§ 5.2 Het meewerkcriterium.....	21
§ 5.2.1 Betrokken instanties.....	21
§ 5.2.2 Jurisprudentie.....	21
§ 5.3 Artikel 8 EVRM.....	22
§ 5.4 Afsluitregeling.....	23
§ 5.5 Tussenconclusie.....	23
6. Conclusie.....	24
7. Literatuurlijst.....	26

1. Inleiding

§ 1.1 Introductie

De laatste twee jaar is het Kinderpardon regelmatig in het nieuws geweest. Door onder andere Defence for Children, welke zich inzet voor kinderen zoals Lili en Howick, werd de Regeling langdurig verblijvende kinderen (Kinderpardon) opnieuw bekeken.¹ Het doel van het Kinderpardon was om een verblijfsvergunning te kunnen verstrekken aan langdurig in Nederland verblijvende kinderen zonder verblijfstitel, die door langdurig verblijf geworteld zijn in de Nederlandse samenleving. Het langdurig verblijf van deze kinderen in Nederland is toe te rekenen aan de overheid die vaak niet voortvarend te werk gaat en aan de ouders die niet mee werken aan uitzetting naar hun land van herkomst en veelvuldig procedures aanhangig maken. De kinderen zijn hier de dupe van en dienen beschermd te worden. Van alle aanvragen op grond van het Kinderpardon zijn er 95 % afgewezen, ondanks dat de aanvrager langer dan vijf jaar in Nederland was. Het grootste deel van de kinderen werd uitgesloten van de regeling omdat ze geen asielachtergrond hadden of omdat hun ouders zich hadden onttrokken aan Rijkstoezicht. Om deze reden is het belangrijk om onderzoek te verrichten naar de effectiviteit van het Kinderpardon. Ik wil daarom een toetsend onderzoek verrichten naar het Kinderpardon en een mogelijke tegenstrijdigheid met artikel 8 EVRM.

§ 1.2 Onderzoeksprobleem

Kinderen hebben bijzondere bescherming nodig. Zij kunnen immers niet voor zichzelf zorgen. Daarbij komt dat ze door de langdurige onzekerheid over een mogelijke uitzetting extreem kwetsbaar zijn. Ze leven in een situatie van veel stress waardoor hun hersenfuncties aangetast kunnen worden. Er is maar een kleine kans dat ze van deze schade kunnen herstellen in het land van herkomst.²

Het Kinderpardon geeft weinig hoop voor gewortelde kinderen door het kleine percentage wat daadwerkelijk een verblijfsvergunning krijgt. Er dient daarom onderzocht te worden of het Kinderpardon in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. Op 11 januari 2019 is er een afsluitregeling voor de regeling langdurig verblijvende kinderen gepubliceerd in de Staatscourant.³ Hiermee is bepaald dat het Kinderpardon per 29 januari 2019 is beëindigd.⁴ In de afsluitregeling is bepaald in welke gevallen de IND tot herbeoordeling van aanvragen overgaat. Ik zal deze afsluitregeling mee nemen in mijn onderzoek door deze te toetsen aan artikel 8 EVRM.

§ 1.3 Onderzoeksvragen

Ik heb daarom als hoofdvraag de volgende vraag geformuleerd:

In hoeverre voldoet de regeling langdurig verblijvende kinderen (Kinderpardon) bij het afschaffen van het meewerk-criterium aan de positieve verplichtingen van de Staat uit artikel 8 EVRM?

¹ https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/migratie/2018/nog-steeds-geen-rechtvaardig-Kinderpardon-regering-laat-400-kinderen-in-onzekerheid?gclid=CjwKCAiA_P3jBRAqEiwAZyWWaJOSm0FQn2nHcZTo9K0-0AIKUAds4Lkoeg0zCXjU_XBvO2ZdhiKj9hoCE_AQAvD_BwE.

² Van Os e.a. 2018 'Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen'.

³ Stc. 2019, nr. 8090.

⁴ <https://ind.nl/nieuws/Paginas/Criteria-overgangsregeling-Kinderpardon-bekend.aspx>.

Om de hoofdvraag te ondersteunen heb ik de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat is de inhoud en de reikwijdte van de regeling langdurig verblijvende kinderen (Kinderpardon)?

Deze deelvraag is belangrijk om het Kinderpardon uit te leggen. Ik zal in de uitwerking ook ingaan op hoe artikel 8 EVRM een rol speelt bij het Kinderpardon. Ik wil graag het Kinderpardon uitleggen maar ook de afsluitregeling daarvan.

2. Welke positieve verplichtingen vloeien voort uit 8 EVRM?

Deze vraag dient beantwoord te worden om later het Kinderpardon te kunnen toetsen aan dit artikel. Allereerst moet duidelijk worden welke verplichtingen de Staat heeft naar aanleiding van dit artikel. Ik zal de nadruk uiteraard leggen op de verplichtingen voor de Staat om de gewortelde migranten kinderen een bestaan in Nederland te laten opbouwen.

3. Welke mogelijkheden heeft de staat om af te wijken van de positieve verplichtingen uit artikel 8 EVRM?

Deze vraag dient net als vraag 2 beantwoord te kunnen worden om een toetsing te kunnen maken aan artikel 8 EVRM. Ik wil de mogelijkheden benoemen om af te wijken van de positieve verplichtingen en aangeven of deze van toepassing kunnen zijn bij de toetsing van het Kinderpardon aan artikel 8 EVRM.

4. Is het meewerk-criterium, wat onderdeel uitmaakt van de regeling langdurig verblijvende kinderen, in strijd met artikel 8 EVRM?

Deze vraag wil ik beantwoorden om een stap te maken richting de afsluitregeling en de vraag te kunnen beantwoorden of het Kinderpardon zonder dit criterium in strijd is met artikel 8 EVRM.

Nadat ik antwoord heb gegeven op de vier onderzoeksvragen kan ik antwoord geven op de hoofdvraag. Deze zal de conclusie vormen van het onderzoek.

§ 1.4 Methode van onderzoek

Ik heb in mijn onderzoek gebruik voornamelijk gebruik gemaakt van jurisprudentieonderzoek, kamerstukken en literatuur in de vorm van boeken en tijdschriften. Op basis van deze informatie heb ik de deelvragen kunnen beantwoorden waarna ik ben uitgekomen tot beantwoording van de hoofdvraag.

2. Inhoud en uitvoering van het Kinderpardon

§ 2.1 Inleiding

In het Regeerakkoord 'Bruggen slaan' van 29 oktober 2012 is de grondslag gelegd voor het Kinderpardon. Hierin werd opgenomen dat langdurig verblijvende kinderen en alleenstaande minderjarige vreemdelingen, ook wel gewortelde kinderen genoemd, onder bepaalde voorwaarden een verblijfsvergunning kunnen krijgen.⁵ Deze voorwaarden zijn later uitgewerkt in de definitieve regeling langdurig verblijvende kinderen.⁶ In dit hoofdstuk zal ik de geschiedenis van het Kinderpardon beschrijven. Vervolgens zal ik dieper ingaan op de inhoud, de uitvoering en grondslagen van het Kinderpardon. Ik ga ook aandacht besteden aan de bijzondere positie van de Staatssecretaris. Ten slotte zal ik een stap maken naar de recente afsluitregeling van het Kinderpardon.

§ 2.2 Geschiedenis van het Kinderpardon

De Tweede Kamer heeft bij een besluit in begin 2004 bepaald dat een grote groep asielzoekers de navolgende jaren uit Nederland zal worden uitgezet. Als reactie hierop werd aandacht gevraagd voor de effecten van uitzetting van gewortelde kinderen door middel van het filmproject 26.000 gezichten, waarin korte portretten van verschillende asielzoekers werden gemaakt. Hiermee kwam de schrijnende situatie waarin asielzoekers, waaronder vooral kinderen, zich bevonden aan het licht. De eerste motie om de belangen van een minderjarig kind, dat geworteld is in Nederland, juridisch te waarborgen dateert van 21 april 2010.⁷ Hierin worden voorwaarden genoemd op grond waarvan een minderjarig kind van een vreemdeling een verblijfsvergunning kan krijgen. Deze voorwaarden waren: het kind is geworteld in de Nederlandse samenleving, het kind heeft (mede door toedoen van de Nederlandse overheid) meer dan acht jaar in Nederland verbleven en het kind heeft hiervan minimaal twee jaar rechtmatig verblijf in Nederland gehad. Op 22 april 2010 is deze motie vervolgens met een ruime meerderheid aangenomen. Naar aanleiding van deze motie heeft de Tweede Kamer een onderzoek bevolen naar de omvang van de doelgroep, de financiële consequenties en op welke wijze het probleem kan worden geminimaliseerd.⁸ Uit dit onderzoek is gebleken dat de motie niet verantwoord werd geacht vanwege het te verwachten resultaat dat gezinnen juist zullen kiezen voor jarenlange illegaliteit, wat niet in het belang van het kind zal zijn. Het kind dient een veilige en stabiele gezinssituatie te hebben.

Aangezien de motie geen effect had, werd op 28 oktober 2011 een wetsvoorstel ingediend waarin een zogenaamde Wortelingswet werd beschreven.⁹ Ook dit wetsvoorstel heeft het niet gehaald in de tweede kamer. Inmiddels waren er kinderrechtenorganisaties, zoals Defence for Children, en veel media bezig met de situatie van de gewortelde kinderen welke geen verblijfsvergunning konden krijgen. Uiteindelijk is hieruit op 21 december 2012 de regeling langdurig verblijvende kinderen voortgekomen.¹⁰ Deze is nog enigszins aangepast maar vervolgens op 31 januari 2013 in werking getreden.¹¹

⁵ Regeerakkoord 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012, blz. 30.

⁶ Stc. 2013, 2573.

⁷ Kamerstukken II, 2009/2010, 19 637, nr. 1340.

⁸ Kamerstukken II, 2009/2010, 19 637, nr. 1345.

⁹ Kamerstukken II, 2010/2011, 33 068, nr. 2.

¹⁰ Brief aan de Tweede Kamer met als kenmerk 2012-0000664810.

¹¹ Stb. 2013, 2573.

