

De regularisatie van kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf

Een onderzoek naar de verplichting van de staat om kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen

Sedef Almas

Leiden, juli 2020

De regularisatie van kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf

Een onderzoek naar de verplichting van de staat om kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen

Masterscriptie collegejaar 2019-2020

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Universiteit Leiden

Naam: Sedef Almas
Begeleider: Dr. M.A.K. Klaassen
Trefwoorden: onrechtmatig verblijf minderjarigen, verblijfsvergunning,
privéleven, recht op ontwikkeling, non-
discriminatiebeginsel
Aantal woorden: 20.077 (exclusief voetnoten)
Datum: 1 juli 2010

Voorwoord

Beste lezer,

Ter afronding van mijn master Jeugdrecht heb ik deze scriptie geschreven. Het betreft de vraag wat de positie van kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf is. Dit onderzoek naar de verplichting van de staat om kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf in kaart te brengen is vooral nu van groot belang, omdat het Kinderpardon vorig jaar definitief is afgeschaft. Dit onderwerp ligt dicht bij mijn hart, omdat ikzelf na ruim 10 jaar in Nederland mocht blijven door de Pardonregeling uit 2007. Ik vind het belangrijk dat de belangen van langdurig onrechtmatig verblijvende kinderen ook na de afschaffing van het Kinderpardon worden beschermd. Deze gedachte heeft uiteindelijk geleid tot mijn onderzoeksvraag waarin ik wil onderzoeken of kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf zonder het Kinderpardon, op grond van andere artikelen recht hebben op een verblijfsvergunning.

Het schrijven van deze scriptie is niet altijd even makkelijk geweest, maar het was een zeer leerzaam proces. Zonder steun en hulp van anderen was deze scriptie niet tot stand gekomen. Graag wil ik allereerst mijn begeleider meneer Klaassen bedanken voor de begeleiding en de feedback tijdens het schrijfproces. Daarnaast wil ik graag mijn familie en mijn vriend bedanken voor hun liefde en vertrouwen in mij. Mijn vriendinnen Shanna, Sylvana en Nursen voor hun morele steun en bemoedigende woorden.

Dan rest mij niets anders dan u veel leesplezier te wensen.

Sedef Almas

Harderwijk, juli 2020

Inhoudsopgave

1.1 Aanleiding	7
1.2 Onderzoeksvraag	9
1.3 Afbakening van het onderzoek	9
1.4 Methode van onderzoek.....	10
2. De rechten van het kind vanuit het recht op respect voor privéleven ex artikel 8 EVRM	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Het recht op privéleven.....	13
2.2.1 Onderscheid tussen het familieleven en het privéleven.....	14
2.2.2 Het Nederlands beleid ten aanzien van privéleven.....	15
2.3 De regularisatie van onrechtmatig verblijf	16
2.3.1 Inleiding.....	16
2.4 Het belang van het kind in de EHRM-jurisprudentie	21
2.4.1 Inleiding.....	21
2.5 Openbare orde.....	26
2.5.1 Inleiding.....	26
2.6 Het verbod op discriminatie	29
2.6.1 inleiding	29
2.7 Deelconclusie.....	33
3. De rechten van het kind vanuit artikel 6 IVRK	35
3.1 Inleiding.....	35
3.2 De toepassing van het IVRK	36
3.2.1 Toezicht en de naleving van het IVRK	36
3.2.2 Rechtstreekse werking.....	37
3.3 Het belang van het kind	37
3.3.1 De rechtstreekse werking van artikel 3 IVRK in het Nederlandse vreemdelingenrecht	38
3.3.2 Het belang van de kinderen gelijk aan het belang van de ouders?	40
3.4 Het recht op ontwikkeling	40
3.4.1 Ontwikkelingsschade bij gedwongen terugkeer	41