§ 2.3 Inhoud van het Kinderpardon

Het Kinderpardon is tot stand gekomen met als doel te voorkomen dat kinderen geen verblijfsvergunning krijgen door oorzaken zoals lange asielprocedures, het niet meewerken aan het vertrek door ouders en/of het veelvuldig aanhangig maken van diverse procedures door ouders.¹²

Het Kinderpardon bestaat uit twee regelingen, een overgangsregeling en een definitieve regeling. De overgangsregeling is bedoeld voor jongeren welke reeds al geruime tijd in Nederland verbleven zonder zicht op verblijfsvergunning en die onder bepaalde voorwaarden alsnog in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning. De definitieve regeling heeft als doel om te voorkomen dat in de toekomst kinderen de dupe worden van het handelen van hun ouders of de overheid.¹³ Beide regelingen hebben grotendeels dezelfde voorwaarden.

De eerste voorwaarde is dat de vreemdeling ten minste vijf jaar voor hij of zij meerderjarig wordt in Nederland een asielverzoek heeft ingediend en gedurende die tijd ten minste vijf jaar in Nederland zijn of haar verblijf heeft gehad. Het gaat bij deze voorwaarde om het kind dat als aanvrager wordt gezien en niet om het verblijf van (één van) de ouders in Nederland.¹⁴ Het gaat bij beide regelingen om een asielaanvraag en geen andere aanvragen voor een verblijfsvergunning.

De tweede voorwaarde is het zogenaamde 'meewerkcriterium'. De vreemdeling mag zich in de periode van verblijf in Nederland niet langer dan drie maanden onttrekken aan het toezicht van de Rijksoverheid. Met Rijksoverheid wordt bedoeld: toezicht van IND, Dienst Terugkeer & Vertrek, Centraal Orgaan opvang Asielzoekers (COA) en/of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de opgelegde meldplicht). Als er sprake is van een alleenstaande minderjarige vreemdeling dan is de voogdijinstelling Nidos van belang.¹⁵ De achterliggende reden van deze voorwaarden is dat vreemdelingen niet een leven in de illegaliteit kunnen kiezen en alsnog in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.¹⁶

De derde voorwaarde is dat de vreemdeling schriftelijk moet aangeven dat alle lopende procedures onvoorwaardelijk worden ingetrokken bij het verstrekken van een verblijfsvergunning op grond van de Kinderpardon-regeling.¹⁷

Bij beide regelingen kunnen gezinsleden die deel uitmaken van het gezin van de vreemdeling in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning, tenzij de gezinsband is verbroken. Gezinsleden zijn ouders, minderjarige broers of zussen en meerderjarige broers of zussen die nog onderdeel vormen van het gezin. Er is sprake van verbreking van de gezinsband indien er geen feitelijke gezinsband meer vast te stellen is, de hoofdaanvrager achttien jaar of ouder is én een huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan en/of een kind heeft gekregen waarmee een feitelijke invulling aan het gezinsleven wordt gegeven.¹⁸

Er zijn een aantal verschillen tussen beide regelingen. Bij de definitieve regeling dient de aanvrager jonger dan 19 jaar te zijn op het moment van de aanvraag. Bij de overgangsregeling dient de aanvrager jonger dan 21 jaar te zijn op de startdatum van de peilperiode. Bij de overgangsregeling mag de aanvrager indien hij of zij een tijdelijke verblijfsvergunning heeft toch eenmaal een aanvraag indienen tot wijziging van de vergunning. Bij de overgangsregeling mag indien er eerder twijfel was over de identiteit van de aanvrager nog eenmaal binnen de drie maanden van de aanvraagperiode

¹² Kamerstukken II 2012/2013, 19637, 1597.

¹³ Kamerstukken II 2012/2013, 19637, 1597.

¹⁴ Rb. Den Haag 8 mei 2014, zaaknr. AWB 14/3593 & 14/618.

¹⁵ Kamerstukken II 2012/2013, 19637, 1597, bijlage 1.

¹⁶ Kamerstukken II 2014/2015, 33 953, 3, p.6.

¹⁷ Kamerstukken II 2012/2013, 19637, 1597, bijlage 1.

¹⁸ <https://www.ggdghorkennisnet.nl/?file=11476&m=1357747176&action=file.download>.

stukken worden ingediend om de juiste identiteit vast te kunnen stellen. Ten slotte is het bij de definitieve regeling noodzakelijk dat de aanvrager en/of gezinsleden hebben meegewerkt aan terugkeer en dat de identiteit van de aanvrager en gezinsleden reeds vastgesteld is door middel van bewijzen.¹⁹

Indien aan alle voorwaarden is voldaan kunnen er bijzondere omstandigheden zijn waardoor het kind of zijn of haar gezinsleden toch niet in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning op grond van de Kinderpardonregeling. Er zijn contra-indicaties die beoordeeld worden op het moment van het indienen van de aanvraag. De belangrijkste hiervan zijn:

- De aanvrager of een gezinslid vormt een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid;
- De identiteit van de aanvrager is niet (voldoende) aangetoond;
- De aanvrager heeft niet meegewerkt aan zijn of haar vertrek. Dit is alleen een contra-indicatie bij de definitieve regeling;
- De aanvrager is vertrokken uit het EU-gebied;
- De aanvrager heeft al een verblijfsvergunning.²⁰

§ 2.4 Grondslagen en uitvoering van het Kinderpardon

Het Kinderpardon is neergelegd als beleidsregel bij wijziging van de Vreemdelingen-circulaire (WBV 2013/1). Het doel was om het Kinderpardon te effectueren in het Vreemdelingenbesluit. Dit is uiteindelijk niet gebeurd.²¹ In de praktijk blijkt dit geen probleem te zijn. Rechters hebben geen moeite de Kinderpardonregeling te toetsen vanuit de Vreemdelingen-circulaire.

De uitvoering van de regeling wordt gedaan door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). De uiteindelijke verantwoordelijkheid ligt bij de minister van Veiligheid en Justitie; thans is dit Ferdinand Grapperhaus (CDA). In de praktijk zal de staatssecretaris zich bezighouden met vergunningverlening op grond van de Kinderpardonregeling. De uitvoering wordt dus in principe gedaan door de IND, maar de staatssecretaris behoudt haar bevoegdheid tot vergunningverlening.

Het Kinderpardon ligt in de sfeer van artikel 8 EVRM en mag hier niet mee in strijd zijn. De IND zal bij een afwijzing op grond van de Kinderpardonregeling tevens toetsen aan artikel 8 EVRM.²² De IND gebruikt hierbij een werkinstructie.²³

Indien aan de eerder besproken voorwaarden wordt voldaan zal een machtiging tot voorlopig verblijf (MVV) worden afgegeven. Dit is een niet-tijdelijke reguliere verblijfsvergunning op humanitaire gronden. De verblijfsvergunning wordt afgegeven voor de duur van één jaar en vervolgens ambtshalve verlengd met een verblijfsvergunning voor de duur van vijf jaar.

§ 2.5 De beoordeling van de staatssecretaris

De staatssecretaris heeft een grote beleidsvrijheid ten opzichte van het Kinderpardonbeleid. De staatssecretaris dient een belangenafweging te maken tussen de individuele vreemdeling om een verblijfsvergunning te krijgen en het belang van de Staat om te weigeren. De staatssecretaris heeft in de toelichting van het Kinderpardon opgenomen dat voorkomen moet worden dat kinderen de dupe worden van lange procedures.²⁴ In de toelichting is ook opgenomen dat de verantwoordelijkheid van

¹⁹ Kamerstukken II 2012/2013, 19637, 1597.

²⁰ <https://www.ggdghorkennisnet.nl/?file=11476&m=1357747176&action=file.download>.

²¹ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI: NL:RVS:2014:3890.

²² ECLI:NL:RVS:2016:1286.

²³ IND werkinstructie 2015/4 (openbaar).

²⁴ Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 1.

de ouders getoetst dient te worden. De primaire verantwoordelijkheid van het kind ligt immers bij zijn ouders. Met het Kinderpardon is het kind en diens gezinsleden een extra mogelijkheid gegeven om een verblijfsvergunning te krijgen. Uit de rechtspraak blijkt dat de staatssecretaris van mening is dat een kind die geworteld is in Nederland geen bijzondere omstandigheid oplevert en artikel 8 EVRM niet in de weg staat bij een gedwongen uitzetting naar her land van herkomst. De staatssecretaris heeft ruimte tot het verrichten van een nadere afweging van de belangen voordat een verblijfsvergunning op basis van de voorwaarden van het Kinderpardon wordt afgewezen. De rechter heeft vervolgens als taak om te beoordelen of de Staatssecretaris niet buiten zijn bevoegdheid is getreden en een onrechtmatig besluit heeft genomen. De staatssecretaris heeft een grote beleidsvrijheid die door de rechter gerespecteerd dient te worden.

§ 2.6 Afsluitregeling van het Kinderpardon

Op 7 november 2018 werd een motie tot verruiming van het Kinderpardon ingesteld door Jasper van Dijk (SP), lid van de Tweede Kamer. De reden hiervoor was dat het meewerkcriterium ervoor zorgdraagt dat de Kinderpardonregeling in veel gevallen niet toegepast kan worden terwijl de kinderen hiervoor wel in aanmerking zouden moeten kunnen komen. Jasper van Dijk verzoekt de regering daarom om het Kinderpardon te verruimen in de zin van het schrappen van het meewerkcriterium en deze te vervangen voor het beschikbaarheids criterium. Hiermee wordt dan bedoeld het beschikbaar zijn voor terugkeer.²⁵ Deze motie is aanleiding geweest om een onderzoek in te stellen over het mogelijk afschaffen van het Kinderpardon.

In de brief aan de Tweede Kamer van 29 januari 2019 is opgenomen dat de Definitieve Regeling met terugwerkende kracht per 29 januari 2019 wordt beëindigd en dat er een overgangsregeling komt voor langdurig verblijvende kinderen.²⁶ Op 30 januari 2019 wordt een motie ingesteld om het (op korte termijn) afschaffen van het Kinderpardon tegen te gaan. Farid Azarkan (Denk), lid van de Tweede Kamer, geeft aan dat dit onrechtvaardig en niet solidair is.²⁷ Eveneens op 30 januari 2019 wordt door Jasper van Dijk een motie ingediend waarin hij aangeeft dat er onvoldoende duidelijkheid is over de herbeoordeling van de aanvragen op grond van de Kinderpardonregeling en beëindiging van de Kinderpardonregeling.²⁸

Op 11 februari 2019 is de Afsluitregeling Definitieve Regeling langdurig verblijvende kinderen gepubliceerd.²⁹ Alle op dat moment lopende procedures worden beoordeeld op grond van de afsluitregeling. Het belangrijkste punt in dat geval is dat de contra-indicatie 'niet meewerken aan vertrek' wordt vervangen door 'niet beschikbaar zijn voor vertrek'.³⁰ Deze aanpassing is gunstiger voor de aanvragers. Iedereen die nog geen aanvraag had ingediend maar wel gebruik wil maken van de afsluitregeling dient een aanvraag binnen twee weken na inwerkingtreding van de afsluitregeling in te dienen. Hierna zal een aanvraag beoordeeld worden.

Voor wat betreft de aanvragen welke op basis van de definitieve regeling zijn afgewezen kan een herbeoordeling plaatsvinden op grond van de afsluitregeling. Dit geldt uitsluitend voor aanvragen welke op basis van het meewerkcriterium zijn afgewezen. Het IND kan dit ambtshalve verrichten of op grond van het verzoek van de vreemdeling. Herbeoordeling vindt geen plaats indien de vreemdeling de EU heeft verlaten of al een verblijfsvergunning heeft. Dit verzoek kon uiterlijk 25 februari 2019 aan

²⁵ Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2430.

²⁶ Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2459.

²⁷ Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2463.

²⁸ Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2466.

²⁹ Stc. 2019, 8116.

³⁰ Stc. 2019, 8116, blz. 1.

IND worden verzonden. Er zijn vier voorwaarden waaraan de aanvraag dient te voldoen voor toewijzing op grond van de afsluitregeling:

1. De vreemdeling is jonger dan 19 jaar op het moment van de oorspronkelijke aanvraag of was dat tussen 1 februari 2013 en 29 januari 2019.
2. De vreemdeling had ten minste vijf jaar voor zijn achttiende verjaardag een aanvraag ingediend en heeft ten minste vijf jaar in Nederland verbleven.
3. De vreemdeling heeft zich tijdens de periode van tenminste vijf jaar niet meer dan drie aaneengesloten maanden onttrokken aan toezicht van IND, DT&V, COA, AIVM en/of Nidos.
4. De vreemdeling dient aan te geven dat lopende procedures worden ingetrokken bij verlening van een verblijfsvergunning op grond van de afsluitregeling.³¹

De kosten voor een aanvraag van een verblijfsvergunning op grond van de afsluitregeling bedragen € 164,--. Ook gezinsleden van de hoofdaanvrager moeten per aanvraag € 164,-- betalen.³² Voor wat betreft het verlenen van een verblijfsvergunning aan de gezinsleden van de aanvrager gelden dezelfde voorwaarden als eerder besproken bij de overgangsregeling en definitieve regeling. Ook worden dezelfde contra-indicaties gehanteerd als reeds besproken.

³¹ Stc. 2019, 8116, blz. 3.

³² <https://ind.nl/over-ind/paginas/alles-over-de-regeling-langdurig-verblijvende-kinderen.aspx>.

3. De positieve verplichtingen van artikel 8 EVRM

§ 3.1 Inleiding

Artikel 8 EVRM, ook wel het recht op familie- en gezinsleven genoemd, bevat zowel negatieve als positieve verplichtingen. Nederland dient als verdragsstaat het EVRM te eerbiedigen. Nationale wetgeving mag daarom niet in strijd zijn met het EVRM. Er is een uitgebreide selectie van rechtspraak over de toepassing van artikel 8 EVRM. Dit artikel betreft zowel negatieve als positieve verplichtingen voor de Staat. Een positieve verplichting is een verplichting om te handelen. Een negatieve verplichting is een verplichting om niet te handelen, tenzij er een rechtvaardiging voor is. Die rechtvaardigingsgronden staan genoemd in het tweede lid van artikel 8 EVRM.

§ 3.2 Positieve verplichtingen

Om twee redenen is het voor de Staat van belang om aandacht te besteden aan positieve verplichtingen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft vele uitspraken over dit onderwerp gedaan en is daarmee een factor geweest voor de erkenning van horizontale werking.³³ Horizontale werking betekent dat burgers zich ook tegenover anders burgers kunnen beroepen op een verdragsartikel. De positieve verplichting bij het EVRM is soms in het artikel vastgelegd, zoals in artikel 13 EVRM, waarin de Staat wordt verplicht effectieve rechtsbescherming tegen schending van grondrechten te bieden. Voor de effectiviteit van een recht is het soms nodig dat er voor de staat positieve verplichtingen zijn. Als een burger bijvoorbeeld recht heeft op zorg moet de staat wel zorgfaciliteiten ter beschikking stellen.

Om vast te kunnen stellen of er positieve verplichtingen gelden voor een EVRM-artikel moet de 'fair balance' worden toegepast. Dit is de vraag of er een redelijk evenwicht is tussen het individuele grondrecht en het algemene belang. Deze toets is soortgelijk aan de rechtvaardigingstoets bij negatieve verplichtingen. Er volgt een onderzoek of op nationaal belang tot een redelijke beslissing is gekomen ook al zijn de rechten van het individu niet (volledig) gehonoreerd. In artikel 8 EVRM staat een zgn. inherente positieve verplichting. Een inherente positieve verplichting is noodzakelijk voor een effectieve waarborg van het recht op privéleven en bescherming van het gezinsleven.³⁴ Deze verplichtingen kunnen verbonden zijn aan bepalingen die alleen een afweerrecht lijken te bevatten.³⁵ Afweerrechten zijn opgenomen om de burger te beschermen tegen inmenging van de Staat.

§ 3.3 Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM is het belangrijkste artikel op het gebied van eerbiediging van familie- en gezinsleven. De rechtspraak heeft in verschillende uitspraken een poging gedaan om het recht op 'family life' te nuanceren. Dit begrip dient volgens de rechtspraak ruim opgevat te worden.³⁶ Er moet een nauwe persoonlijke betrekking tussen de familie en gezinsleden bestaan. Dit kan ook het geval zijn tussen grootouder en kleinkind. Ook is het niet belangrijk of het kind is ontstaan uit een gehuwde of ongehuwde relatie.

In het tweede lid van artikel 8 EVRM staan de gronden welke een inbreuk op het artikel rechtvaardigen. Er moet een 'fair balance' zijn tussen het algemene belang van de Staat en het belang

³³ Nieuwenhuis, 2014, p.123.

³⁴ CRvB 21 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI8400.

³⁵ Nieuwenhuis, 2014, p.123.

³⁶ EHRM 13 juni 1979, Marckx vs België.

van degene die een beroep doet op artikel 8 EVRM. Dit betreft een maatstaf die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gebruikt om te beoordelen of een inmenging op artikel 8 EVRM gerechtvaardigd kan worden. Bij deze beoordeling maakt het EHRM gebruik van een zgn. 'margin of appreciation' (afwegingsruimte). Dit houdt in dat het afhangt van het soort recht wat getoetst moet worden hoe streng het EHRM zal oordelen of er voldoende gewichtige redenen zijn om een inmenging te rechtvaardigen. Artikel 8 EVRM is een absoluut recht. Het EHRM zal bij absolute rechten strenger zijn in de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden maar ook in de beoordeling van de rechtswaARBorgen van degene die een beroep doet op het artikel.³⁷ Zowel bij positieve en negatieve verplichtingen dient de 'fair balance' gebruikt te worden bij de beoordeling.

Uit artikel 8 EVRM is een positieve verplichting voor de Staat om het familie- en gezinsleven van gewortelde migranten kinderen te beschermen af te leiden. Zij dienen beschermd te worden tegen uitzetting wanneer zij op jonge leeftijd naar Nederland zijn gekomen en door langdurig verblijf een sterke band met Nederland hebben opgebouwd. Artikel 8 EVRM gaat op dit punt verder dan het kinderpardon. Ook vreemdelingen die ouder dan 21 jaar zijn kunnen hier een beroep op doen.³⁸ Wanneer een minderjarige zich op jonge leeftijd in Nederland bevindt zal deze een Nederlandse identiteit ontwikkelen met Nederlandse normen en waarden. Jonge kinderen ontleen hun identiteit aan die van de ouders of andere personen die dicht bij staan en pubers ontleen hun identiteit vooral aan hun omgeving (leeftijdgenoten).³⁹ Het is echter niet genoeg voor een minderjarige om zich te beroep op het aspect dat hij een Nederlandse identiteit heeft en zijn wortels in Nederland heeft. Er moet sprake zijn van integratie in de Nederlandse samenleving, meer dan vijf jaar verblijfsduur in Nederland, het kind moet in Nederland zijn geboren, Nederlands onderwijs volgen en Nederlands spreken. Daarnaast moet er ook sprake zijn van schrijnende omstandigheden.⁴⁰ Er zijn dus veel voorwaarden waaraan een minderjarige moet voldoen een beroep te kunnen doen op worteling als verblijfsgrond op basis van artikel 8 EVRM.⁴¹

§ 3.4 De rechtspraak

3.4.1 Belangrijke uitspraken

Het Hof heeft voor eerst artikel 8 EVRM en inherente positieve verplichtingen benoemd in het Marckx-arrest.⁴² Het Hof acht in deze uitspraak dat de Staat een positieve verplichting heeft om de relatie tussen ouders en kinderen die buiten het huwelijk geboren zijn niet discriminerend te regelen. Na dit arrest kwamen er vele uitspraken naar aanleiding van aanvragen gezinshereniging van gastarbeiders. Er was een grote stroom van legale gastarbeiders in Nederland. De staat kan op grond van artikel 8 EVRM de verplichting hebben om een verblijfsvergunning te verlenen voor de buitenlandse vrouw en kinderen.

Ook de wetgever dient rekening te houden met positieve verplichtingen. Wanneer de wet een leemte bevat kan de Staat daar verantwoordelijk voor geacht worden. Het Hof oordeelde in de zaak X en Y vs Nederland dat de Staat onvoldoende bescherming heeft gegeven aan de persoonlijke levenssfeer van het slachtoffer. In deze zaak ging het om een geestelijk gehandicapt meisje van 16 jaar dat slachtoffer was geworden van ontucht door een volwassen man. De man kon niet vervolgd worden door leemte in de wet. Het Hof oordeelde dat Nederland een positieve verplichting bij artikel 8 EVRM

³⁷ EHRM 11 maart 2011, appl. nr. 5193/09, EHRC 2012, 16 m.nt. De Jong (X en Y t. Kroatië).