3.5 Het non-discriminatiebeginsel.....	44
3.5.1 Inleiding.....	44
3.5.2 Doorwerking van artikel 2 IVRK in het Nederlandse vreemdelingenrecht ..	45
3.6 Deelconclusie.....	46
4. Het internationaal toetsingskader in het Nederlandse vreemdelingenrecht.....	48
4.1 Inleiding.....	48
4.2 Het toetsingskader voor langdurig verblijvende kinderen in het nationale recht .	49
4.2.1 De regeling langdurig verblijvende kinderen	49
4.2.2 De Afsluitingsregeling.....	52
4.3 De ambtshalve toetsing van langdurig in Nederland verblijvende minderjarigen aan artikel 8 EVRM in het Nederlandse Vreemdelingenrecht	54
4.4 Deelconclusie.....	65
5. Conclusie	68
5.1 Bevindingen.....	68
5.2 Afsluiting	72
6. Bronnenlijst	73
I. Literatuurlijst.....	73
II. Jurisprudentielijst.....	79
III. Parlementaire – en Kamerstukken.....	82
IV. Werkinstructies, Richtlijnen en General Comments	84
V. Overig	85

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Het zal u niet ontgaan zijn dat de twee vluchtelingenkinderen Lili en Howick begin september 2018 het land zouden worden uitgezet.¹ Verschillende kinderrechtenorganisaties hebben zich hard gemaakt om ervoor te zorgen dat deze kinderen in Nederland mochten blijven.² Uiteindelijk heeft de staatsecretaris gebruik gemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid en werden zij niet uitgezet. De zaak zorgde voor een politieke discussie over de toekomst van de Definitieve Regeling langdurig verblijvende kinderen (hierna: kinderpardon), omdat er weer een grote groep langdurig verblijvende kinderen net buiten de boot viel van het kinderpardon. De Tweede Kamer heeft daarom besloten om de aanvraag van deze groep kinderen opnieuw te beoordelen en het kinderpardon voorgoed af te schaffen.³

De Tweede Kamer heeft de beëindiging van het Kinderpardon in het regeerakkoord opgenomen en heeft een overgangsregeling in het leven geroepen voor de 630 kinderen die voorsnog in Nederland mogen blijven.⁴ De vraag rijst nu echter hoe het in de toekomst verder moet met langdurig onrechtmatig verblijvende kinderen en in hoeverre deze groep kinderen in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning. Met het kinderpardon bestond geen verplichting om deze kinderen na langdurig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen. Dit kwam door de strenge gronden van de regeling, zoals bijvoorbeeld het meewerkcriterium, waarin ouders en kinderen moeten aantonen dat zij of hun ouders actief hebben meegewerkt aan hun vertrek of wanneer sprake is van verstoring van de openbare orde of wanneer niet wordt meegewerkt aan het vaststellen van de identiteit.

Los van het kinderpardon kan de vraag worden gesteld of een recht op verblijf voor minderjarigen met een lange periode van onrechtmatig verblijf kan worden vastgesteld

¹ R. van Kommer e.a., 'De bizarre 24 uur van Lili en Howick', *AD* 9 september 2018.

² Defence for Children 31 augustus 2018, 'Twaalf organisaties: Harbers gebruik uw discretionaire bevoegdheid', Dossier: Kinderpardon.

³ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 8 februari 2019, nummer WBV 2019/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stert.* 2019, 8116), p. 1.

⁴ Defence for Children 30 januari 2019, 'Akkoord over Kinderpardon', Dossier: Kinderpardon.

op basis van internationale mensen- en kinderrechten. In deze scriptie zal worden gekeken naar het recht op privéleven zoals geregeld in artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en het recht op ontwikkeling zoals geregeld in artikel 6 Verdrag Inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK) om een verblijfsrecht te construeren. Heeft de overheid op basis van artikel 8 EVRM en artikel 6 IVRK niet de verplichting om deze groep kinderen een verblijfsrecht te verlenen? Als je als overheid jarenlang niet in staat bent geweest om minderjarigen te laten terugkeren naar hun land van herkomst, kun je dan na tien jaar die kinderen uitzetten?