³⁸ RvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2069.

³⁹ Kalverboer en Zijlstra (2006).

⁴⁰ Kamerstukken II 2006/07, 19 637, nr. 1131.

⁴¹ Van Os (2012) 'De relevantie van het Kinderrechtenverdrag voor minderjarige vreemdelingen'.

⁴² EHRM 13 juni 1979, Marckx vs België, r.o. 31.

had geschonden.⁴³

Een positieve verplichting kan ook inhouden dat de burger recht heeft op informatie van de Staat. Uit de positieve verplichting bij artikel 8 EVRM hoort ook het geven van informatie aan de burger wanneer de informatie nauw verbonden is met het persoonlijke leven van de betrokken burger. In de zaak Gaskin wilde de burger informatie over zijn jeugd in kindertehuizen en pleeggezinnen ontvangen van de kinderbescherming. Het Hof oordeelde dat de informatie nodig is om zijn jeugd en ontwikkeling te kunnen begrijpen en hij werd dus in het gelijk gesteld.⁴⁴ Ook in de zaak Çapin vs. Turkije was er sprake van een man welke informatie verzocht over zijn biologische vader. Het Hof oordeelde dat ondanks er aanzienlijke tijd was verstreken het respect voor zijn persoonlijke identiteit nog gewaarborgd diende te worden.⁴⁵

3.4.2 Recente uitspraken

Ook de laatste jaren zijn er veel uitspraken van het Europese Hof over de positieve verplichting in artikel 8 EVRM.

In de zaak Dickson vs. The United Kingdom heeft het hof besloten dat er sprake was van een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM om een getrouwd stel, waarbij de man in de gevangenis zat, toe te staan een kind te verwekken door middel van kunstmatige inseminatie. Er waren in die tijd geen regels omtrent dit onderwerp. Het stel heeft hierom een beroep gedaan op onder andere artikel 8 EVRM. Hoewel het Hof sprak over een ruime 'margin of appreciation' van de Staat heeft het Hof geoordeeld dat er geen sprake was van een 'fair balance' tussen de individuele belangen en de publieke belangen.⁴⁶

Wanneer de autoriteiten niet voldoende en adequaat te werk gaan om vervreemding tussen ouder en kind tegen te gaan kan dit in strijd zijn met het positief recht in artikel 8 EVRM. Een Moldavische moeder vroeg aan de Staat Moldavië om te beslissen over een voogdijkwestie over haar kinderen. Ze had in die tijd geen contact met haar kinderen. De Staat heeft de kwestie te lang laten duren en daarmee de vader de kans gegeven om de kinderen van de moeder te vervreemden.⁴⁷ Het is de taak van de Staat om te zorgen voor uitzonderlijke ijver in het behandelen van een voogdzijzaak aangezien er een risico bestaat op vervreemding tussen kind en ouder naarmate de tijd langer duurt.⁴⁸ Naarmate de periode dat ouder en kind niet meer samen zijn langer wordt, wordt het des te belangrijker voor de autoriteiten om actie te ondernemen om reünie tussen ouder en kind te arrangeren. Een grote periode zonder ouder kan immers zorgen voor nadelige fysieke en geestelijke problemen bij het kind. Vooral in het geval van een (mogelijke) kidnapping dienen de desbetreffende autoriteiten maatregelen te treffen.⁴⁹

De Staat heeft ook een positieve verplichting om te onderzoeken of er een mogelijkheid is dat een kind weer bij zijn ouders kan zijn na plaatsing bij een pleegzorginstelling. Wanneer de Staat onvoldoende mogelijkheden geeft voor de ouders om contact te krijgen met hun kind welke in pleegzorg zit kan dit ook strijd opleveren met artikel 8 EVRM. In de zaak K.O. & V.M. vs. Noorwegen hebben de nationale autoriteiten niet voldoende redenen gegeven waarom het niet in het belang van het kind kan zijn om meer dan zes keer in het jaar zijn ouders te zien. Het ging om een kind dat normaal

⁴³ EHRM 26 maart 1985, X en Y vs Nederland, r.o. 27.

⁴⁴ EHRM 7 juli 1989, Gaskin vs Verenigd Koninkrijk, r.o. 49.

⁴⁵ EHRM 15 oktober 2019, Çapin vs. Turkije, r.o. 79.

⁴⁶ EHRM 4 december 2007, Dickson vs. Vereniging Koninkrijk, r.o. 85.

⁴⁷ EHRM 29 oktober 2019, Pisica vs. Moldavië, r.o. 73.

⁴⁸ EHRM 29 oktober 2019 Pisica vs. Moldavië, r.o. 66, cf. EHRM 8 oktober 2019, Zelikha Magomadova vs Rusland, r.o. 111.

⁴⁹ EHRM 8 oktober 2019, Zelikha Magomadova vs Rusland, r.o. 107-108.

functioneerde en positieve interactie ondervond bij een bezoek van haar ouders. De Staat heeft in deze zaak onvoldoende gemotiveerd en onderzocht waarom het kind niet meer contact met haar ouders kon hebben.⁵⁰ Dit levert een schending op van de positieve verplichting van de Staat om het recht op familieleven te respecteren op grond van artikel 8 EVRM.

In de zaak *Zakharchuk vs. Rusland* heeft een man een klacht ingediend op grond van artikel 8 EVRM voor het schenden van zijn privé leven. Hij is bijna zijn hele leven inwoner van Rusland geweest maar wordt uitgezet naar Polen. Hij heeft de Poolse nationaliteit. Hij geeft aan geen banden te hebben met Polen. Hij heeft echter een aantal jaren in een Russische gevangenis gezeten voor diefstal. Voor een migrant welke bijna zijn hele kindertijd in Rusland woont moeten er gegronde redenen zijn om hem uit te mogen zetten.⁵¹ In dit geval is er geen sprake van een schending van artikel 8 EVRM. De Russische autoriteiten hebben een 'fair balance' aangetoond tussen de belangen bij het uitvoeren van het uitzettingsbevel en het vervolgens uitzetten.

Al eerder in de zaak *Uner vs. Nederland* heeft het Hof besloten dat geen schending van artikel 8 EVRM had plaatsgevonden. Hierin zijn condities neergelegd die hedendaags nog gebruikt worden ter beoordeling bij een vreemdeling die in aanraking is gekomen met justitie en een beroep doet op artikel 8 EVRM.⁵² De condities zijn als volgt benoemd:

*“- the nature and seriousness of the offence committed by the applicant;
- the length of the applicant’s stay in the country from which he or she is to be expelled;
- the time that has elapsed since the offence was committed and the applicant’s conduct during that period;
- the nationalities of the various persons concerned;
- the applicant’s family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple’s family life;
- whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship;
- whether there are children from the marriage, and if so, their age; and
- the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled.”*

Hieruit kan dus de conclusie worden getrokken dat de 'margin of appreciation' van de Staat om te beslissen om een vreemdeling uit te zetten op grond van de nationale veiligheid is genomen.

Later, in de zaak *Maslov vs. Oostenrijk*, is de klacht ingediend door een vreemdeling met de Bulgaarse nationaliteit die vanaf zijn zesde levensjaar in Oostenrijk woont en veelvuldig misdrijven heeft gepleegd. Er is door Oostenrijk besloten dat hij Oostenrijk moet verlaten. Het Hof heeft echter besloten dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Het Hof concludeert daarom dat de destijds minderjarige vreemdeling, met uitzondering van één, geen geweldadige delicten heeft gepleegd. Hij heeft langdurig in Oostenrijk gewoond, zijn familiebanden liggen in Oostenrijk, en hij spreekt geen Bulgaars en heeft ook geen banden met Bulgarije. Het is de verplichting van de Staat om te zorgen voor re-integratie in de samenleving en de uitzettingsmaatregel was daarom niet noodzakelijk in een democratische samenleving.⁵³

In het geval van *Sisojeva vs. Letland* was er sprake van een man, vrouw en hun meerderjarige dochter welke een klacht hebben ingediend op basis van artikel 8 EVRM. Aangezien de dochter al meerderjarig was kon er geen 'family life' worden aangenomen maar heeft het Hof gekeken of er

⁵⁰ EHRM 19 november 2019, *K.O. & V.M. vs. Noorwegen*, r.o. 70.

⁵¹ EHRM 19 december 2019, *Zakharchuk vs. Rusland*, r.o. 49.

⁵² EHRM 18 oktober 2006, *Uner vs. Nederland*, r.o. 57.

⁵³ EHRM 23 juni 2008, *Maslov vs. Oostenrijk*, r.o. 100.

sprake is van 'private life'. De man en dochter hebben de Russische nationaliteit en de vrouw heeft geen nationaliteit. Het Hof oordeelt dat aangezien aanvragers niet in aanraking zijn geweest met justitie, de nationale autoriteiten geen maatregelen hebben getroffen welke van hen verwacht hadden mogen worden en vooral omdat de hele procedure zo lang heeft geduurd en aanvragers al die tijd in onzekerheid verkeerden, dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.⁵⁴

In een andere procedure is sprake van schending van artikel 8 EVRM door het uitzetten van een vreemdeling naar zijn land van herkomst Kazachstan. Zijn vrouw en kinderen bleven achter in Rusland. Zijn uitzetting wordt door het Hof als schending aangemerkt doordat de uitzetting verstrekkende negatieve gevolgen had voor beide verzoekers (man en vrouw) en hun kinderen. De nationale autoriteiten hebben deze kwestie niet voldoende in overweging genomen. Het Hof oordeelt dat het economische welzijn van het land en de preventie van criminaliteit niet opwegen tegenover de rechten van de verzoekers op grond van artikel 8 EVRM.⁵⁵

§ 3.5 Bijzondere positie gewortelde kinderen

Uit de jurisprudentie hieromtrent blijkt dat gewortelde kinderen een bijzondere positie hebben. Dit komt doordat zij nooit de keuze hebben gemaakt om langdurig onrechtmatig in Nederland te verblijven. Dit is dan ook niet aan hen toe te rekenen. Zij zijn vaak al vanaf zeer jonge leeftijd onrechtmatig in Nederland.⁵⁶ Doch het onrechtmatig verblijf mag aan de ouder worden toegerekend. Het is echter wel zo dat een minderjarige meer kans van slagen heeft indien zijn ouders geen afhankelijk verblijfsrecht hebben. Dit is echter logisch want als de ouders geen kans hebben op een verblijfsstatus het kind moeilijk een beroep kan doen op het recht van zijn privé en familieleden op grond van artikel 8 EVRM. Een ander gunstiger aspect voor gewortelde kinderen, die inmiddels meerderjarig zijn geworden, is dat bij verblijfsrechtelijke afhankelijkheid van de ouders het toerekenen van hun gedrag niet beslissend is.⁵⁷

§ 3.6 Tussenconclusie

De Staat heeft positieve en negatieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM. De rechtspraak van het Europese Hof betreft vele voorbeelden. De burger heeft een recht op informatie van de Staat wanneer deze informatie belangrijk is voor zijn persoonlijke leven. De Staat kan ook verantwoordelijk worden gehouden indien deze belangrijke zaken niet wettelijk zijn vastgelegd.

Uit recente rechtspraak blijkt dat uit artikel 8 EVRM de positieve verplichting voortvloeit om maatregelen te treffen om een ouder bij (mogelijke) kidnaping zo snel mogelijk weer met het kind samen te kunnen brengen. Ook bij voogdijkwesties is het een taak van de Staat om zo spoedig mogelijk op te treden om vervreemding van één of beide van de ouders tegen te gaan. De Staat dient mogelijkheden te bieden voor gevangenen om door middel van kunstmatige inseminatie een kind te verwekken.

Indien een vreemdeling in aanmerking is gekomen met justitie en om die reden wordt uitgezet ligt het aan verschillende voorwaarden of een beroep op artikel 8 EVRM kan slagen. De aard van de misdrijven, de familiesituatie, de nationaliteiten en de lengte van verblijven in het land dat de uitzetting beveelt zijn daarin belangrijke factoren. Er moet te allen tijde een afweging worden gemaakt tussen de belangen van de Staat en de individuele belangen.

Een ander belangrijk punt dat het Hof aangeeft is de verantwoordelijkheid van de Staat om

⁵⁴ EHRM 16 juni 2005, Sisojeva e.a. vs. Letland, r.o. 108-111.

⁵⁵ EHRM 11 februari 2010, Zakayev & Safanova vs. Rusland, r.o. 48.

⁵⁶ ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2069.

⁵⁷ Werner 2015, p. 21.

een procedure waarin uitzetting wordt gevraagd spoedig te behandelen. Als een vreemdeling jarenlang in onzekerheid zit over zijn verblijfstatus kan dat worden aangemerkt als schending van artikel 8 EVRM. Als de minderjarige vreemdeling al vanaf jonge leeftijd onrechtmatig in Nederland verblijft en zijn ouders geen afhankelijk verblijfsrecht kunnen ontlenen heeft hij meer kans van slagen wanneer hij een beroep doet op artikel 8 EVRM.

4. Mogelijkheden tot inperking van artikel 8 EVRM

§ 4.1 Inleiding

Indien een positieve verplichting getoetst wordt, zal de rechter een afweging moeten maken tussen individuele en algemene belangen. Hierin zijn op grond van artikel 8 EVRM een aantal beperkingsclausules te noemen die aangeven of een uitzondering op de plicht van de Staat tot onthouding is toegestaan. Er zullen een drietal vragen positief beantwoord moeten worden: is de beperking bij de wet voorzien, heeft zij een legitiem doel en is zij noodzakelijk in een democratische samenleving?

§ 4.2 Bij wet voorzien

Bij wet voorzien wordt alle wetgeving bedoeld, van ongeschreven recht naar verdragsrecht. Een bevoegd gegeven bevel van de burgemeester valt hier ook onder. Deze wetgeving dient toegankelijk en voorzienbaar voor de burger te zijn.⁵⁸ Er moet hierbij gedacht worden aan publicatie van de wetgeving en een uitleg over wanneer handhaving zou kunnen volgen. Bij dit aspect is er geen sprake van beoordelingsruimte.⁵⁹ Het Hof heeft daarom ook geen moeite met beantwoording van de vraag of de beperking bij wet is voorzien. Het enige punt dat ter sprake komt is de voorzienbaarheid. Als wet of regelgeving vaag of onduidelijk is en niet duidelijk is wanneer of waarop gehandhaafd zal worden, kan er sprake zijn van schending van artikel 8 EVRM op basis van dit aspect.⁶⁰

Het Kinderpardon is wettelijk geregeld. Het is namelijk een besluit van algemene strekking dat is genomen door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie om de Vreemdelingencirculaire 2000 te wijzigen. Hiermee is het een onderdeel van deze circulaire geworden. Deze wijziging is gepubliceerd en daarmee voor een ieder toegankelijk geworden.

Er is ook voldaan aan het voorzienbaarheidsvereiste. Het besluit is namelijk duidelijk in woord. Ondanks dat het besluit nooit in de Vreemdelingenwet is vastgelegd, wordt dit wel degelijk gebruikt door de rechter.

§ 4.3 Legitiem doel

De beperking heeft een legitiem doel in de volgende gevallen:

- Het belang van de nationale veiligheid;
- Het belang van de openbare veiligheid;
- Het belang van het economisch welzijn van het land;
- Het voorkomen van wanorde en strafbare feiten;
- De bescherming van de gezondheid of de goede zeden;
- De bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁶¹

Er wordt al gauw aangenomen dat aan dit vereiste voldaan is. De Staat heeft bij al haar beslissingen wel één van de hierboven genoemde belangen.

⁵⁸ EHRM 12 april 1979, nr. 6538/74 (Sunday Times vs Verenigd Koninkrijk).

⁵⁹ Nieuwenhuis 2014, p. 96.

⁶⁰ EHRM 2 augustus 2001, nr. 37119/97 (N.F. vs Italië).

⁶¹ Van Toor, *SteR* 2017, afl. 32, par. III.6.2.4.2

Door de invoering van het Kinderpardon wordt het economisch welzijn beschermd. Als we kijken naar het eerder genoemde doel van het Kinderpardon 'te voorkomen dat kinderen geen verblijfsvergunning krijgen door oorzaken zoals lange asielprocedures, het niet meewerken aan het vertrek door ouders en/of het veelvuldig aanhangig maken van diverse procedures door ouders' zal dit zeker economisch welzijn bevorderen. Er zal eerder duidelijkheid zijn voor de kinderen (en gezinsleden), waardoor de kosten worden ingeperkt. De kinderen krijgen, doordat ze eerder hun status krijgen en hun ouders dus ook, betere economische kansen. Zij kunnen deel uitmaken van de maatschappij. Hierdoor worden er niet onnodig lange procedures gevoerd welke de Staat veel geld kosten.

Niet alleen de voorwaarden maar ook de contra-indicaties moeten een legitiem doel beogen. De vreemdeling mag geen gevaar vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid. Deze contra-indicatie beoogt duidelijk een legitiem doel, namelijk de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid. Een andere contra-indicatie is dat de vreemdeling een onderdaan is van een ander EU-land. Hiervoor zou een rechtvaardiging kunnen zijn aangezien de vreemdeling al een veilig onderkomen in de EU heeft en de Staat dan het economische welzijn van het land boven het belang van de vreemdeling om een Nederlandse verblijfsvergunning te verkrijgen plaatst. De vreemdeling kan zijn identiteit niet aantonen. Indien de identiteit niet duidelijk is zijn alle legitieme doelen bereikt. Er is immers niet te zeggen of iemand een gevaar is voor de nationale veiligheid of de openbare orde. De vreemdeling heeft de EU inmiddels verlaten. Indien dit het geval is, is er geen noodzaak meer tot verstrekken van een verblijfsvergunning op grond van het Kinderpardon. Ook indien de vreemdeling reeds houder is van een verblijfsvergunning is er geen noodzaak meer op basis van het Kinderpardon.

§ 4.4 Noodzakelijkheid in een democratische samenleving

Dit punt bestaat uit twee delen, namelijk de noodzaak en de evenredigheid. Er moet bekeken worden of de beperking nodig is vanwege een dringende maatschappelijke behoefte en er moet sprake zijn van een redelijke verhouding tussen de zwaarte van de beperking en het gewicht van het belang dat hiermee gediend is.

4.4.1 Noodzakelijkheid

Het noodzakelijkheidsbeginsel bevat eigenlijk drie aspecten, namelijk: geschiktheid, subsidiariteit en evenredigheid. Bij de noodzakelijkheidstoets worden daarom een drietal vragen gesteld door het EHRM. Het gaat om de volgende vragen:

- Is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
- Is er geen minder ver gaande maatregel die hetzelfde doel kan bereiken?
- Weegt het gediende belang op tegen de beperking?⁶²

De laatste vraag valt onder de beoordeling van evenredigheid. De inbreuk moet dringend nodig zijn en in een evenredige verhouding staan tot het doel dat wordt nagestreefd.⁶³ Een belangrijk aspect voor de toetsing is dat individuele belangen soms plaats moeten maken voor de belangen van een groep, maar zeker niet altijd. Er moet een balans worden gezocht tussen deze belangen, waarbij een eerlijke en evenredige behandeling van de individu gegarandeerd moet worden zodat er geen plaats kan zijn

⁶² Nieuwenhuis 2014, p. 104.

⁶³ EHRM 23 maart 1983, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 and 7136/75, (Silver e.a. vs Verenigd Koninkrijk).

voor machtsmisbruik.⁶⁴ Belangrijk is altijd hoe ingrijpender de inmenging is, des te strenger de proportionaliteitstoets moet zijn.⁶⁵ Het EHRM heeft aangegeven dat een lidstaat beter op de hoogte is wat in zijn land nodig is dan het EHRM kan beoordelen.⁶⁶ Deze uitspraak geeft al aan dat een Staat een grote beoordelingsruimte heeft. De invulling die de staten geven aan de verschillende mensenrechten is ook per lidstaat verschillend. Het is voor het EHRM lastig om daar eenheid in te brengen en daarom krijgen de lidstaten ook hieromtrent een grote beoordelingsruimte.