De redenering van de Nederlandse staat om deze kinderen geen verblijfsvergunning te verlenen is als volgt: als deze kinderen een verblijfsvergunning zouden krijgen, dan zouden hun ouders ook verblijf moeten krijgen, terwijl de ouders verantwoordelijk zouden zijn voor het onrechtmatig verblijf van hun kinderen.⁵ De vraag is hoe deze redenering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) zich verhoudt tot het recht op privéleven en het recht op ontwikkeling van de kinderen. Ook is de vraag of het tegenwerpen van het gedrag van de ouders aan de kinderen niet in strijd is met het discriminatieverbod uit artikel 2 lid 2 IVRK?

Artikel 2 lid 2 IVRK bepaalt immers dat een minderjarige vreemdeling niet op grond van zijn of haar nationaliteit, etniciteit of de status van henzelf of die van de ouder(s) mag worden gediscrimineerd. Het non-discriminatiebeginsel bevat positieve verplichtingen voor de staat. Dit houdt in dat de overheid zich actief moet opstellen en dus een inspanningsverplichting heeft om dit beginsel te waarborgen.⁶

⁵ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL RVS:2018:73, AB 2018/384, m.nt. M.A.K. Klaassen, para. 1.

⁶ M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012, p. 721.

1.2 Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag in deze scriptie luidt als volgt:

In hoeverre heeft de Nederlandse staat een verplichting om kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen op basis van het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling van het kind uit artikel 6 IVRK?

In dit kader zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Welke rechtsbescherming hebben minderjarige vreemdelingen met langdurig onrechtmatig verblijf op basis van het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM?
2. Welke rechtsbescherming hebben minderjarige vreemdelingen met langdurig onrechtmatig verblijf op basis van het recht op ontwikkeling uit artikel 6 IVRK?
3. Hoe verhoudt het tegenwerpen van het gedrag van de ouders aan de kinderen zich met het discriminatieverbod uit artikel 2 lid 2 IVRK?
4. Hoe worden het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling uit artikel 6 IVRK toegepast binnen het Nederlandse vreemdelingenrecht?

1.3 Afbakening van het onderzoek

In dit onderzoek is gekozen voor het toetsen van het verblijfsrecht van een langdurig onrechtmatig verblijvende minderjarige in Nederland aan artikel 8 EVRM en artikel 6 IVRK. Dit verblijfsrecht kan getoetst worden aan een aantal artikelen uit het IVRK en EVRM, maar in dit onderzoek zal dit beperkt worden tot artikel 6 IVRK en artikel 8 EVRM. De overige artikelen uit het IVRK zullen ter ondersteuning kort aan bod komen. Tot slot zal gekeken worden of het onthouden van een verblijfsrecht aan een minderjarige vreemdeling, met als reden te stellen dat ouders hebben tegengewerkt, in strijd is met het discriminatiebeginsel uit artikel 2 lid 2 van het IVRK.

1.4 Methode van onderzoek

De onderzoeksvraag zal worden beantwoord door het doen van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. In dat kader zal gebruik worden gemaakt van wetenschappelijke literatuur, wetgeving, parlementaire stukken en relevante nationale en internationale uitspraken. Om tot de beantwoording van de onderzoeksvraag te komen moet allereerst een antwoord worden gegeven op de deelvragen. In het tweede hoofdstuk staat de eerste deelvraag over de rechtsbescherming van minderjarige met langdurig onrechtmatig verblijf op basis van artikel 8 EVRM centraal. Daarbij is met name van belang aandacht te besteden aan de relevante jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en hoe in het internationaal kader invulling wordt gegeven aan het recht op respect voor privéleven. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan de jurisprudentie over gezinsleven om tot een duidelijk beeld te komen welke rechtsbescherming een minderjarige met langdurig verblijf op basis van artikel 8 EVRM geniet. Het derde hoofdstuk staat in het teken van het IVRK. Hierbij worden een aantal relevante IVRK-bepalingen behandeld om een duidelijk beeld te krijgen over de rechten van het kind in het IVRK. In de eerste twee deelvragen staat ook het non-discriminatiebeginsel centraal. Hoe het tegenwerpen van het gedrag van ouders aan de kinderen zich verhoudt tot het non-discriminatiebeginsel en hoe het EHRM oordeelt over het non-discriminatiebeginsel. In het vierde hoofdstuk zal worden gekeken hoe het recht op privéleven en het recht op ontwikkeling toegepast worden binnen het Nederlandse vreemdelingenrecht. In dit hoofdstuk is van belang om aandacht te besteden aan het Nederlandse vreemdelingenrecht en hoe de rechter binnen het Nederlandse vreemdelingenrecht hierover oordeelt. Hierbij zal eerst gekeken worden hoe de rechters binnen het vreemdelingenrecht oordelen over het discriminatieverbod en aan de hand van jurisprudentie zal hierbij gekeken worden of het gedrag van ouders aan de kinderen kan worden toegerekend. In het laatste hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de hoofdvraag. Deze scriptie zal worden afgesloten met een conclusie en eventuele aanbevelingen.