4.4.2 Evenredigheid

Evenredigheid, ook wel fair balance genoemd, ziet erop toe dat geen middelen worden gebruikt die ingrijpender zijn dan dat de omstandigheden vereisen. De evenredigheid hangt nauw samen met de noodzakelijkheid. Als er immers geen noodzaak is, kan er ook geen sprake zijn van evenredigheid. Als het EHRM toetst aan het evenredigheidsbeginsel worden er verschillende aspecten bekeken. Er wordt allereerst gekeken of de beperking geschikt is voor het beoogde doel. Is dit het geval, dan wordt beoordeeld of er geen lichtere maatregel gebruikt kan worden om het doel te bereiken. Onder het evenredigheidsaspect valt ook de vraag of een beperking relevant en toereikend is. Het relevantie punt leidt meestal niet tot de conclusie dat een beperkende maatregel niet evenredig is.⁶⁷

De toereikendheid is echter een aspect dat nauw verbonden is met de evenredigheid. Als de motieven van de beperkende maatregel immers niet toereikend zijn om het beoogde doel te bereiken, zal het EHRM aannemen dat aan de evenredigheid niet is voldaan.⁶⁸ Dit houdt in dat om te bepalen of er voldaan is aan de toereikendheid het soort beperking en de gevolgen ervan een belangrijke rol speelt.

4.4.3 Democratische samenleving

Onder democratische samenleving wordt onder andere verstaan de vrijheid van meningsuiting, vrijheid voor godsdienst, recht op privacy en de vrijheid voor politieke partijen. Een belangrijk arrest waarin criteria voor een democratische samenleving zijn bepaald is het eerder genoemde Handyside/Verenigd Koninkrijk-arrest. Bij een democratische samenleving dient te worden gedacht aan pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid.⁶⁹ Het aspect van de democratische samenleving speelt geen rol bij de toetsing of de inperking toegestaan is, maar geeft een nuance op de noodzakelijkheid. De beleidsruimte van de Staat wordt bepaald door het karakter van de democratische samenleving. Doordat het doel dat wordt gediend en het belang van het recht voor het individu essentieel zijn om de noodzakelijkheid te toetsen, zijn de onderwerpen ook niet los van elkaar te toetsen.⁷⁰

§ 4.5 Beoordeling

Het Kinderpardon is tot stand gekomen met als doel te voorkomen dat kinderen geen verblijfsvergunning krijgen door oorzaken zoals lange asielpcedures, het niet meewerken aan het vertrek door ouders en/of het veelvuldig aanhangig maken van diverse procedures door ouders. Door de voorwaarden die het Kinderpardon stelt waaraan de aanvrager dient te voldoen kan er sprake zijn

⁶⁴ EHRM 13 augustus 1981, 7601/76 en 7806/77 (Young, James & Webster vs Verenigd Koninkrijk).

⁶⁵ Nieuwenhuis 2014, p. 101.

⁶⁶ EHRM 7 december 1976, 5493/72 (Handyside vs Verenigd Koninkrijk).

⁶⁷ Haeck 2009, p. 66.

⁶⁸ Haeck 2009, p. 67.

⁶⁹ EHRM 7 december 1976, 5493/72 (Handyside vs Verenigd Koninkrijk).

⁷⁰ Van Toor, *SteR* 2017, afl. 32, par.III.6.2.4.3.

van inmenging. De eerste voorwaarde die bepaalt dat de aanvrager ten minste vijf jaar voor hij of zij meerderjarig wordt in Nederland een asielaanvraag heeft gedaan en gedurende die vijf jaar ook daadwerkelijk in Nederland heeft gewoond. Deze voorwaarde kan een beperking van artikel 8 EVRM zijn. Hierin wordt namelijk geen tijdsperiode benoemd. Er wordt echter wel gesproken over het hebben van een (family) life. Om dit op te kunnen bouwen moet er ook sprake zijn van een verloop van tijd. De voorwaarde van vijf jaar is daarom redelijk te noemen in het kader van artikel 8 EVRM.

De tweede voorwaarde die het Kinderpardon stelt is het toezichtcriterium. De vreemdeling die een beroep doet op het Kinderpardon moet altijd in contact zijn geweest met de in hoofdstuk 1 genoemde overheidsinstanties. Dit betekent dat er een beperking wordt gelegd die in strijd kan zijn met artikel 8 EVRM. Er kan echter geoordeeld worden dat de beperking nodig is vanwege het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Het is namelijk niet de bedoeling dat de vreemdeling de illegaliteit in verdwijnt. In de praktijk wordt dit criterium erg strikt toegepast. De toepassing kan ertoe leiden dat niet in het belang van het kind wordt besloten. Het EHRM heeft hierover besloten dat allereerst de belangen van het kind centraal moeten staan.⁷¹ Belangrijk daarbij is dat het kind niet de dupe mag worden van het niet meewerken van zijn ouders. Het toezichtcriterium kan dus als beperking van artikel 8 EVRM worden uitgelegd maar kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel.

De derde voorwaarde is dat de vreemdeling lopende procedures dient in te trekken bij het verstrekken van een verblijfsvergunning op basis van het Kinderpardon. De reden hierachter is dat alle procedures veel tijd en geld kosten. Het Kinderpardon heeft juist als doel dit tegen te gaan. Dit betreft niet zo zeer een inperking van artikel 8 EVRM maar deze inperking kan desalniettemin haar rechtvaardiging vinden op basis van het economisch welzijn van het land.

De voorwaarden uit het Kinderpardon zijn derhalve op de genoemde aspecten niet in strijd met artikel 8 EVRM. De contra-indicaties bevatten een legitiem doel en zijn eveneens niet in strijd met artikel 8 EVRM. In het volgende hoofdstuk zal ik dieper ingaan op het meewerkcriterium.

§ 4.6 Tussenconclusie

Inperking van artikel 8 EVRM lid 1 is mogelijk indien aan de drie vereisten is voldaan. Er moet sprake zijn van een wettelijke basis, een legitiem doel en er moet sprake zijn van noodzaak in een democratische samenleving. Het Kinderpardon is vastgelegd in de Vreemdelingencirculaire 2000 en heeft om die reden een wettelijke basis. De voorwaarde dat een vreemdeling langer dan vijf jaar in Nederland moet verblijven is in overeenstemming met het hebben van family life. Het toezichtcriterium heeft een legitiem doel aangezien moet worden voorkomen dat sprake zou kunnen zijn van wanordelijkheden en strafbare feiten. Het is namelijk niet de bedoeling dat de vreemdeling de illegaliteit in verdwijnt. De voorwaarde dat lopende procedures moeten worden ingetrokken kan worden gerechtvaardigd op basis van het economische welzijn van het land. De voorwaarden uit het Kinderpardon welke zojuist besproken zijn voldoen aan deze drie vereisten. Er is dus op basis hiervan geen sprake van schending van artikel 8 EVRM.

⁷¹ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328, r.o. 3.7.2.

5. Het meewerkcriterium en artikel 8 EVRM

§ 5.1 Inleiding

Het meewerk-criterium wordt ook wel het belangrijkste criterium uit het Kinderpardon genoemd. Veel aanvragen worden op grond hiervan afgewezen. In 2013 is in de Tweede Kamer besproken dat meer dan de helft van de verzoeken op basis van het Kinderpardon zijn afgewezen.⁷² De vreemdeling mag zich in de periode van verblijf in Nederland niet langer dan drie maanden onttrekken aan het toezicht van de Rijksoverheid. Met Rijksoverheid wordt bedoeld: toezicht van IND, Dienst Terugkeer & Vertrek, Centraal Orgaan opvang Asielzoekers (COA) en/of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de opgelegde meldplicht). Het meewerkcriterium staat tegenover de belangen van het kind. Ondanks dit criterium dient er dus altijd alsnog een belangenafweging op grond van artikel 8 EVRM plaats te vinden.

§ 5.2 Het meewerkcriterium

5.2.1 Betrokken instanties

Het is belangrijk om te weten bij welke overheidsorganen de vreemdeling in beeld moet zijn en op welke manier. In het Kinderpardon is opgenomen het 'niet onttrekken aan toezicht'. Het lijkt erop dat het hier moet gaan om een moedwillige handelswijze van de vreemdeling. Onttrekken is namelijk een actieve handeling. In de praktijk blijkt echter dat hiermee ook wordt bedoeld 'het buiten beeld zijn van toezichthoudende instanties'. De staatssecretaris heeft in 2015 bij uitspraak van de Raad van State gelijk gekregen over zijn standpunt dat de rechtbank terughoudend dient te toetsen over de begrippen 'onttrekken aan toezicht' en 'buiten beeld zijn'. In de uitspraak is bepaald dat deze begrippen dezelfde betekenis krijgen toegekend.⁷³ Dit betekent dat de vreemdeling zich moet inspannen om bij de bepaalde instanties van de Rijksoverheid in beeld moet blijven.

In het Besluit Wijziging Vreemdelingencirculaire 2000 (WBV) zijn een aantal instanties van de Rijksoverheid genoemd waarbij de vreemdeling in beeld moet zijn. Het gaat hier uitsluitend om: het IND, DT&V, COA of de Vreemdelingenpolitie en in het geval bij alleenstaande minderjarige vreemdelingen bij NIDOS. Andere instanties worden niet gehonoreerd wanneer een beroep op de regeling wordt gedaan. De gemeente is niet opgenomen in de lijst met instanties. Een vreemdeling die geen contact meer heeft met de instanties uit de regeling maar wel is ingeschreven in het BRP en waarbij het kind op school is ingeschreven is daarmee buiten beeld. In dit geval kan er geen beroep worden gedaan op het Kinderpardon.⁷⁴ Uit de praktijk blijkt dat veel kinderen wel in beeld zijn bij de gemeentelijke instanties maar niet de uit de regeling bepaalde instanties. Deze kinderen hebben allemaal een afwijzing bij hun beroep op het Kinderpardon. De voorwaarde van 'niet onttrekken aan toezicht' van de eerder genoemde instanties wordt dus strikt gehandhaafd door de rechtspraak.

5.2.2 Jurisprudentie

In uitspraken waarin het meewerkcriterium ter sprake komt is het vaak de vreemdeling die in het ongelijk wordt gesteld. De vreemdeling heeft nog enige kans indien de staatssecretaris zijn besluit niet voldoende gemotiveerd heeft. Zo heeft de staatssecretaris geoordeeld dat de vreemdeling zich heeft onttrokken aan het toezicht door het enkele feit dat de verblijfsvergunning op een bepaalde datum

⁷² Kamerstukken II 2012/13, 19637, nr. 1756.

⁷³ ABRvS 4 maart 2015, 201405813 r.o. 4.1.

⁷⁴ ABRvS 4 maart 2015, 201403561.

was afgelopen zonder enige verdere motivatie. De rechtbank heeft de vreemdeling in het gelijk gesteld vanwege deze ondeugdelijke motivatie.⁷⁵ Hoewel de staatssecretaris duidelijk heeft kunnen maken dat er een periode van meer dan drie jaar sprake was van het buiten beeld zijn van het gezin in kwestie heeft de rechtbank geoordeeld dat de motivatie van de staatssecretaris naar het gezin toe niet deugdelijk was.

Een andere uitspraak geeft de vreemdeling gelijk omdat de Staatssecretaris geen advies van Dienst Terugkeer & Vertrek heeft ingebracht. Hierin dient een afweging van de omstandigheden van het geval tegenover het meewerk-criterium te zijn opgenomen. Dit betekent dat het besluit in strijd is genomen met artikel 7:12 Awb, ondeugdelijke motivatie.⁷⁶

In overige jurisprudentie is in grote lijnen te zien dat de beleidsvrijheid van de Staatssecretaris groot is en het meewerk-criterium als redelijk wordt geacht. Er wordt als legitiem doel gebruikt dat het meewerk-criterium erop toeziet dat vreemdelingen niet langdurig in Nederland verblijven zonder recht of titel.⁷⁷ Een vreemdeling dient te bewijzen dat hij heeft meegewerkt aan zijn vertrek. Dit is echter moeilijk aangezien de vreemdeling die in Nederland wil blijven ook niet mee zal werken aan zijn vertrek. De Raad van State heeft daarom bepaald dat de vreemdeling alle stappen heeft moeten maken om invulling te geven aan zijn vertrekplicht.⁷⁸ Er zijn hiervoor een aantal belangrijke aspecten benoemd:

- Er moet uit stukken van DT&V niet blijken dat dat vreemdeling afwezig was tijdens de vertrekgesprekken.
- De vreemdeling moet geen gedragingen hebben verricht of uitspraken hebben gedaan waaruit blijkt dat hij niet wil mee werken aan vertrek.
- De vreemdeling mag niet weigerachtig zijn met betrekking tot het aanvragen van reisdocumenten.

Bij bovengenoemde gevallen is er sprake van aspecten die binnen de invloedssfeer van de vreemdeling liggen en dus aan hem kunnen worden toegerekend in het kader van het meewerk-criterium.⁷⁹ In de praktijk blijkt dat er maar weinig kinderen met succes een beroep kunnen doen op het Kinderpardon. De Staatssecretaris heeft in een debat in 2013 aangegeven dat het niet de bedoeling was dat er veel verblijfsvergunningen werden verleend op basis van het Kinderpardon. Het doel was voornamelijk dat de Staat immigratie kan controleren en de Staatssecretaris vindt dit belang zwaarder wegen dan het belang van het kind.⁸⁰

§ 5.3 Artikel 8 EVRM

Er zijn ook uitspraken waarbij aan het meewerk-criterium niet werd voldaan maar vervolgens artikel 8 EVRM een rol ging spelen. De rechter maakt dan een afweging tussen de belangen van het kind op grond van zijn recht op privé en familielevens en het meewerkcriterium.⁸¹ De rechter gaat hier echter niet in mee. Dat de kinderen banden met Nederland hebben opgebouwd wordt geacht als onvoldoende zwaarwegend belang.

Doordat er na een toetsing aan de voorwaarden van het Kinderpardon een toetsing kan plaatsvinden op grond van artikel 8 EVRM is er geen sprake van tegenstrijdig tussen het Kinderpardon

⁷⁵ Rechtbank Den Haag 2 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8788.

⁷⁶ ABRvS 29 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2098.

⁷⁷ ABRvS 9 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3566.

⁷⁸ ABRvS 9 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3566.

⁷⁹ ABRvS 4 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2874.

⁸⁰ Handelingen II, 2012/2013, 19637, 60.

⁸¹ ABRvS 9 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3566.

en artikel 8 EVRM. Er zijn echter weinig situaties waarin na een mislukt beroep op het Kinderpardon een beroep op artikel 8 EVRM wordt gehonoreerd. Voor gewortelde kinderen is het van belang dat zij kunnen aantonen dat zij ernstig belemmerd worden om het gezinsleven in het land van herkomst voort te zetten. Er is ook een kans van slagen indien de Staat te lang heeft stil gezeten richting een illegaal verblijvende en er sprake is van een relatief lange verblijfsduur.

Uitsluitend op grond van artikel 8 EVRM kan geen algemeen verblijfsrecht voor gewortelde minderjarig worden afgeleid.

§ 5.4 Afsluitregeling

In hoofdstuk 1 heb ik reeds een uitleg gegeven over de afsluitregeling. Bij de afsluitregeling wordt het meewerk-criterium afgeschaft en veranderd naar een beschikbaarheidscriterium. De contra-indicatie dat de vreemdeling zich niet beschikbaar heeft gehouden in het kader van vertrek wordt beoordeeld aan de hand van het beschikbaar zijn voor de meldplicht en het voeren van vertrekgesprekken. Het doel van het beschikbaarheidscriterium is om een balans te treffen in de verantwoordelijkheid van de vreemdeling voor het langdurig verblijf in Nederland. Derhalve geldt dat als aan de meldplicht en het voeren van vertrekgesprekken niet voldaan is de vreemdeling geen verblijfsvergunning wordt verstrekt.⁸²

Naar aanleiding van deze afsluitregeling zijn er 1100 aanvragen ingediend. Hiervan hebben 569 kinderen (en hun gezinsleden) alsnog een verblijfsvergunning gekregen op basis van het Kinderpardon. Dit betekent dat 531 kinderen alsnog het land uit moeten. De meeste hiervan zullen nog in hoger beroep gaan waarbij de kans bestaat dat er nog een deel alsnog een verblijfsvergunning zal krijgen.⁸³

§ 5.5 Tussenconclusie

Het vereiste van 'niet onttrekken aan toezicht' wordt in de rechtspraak strikt gehandhaafd. De vreemdeling dient in geen geval langer dan drie maanden buiten beeld te zijn van de in de regeling bepaalde instanties. Voor veel aanvragers was dit ook de reden van het afwijzen van een verblijfsvergunning op basis van het Kinderpardon. De Staatssecretaris heeft toegegeven dat het niet de bedoeling was dat vreemdelingen makkelijk een verblijfsvergunning op basis van het Kinderpardon toegekend zouden krijgen.

Het meewerkcriterium heeft een legitiem doel. Het doel is dat vreemdelingen niet langdurig zonder recht- of titel in Nederland verblijven. Het meewerk-criterium is dus niet in strijd met artikel 8 EVRM. De vreemdeling moet zich beschikbaar hebben gehouden in het kader van vertrek. Het beschikbaarheidscriterium is een verzachtende vorm van het meewerkcriterium. Deze is dus soepeler en daarom eveneens niet in strijd met artikel 8 EVRM.

⁸² Stc 2019, nr. 8116.

⁸³ <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/politiek/artikel/5019776/hlef-kinderpardon-aanvragen-we-krijgen-weer-van-die-schrijvende>.

6. Conclusie

De centrale vraag die in het kader van deze scriptie onderzocht is: in hoeverre voldoet de regeling langdurig verblijvende kinderen (Kinderpardon) bij het afschaffen van het meewerkcriterium aan de positieve verplichtingen van de Staat uit artikel 8 EVRM? Om een antwoord op deze vraag te geven heb ik in de voorgaande hoofdstukken verschillende aspecten uitgewerkt.

Sinds 2004 zijn we in Nederland bezig met de belangen van gewortelde minderjarige kinderen bij het rechtmatig verblijven in Nederland. Verschillende jaren en moties verder is op 29 oktober 2012 de grondslag gelegd voor het Kinderpardon. Er is toen bepaald dat langdurig verblijvende kinderen en alleenstaande minderjarige vreemdelingen, ook wel gewortelde kinderen genoemd, onder bepaalde voorwaarden een verblijfsvergunning kunnen krijgen. Hieruit is op 21 december 2012 de regeling langdurig verblijvende kinderen voortgekomen. Het Kinderpardon is tot stand gekomen met als doel te voorkomen dat kinderen geen verblijfsvergunning krijgen door oorzaken zoals lange asielprocedures, het niet meewerken aan het vertrek door ouders en/of het veelvuldig aanhangig maken van diverse procedures door ouders. De voorwaarden zijn reeds besproken: de vreemdeling moet tenminste vijf jaar in Nederland zijn. De vreemdeling mag zich niet langer dan drie maanden onttrekken aan toezicht van Rijksoverheid. De vreemdeling moet aangeven alle lopende procedures in te trekken. De belangrijkste contra-indicaties zijn dat de vreemdeling een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid vormt, de identiteit van de vreemdeling is niet voldoende aangetoond, de vreemdeling is inmiddels vertrokken uit de Europese Unie en de vreemdeling heeft inmiddels een verblijfsvergunning. Door de vele commotie die is ontstaan over het Kinderpardon is deze op 29 januari 2019 beëindigd. Er is een afsluitregeling tot stand gekomen waarin het meewerkcriterium is vervangen door het beschikbaarheidscriterium. Alle lopende en afgewezen aanvragen op grond van het Kinderpardon moeten op basis hiervan herbeoordeeld worden.