2. De rechten van het kind vanuit het recht op respect voor privéleven ex artikel 8 EVRM

2.1 Inleiding

Voor de totstandkoming van het Kinderpardon hebben verschillende bewindslieden betoogd dat langdurig verblijf op zichzelf geen grond is voor het verstrekken van een verblijfsvergunning. Net zomin als worteling als grond dient in Nederland.⁷ Met de inwerkingtreding van de Definitieve Regeling in 2013 werd een mogelijkheid tot regularisatie geboden die tot 2019 heeft geduurd. Achteraf gezien werd de Definitieve Regeling zelden toegepast. Uit een brief van de staatssecretaris volgt dat in het kader van de Definitieve Regeling tot 2015 enkel 100 van de 1360 aanvragen zijn ingewilligd.⁸ Over de periode van zeven jaar lijkt het erop dat de regering heeft willen benadrukken dat de Definitieve Regeling een begunstigend beleid betreft en geen toepassing is van mensenrechtelijke verplichtingen.⁹

In het EVRM ontbreken artikelen die zich specifiek uitspreken over minderjarigen. Echter, op grond van artikel 1 EVRM zijn alle bepalingen in het verdrag tevens van toepassing op minderjarigen. Uit dit artikel wordt duidelijk dat Staten een verplichting hebben de rechten en vrijheden in het verdrag jegens 'eenieder', die ressorteert onder hun krijgsmacht, te waarborgen. Op grond van dit artikel vallen minderjarige vreemdelingen binnen de reikwijdte van het EVRM.

In beginsel is het rechtssysteem in Nederland zo geregeld dat minderjarige proces onbekwaam zijn.¹⁰ Dit betekent dat een minderjarige niet zelfstandig als procespartij kan optreden, maar enkel vertegenwoordigd kan worden door zijn wettelijke

⁷ *Kamerstukken II 2006/07*, 19637, 1131, p. 2; C. van Os & P. Rodrigues, 'Op de hurken, naar een kinderrechtenperspectief in het vreemdelingenrecht'. *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten*, NJCM 2014, afl. 42.

⁸ *Kamerstukken II 2015/16*, 19637, 2190, p. 2.

⁹ C. van Os & P. Rodrigues, 'Op de hurken, naar een kinderrechtenperspectief in het vreemdelingenrecht'. *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten*, NJCM 2014, afl. 42.

¹⁰ M.J. Steketee, A.M. Overgaag & K. D. Lünemann, 'Minderjarigen als procespartij?! Het functioneren van de bijzondere curator ex artikel 1:250 BW en de mogelijkheden van een formele rechtsingang voor minderjarigen', Utrecht: Verwey-Jonkers Instituut 2003, p. 23.

vertegenwoordiger.¹¹ Het EHRM daarentegen gaat niet uit van de procesonbekwaamheid van minderjarigen en geeft op grond van artikel 34 EVRM ook minderjarigen de mogelijkheid om zelfstandig een klacht in te dienen, mits alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.¹² Dit is in het belang van het kind, omdat het belang van het kind en die van ouders niet altijd samenvallen.¹³