Artikel 8 EVRM, ook wel het recht op familie- en gezinsleven genoemd, bevat zowel negatieve als positieve verplichtingen. Nationale wetgeving, in dit geval het Kinderpardon, mag niet in strijd zijn met het EVRM. Om vast te kunnen stellen of er positieve verplichtingen gelden voor een EVRM-artikel moet de 'fair balance' worden toegepast. Dit is de vraag of er een redelijk evenwicht is tussen het individuele grondrecht en het algemene belang. Uit artikel 8 EVRM is een positieve verplichting voor de Staat om het familie- en gezinsleven van gewortelde migranten kinderen te beschermen af te leiden. Zij dienen beschermd te worden tegen uitzetting wanneer zij op jonge leeftijd naar Nederland zijn gekomen en door langdurig verblijf een sterke band met Nederland hebben opgebouwd. Artikel 8 EVRM gaat op dit punt verder dan het kinderpardon.

Er is veel rechtspraak over het verstrekken van een verblijfsvergunning op basis van artikel 8 EVRM. Uit de rechtspraak blijkt dat gewortelde kinderen een bijzondere positie hebben. Het is niet rechtvaardig om de keuzes van hun ouders aan hen toe te rekenen. Zij zijn vaak al vanaf zeer jonge leeftijd in Nederland en leven in Nederland zonder verblijfsvergunning.

Om te bepalen of een inperking van artikel 8 EVRM toegestaan is moet er zijn voldaan aan drie vereisten: de legitimiteitstoets, legaliteitstoets en de noodzakelijkheidstoets. Aan de legitimiteitstoets is voldaan indien het gaat om een beperking in: het belang van de nationale of openbare veiligheid, het belang van het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanorde en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of goede zeden en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Met het Kinderpardon wordt het economische welzijn van het land beschermd.

De legaliteitstoets heeft betrekking op de wettelijke grondslag. Er moet sprake zijn van toegankelijke en voorzienbare wetgeving. Hiervan is sprake aangezien het Kinderpardon wettelijk is vastgelegd namelijk bij wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 op basis van een besluit van algemene strekking.

De noodzakelijkheidstoets houdt in dat er moet worden gekeken of de beperking geschikt is om het doel te bereiken, of er geen minder vergaande maatregel is om het doel te bereiken en of de beperking opweegt tegen het gediende belang. Er moet een balans worden gezocht tussen individuele belangen, waarbij een eerlijke en evenredige behandeling van de individu gegarandeerd moet worden zodat er geen plaats kan zijn voor machtsmisbruik. De invulling die de staten geven aan de verschillende mensenrechten is ook per lidstaat verschillend. Het is voor het EHRM lastig om daar eenheid in te brengen en daarom krijgen de lidstaten ook hieromtrent een grote beoordelingsruimte. De voorwaarden van het Kinderpardon moeten worden beoordeeld op basis van de noodzakelijkheidstoets. De voorwaarde van het hebben van een verblijf van tenminste vijf jaar in Nederland kan worden gerechtvaardigd doordat artikel 8 EVRM spreekt van family life. Een family life moet eerst opgebouwd worden en daarvoor een maatstaf van vijf jaar reëel. De tweede voorwaarde die het Kinderpardon stelt is het toezichtcriterium. Dit betekent dat er een beperking wordt gelegd die in strijd kan zijn met artikel 8 EVRM. Er kan echter geoordeeld worden dat de beperking nodig is vanwege het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Het is namelijk niet de bedoeling dat de vreemdeling de illegaliteit in verdwijnt. De derde voorwaarde is dat de vreemdeling lopende procedures dient in te trekken bij het verstrekken van een verblijfsvergunning op basis van het Kinderpardon. De reden hierachter is dat alle procedures veel tijd en geld kosten. Het Kinderpardon heeft juist als doel dit tegen te gaan. Dit betreft niet zo zeer een inperking van artikel 8 EVRM maar deze inperking kan desalniettemin haar rechtvaardiging vinden op basis van het economisch welzijn van het land. Er is dus op basis hiervan geen sprake van schending van artikel 8 EVRM.

Het meewerkcriterium staat tegenover de belangen van het kind. Ondanks dit criterium dient er dus altijd alsnog een belangenafweging op grond van artikel 8 EVRM plaats te vinden. De betrokken instanties zijn: het IND, DT&V, COA of de Vreemdelingenpolitie en in het geval bij alleenstaande minderjarige vreemdelingen bij NIDOS. Uit de rechtspraak blijkt dat in grote lijnen te zien is dat de beleidsvrijheid van de Staatssecretaris groot is en het meewerk-criterium als redelijk wordt geacht.

Er zijn ook uitspraken waarbij aan het meewerk-criterium niet werd voldaan maar vervolgens artikel 8 EVRM een rol ging spelen. De rechter maakt dan een afweging tussen de belangen van het kind op grond van zijn recht op privé en familieleven en het meewerkcriterium. Doordat er na een toetsing aan de voorwaarden van het Kinderpardon een toetsing kan plaatsvinden op grond van artikel 8 EVRM is er geen sprake van tegenstrijdig tussen het Kinderpardon en artikel 8 EVRM.

Het meewerkcriterium heeft een legitiem doel. Het doel is dat vreemdelingen niet langdurig zonder recht- of titel in Nederland verblijven. Het meewerk-criterium is dus niet in strijd met artikel 8 EVRM. De vreemdeling moet zich beschikbaar hebben gehouden in het kader van vertrek. Het beschikbaarheidscriterium is een verzachtende vorm van het meewerkcriterium. Deze is dus soepeler en daarom eveneens niet in strijd met artikel 8 EVRM.

7. Literatuurlijst

Boeken:

Haeck, 2009

Y. Haeck, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen: Intersentia 2009.

Kalverboer en Zijlstra, 2006

M.E. Kalverboer, A.E. Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet*, Rijksuniversiteit Groningen, April 2006.

Nieuwenhuis, 2014

A.J. Nieuwenhuis e.a., *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014.

Onderzoeksrapport:

Van Os, 2018

C. van Os e.a., *'Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen'*, VU Amsterdam & RU Groningen 2018.

Tijdschriften:

Van Os, 2012

C. van Os, *'De relevantie van het Kinderrechtenverdrag voor minderjarige vreemdelingen'*, Boom Juridisch Tijdschriften 2012.

Van Toor, 2017

D.A.G. van Toor, *'Het schuldige geheugen?'*, Staat en Recht, 2017 alf. 32, par. III.6.2.4.2 (Legitiem doel).

Van Toor, 2017

D.A.G. van Toor, *'Het schuldige geheugen?'*, Staat en Recht, 2017 alf. 32, par III.6.2.4.3 (Noodzakelijk in een democratische samenleving).

Werner, 2015

J. Werner, *'De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind'*, Asiel & Migrantenrecht (A&MR) 2015-01.

Parlementaire stukken

Brief aan de Tweede Kamer met als kenmerk 2012-0000664810.

Handelingen II, 2012/2013, 19637, nr. 60.

Kamerstukken II 2006/2007, 19 637, nr. 1131.

Kamerstukken II, 2009/2010, 19 637, nr. 1340.

Kamerstukken II, 2009/2010, 19 637, nr. 1345.

Kamerstukken II, 2010/2011, 33 068, nr. 2.
Kamerstukken II 2012/2013, 19637, nr. 1756.
Kamerstukken II 2012/2013, 19637, nr. 1597.
Kamerstukken II 2014/2015, 33 953, nr. 3.
Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2430.
Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2459.
Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2463.
Kamerstukken II 2018/2019, 19 637, nr. 2466.

Regeerakkoord 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012, blz. 30.

Staatscourant, 2013, 2573.
Staatscourant, 2019, 8090.
Staatscourant, 2019, 8116.

Jurisprudentielijst

EHRM 19 december 2019, Zakharchuk vs. Rusland.
EHRM 19 november 2019, K.O. & V.M. vs. Noorwegen.
EHRM 29 oktober 2019, Pisica vs. Moldavië.
EHRM 15 oktober 2019, Çapin vs. Turkije.
EHRM 8 oktober 2019, Zelikha Magomadova vs Rusland.
EHRM 11 maart 2011, appl. nr. 5193/09, EHRC 2012, 16 m.nt. De Jong (X en Y t. Kroatië).
EHRM 11 februari 2010, Zakayev & Safanova vs. Rusland.
EHRM 23 juni 2008, Maslov vs. Oostenrijk.
EHRM 4 december 2007, Dickson vs. Vereniging Koninkrijk.
EHRM 16 juni 2005, Sisojeva e.a. vs. Letland.
EHRM 2 augustus 2001, nr. 37119/97 (N.F. vs Italië).
EHRM 7 juli 1989, Gaskin vs Verenigd Koninkrijk.
EHRM 26 maart 1985, X en Y vs Nederland.
EHRM 23 maart 1983, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 and 7136/75, (Silver e.a. vs Verenigd Koninkrijk).
EHRM 13 augustus 1981, 7601/76 en 7806/77 (Young, James & Webster vs Verenigd Koninkrijk).
EHRM 13 juni 1979, Marckx vs België.
EHRM 12 april 1979, nr. 6538/74 (Sunday Times vs Verenigd Koninkrijk).
EHRM 7 december 1976, 5493/72 (Handyside vs Verenigd Koninkrijk).

ABRvS 2 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1286.
ABRvS 9 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3566.
ABRvS 4 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2874.
ABRvS 29 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2098.
ABRvS 4 maart 2015, 201403561.
ABRvS 4 maart 2015, 201405813.
ABRvS 22 oktober 2014, ECLI: NL:RVS:2014:3890.
ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2069.

HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328.

Rb. Den Haag 2 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8788.

Rb. Den Haag 8 mei 2014, zaaknr. AWB 14/3593 & 14/618.

Overig

IND werkinstructie 2015/4 (openbaar).

https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/migratie/2018/nog-steeds-geen-rechtvaardig-Kinderpardon-regering-laait-400-kinderen-in-onzekerheid?gclid=CjwKCAiA_P3jBRAqEiwAZyWWaJOSm0FQn2nHcZTo9K0-0AIKUAds4Lkoeg0zCXjU_XBvO2ZdhiKj9hoCE_AQAvD_BwE.

https://www.ggdghorkennisnet.nl/?file=11476&m=1357747176&action=file.download_

<https://ind.nl/nieuws/Paginas/Criteria-overgangsregeling-Kinderpardon-bekend.aspx>.

<https://ind.nl/over-ind/paginas/alles-over-de-regeling-langdurig-verblijvende-kinderen.aspx>.

<https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/politiek/artikel/5019776/hlef-kinderpardon-aanvragen-we-krijgen-weer-van-die-schrijnende>.