In dit hoofdstuk staan de rechten die een kind heeft in het kader van artikel 8 EVRM centraal. Het belang van kinderen in gerechtelijke procedures die hun recht op privéleven conform artikel 8 EVRM raakt, is niet altijd gelijk aan het belang van de ouders of de wettelijke vertegenwoordigers.¹⁴ Kinderen ontwikkelen een eigen identiteit, worden zelfstandiger en maken zich los van het gezin. Wanneer onrechtmatig verblijvende minderjarige vreemdelingen worden uitgezet, betekent dit dat er met de uitzetting een ernstige inbreuk ontstaat op het privéleven van deze minderjarigen.¹⁵

In dit hoofdstuk zal behandeld worden welke rechtsbescherming minderjarige vreemdelingen met langdurig onrechtmatig verblijf op basis van het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM toekomt. Bovendien zal ingegaan worden op de vraag of het gedrag van de ouders aan de minderjarige vreemdelingen kan worden toegerekend op grond van artikel 14 EVRM.

¹¹ T. Liefwaard, 'Procespositie minderjarige', *FJR* 2015/12.

¹² Art. 35 EVRM.

¹³ M. Chebti, 'Ambtshalve rechterlijke beoordeling van de rechten van het kind voortvloeiend uit artikel 8 EVRM', *FJR* 2015/29.

¹⁴ M. Chebti, 'Ambtshalve rechterlijke beoordeling van de rechten van het kind voortvloeiend uit artikel 8 EVRM' *FJR* 2015/29.

¹⁵ M.E. Kalverboer & A.E. Zijlstra, 'De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet', april 2006, p. 12.

2.2 Het recht op privéleven

Artikel 8 EVRM luidt als volgt:

“1. Eenieder heeft het recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Gelet op de historische context waarin het EVRM is opgesteld, is het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op respect voor privéleven bedoeld om de burger te beschermen ten opzichte van de staat. Door een grote hoeveelheid zaken ten aanzien van dit recht, heeft het begrip privéleven steeds meer invulling gekregen.¹⁶ In de zaak *Pretty* stelde het EHRM het bereik van het recht op privéleven uitgebreid aan de orde. Het EHRM benadrukte in deze zaak het brede bereik van het recht op privéleven en concludeerde dat er verschillende fysieke en psychologische elementen door dit begrip omvat worden. Daarbij kan gedacht worden aan het recht op ontwikkeling en het recht om relaties met anderen tot stand te brengen en te onderhouden.¹⁷ Tegenwoordig wordt het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op respect voor privéleven van een persoon omschreven als de fysieke en psychische integriteit van een persoon die in de eerste plaats is gericht op de ontwikkeling van de persoonlijkheid van elke persoon in zijn betrekkingen tot anderen, zonder dat daar inmenging van buitenaf bij komt.¹⁸ Dit artikel beoogt niet enkel onthouding in de inmenging in andermans leven, maar brengt onder omstandigheden ook verplichtingen voor de staat mee om het recht op privéleven te behouden.¹⁹

¹⁶ B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 176-177.

¹⁷ EHRM 22 februari 2002, 2346/02 (*Pretty*); B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 176-177.

¹⁸ EHRM 22 februari 2002, nr. 2346/02 (*Pretty*), para. 30.

¹⁹ CRvB 4 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1746, r.o. 4.4.

2.2.1 Onderscheid tussen het familieleven en het privéleven

In eerste instantie werden zaken omtrent het uitzetten van vreemdelingen die een beroep hadden gedaan op artikel 8 EVRM enkel in het licht van *family life* beoordeeld. Hier kwam gaandeweg verandering in en het Hof begon langdurig verblijvende vreemdelingen onder zowel *family life* als *private life* te beoordelen.²⁰ Om die reden kon het Hof meer gewicht toekennen aan in welke mate de desbetreffende personen integreren in de samenleving. Verondersteld kan worden dat artikel 8 EVRM geen strikt onderscheid maakt tussen het familieleven en het privéleven. Desondanks is het relevant een onderscheid te maken tussen deze twee begrippen wanneer het gaat om uitzetting van een minderjarige vreemdeling.²¹ Dit onderscheid is cruciaal, omdat bij een uitzetting van een migrantengezin er geen inmenging op het familieleven plaatsvindt. Het gezin wordt namelijk in zijn geheel uitgezet en de uitoefening van het gezinsleven ook in het uitgezette land kan worden voortgezet. Voor het bereik van het begrip privéleven neemt het Hof de uitleg in *Pretty* als uitgangspunt: *‘the concept of ‘private life’ is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world’*.²² Het Hof constateert dat de sociale banden die een vreemdeling heeft opgebouwd onder het bereik van het recht op respect op privéleven vallen en er sprake is van inmenging op het moment dat de vreemdeling onrechtmatig verblijf heeft gehad.²³ Hiermee brengt het Hof de maatregel van uitzetting onder inmenging van het privéleven en beschouwt het Hof het privéleven als een zelfstandige beschermingsgrond. Wel lijkt het privéleven van een vreemdeling slechts in het bereik van bescherming te komen indien een bepaald tijdsbestek is verstreken. Het privéleven krijgt immers meer gewicht naarmate de vreemdeling langer in een bepaald land heeft gewoond en verschillende persoonlijke en sociale banden heeft opgebouwd.²⁴ Het tijdsbestek lijkt essentieel om de mate van

²⁰ EHRM 13 februari 2000, 47160/99 (*Ezzouhdi t. Frankrijk*).

²¹ B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 177-178.

²² EHRM 22 februari 2002, 2346/02 (*Pretty*), para. 61.

²³ B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 177-178.

²⁴ EHRM 9 oktober 2003, 48321/99 (*Silvenko t. Letland*), verblijf van 40 jaar; EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*) verblijf 14 jaar; B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 177-178.

bescherming van het recht op privéleven onder artikel 8 EVRM te bepalen. Het privéleven komt meer gewicht toe naarmate een persoon in het ‘gastland’ sociale, persoonlijke en economische banden heeft opgebouwd.²⁵ Het Hof heeft echter geen minimaal tijdsbestek bepaald voor het verblijf van de vreemdeling, voordat beroep kan worden gedaan op het recht op respect voor privéleven.²⁶

2.2.2 Het Nederlands beleid ten aanzien van privéleven

Tot aan 2007 hield het toetsingskader van het Nederlandse beleid – even als het toetsingskader van het EHRM – alleen het familie – en gezinsleven in. Met betrekking tot de toepassing van het recht op privéleven bestond geen specifiek beleid.²⁷ In 2007 kwam er een wijziging in het beleid inzake de toetsing van artikel 8 EVRM, waardoor een beroep op respect op privéleven mogelijk werd.²⁸ Het beleid leek echter te stellen dat er geen sprake kon zijn van eventuele inmenging in het recht op respect voor privéleven indien een vreemdeling een verblijfsvergunning is geweigerd.²⁹ Hier is evenmin sprake van wanneer de vreemdeling in afwachting van zijn procedure is. De Nederlandse overheid zou in dergelijke gevallen niet uitdrukkelijk hebben ingestemd met het verblijf waardoor er dus geen uitdrukkelijke toestemming is geweest om privéleven aan te gaan. Maar vaak duurt de asielprocedure te lang, waardoor er onvermijdelijk privéleven ontstaat.³⁰

Het heeft enkele jaren geduurd voordat het privéleven ook daadwerkelijk werd opgenomen in het Nederlands beleid. Het privéleven is tegenwoordig opgenomen in artikel 3.91e Vreemdelingenbesluit 2000 (hierna: Vb 2000), bij de beantwoording van de laatste deelvraag zal hier verder op in worden gegaan. Ondanks dat het privéleven nu is opgenomen in het Nederlands beleid, wordt een beroep op privéleven slechts zelden

²⁵ EHRC 2 augustus 2001, 54273/00 (*Boultif t. Zwitserland*), m.nt. A. Woltjer; B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 177-178.

²⁶ B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 179-180.

²⁷ B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 181.

²⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 19637, 1162, p. 1-2.

²⁹ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 31.

³⁰ B. Aarrass, ‘Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van ‘privéleven’ in migratiezaken’, *A&MR* 2010, 4, p. 181-182.

aangenomen. Ook wanneer dit het privéleven van een minderjarige vreemdeling betreft, wordt dit door de Afdeling afgewezen op grond van het feit dat het gedrag van de ouders de minderjarige kinderen wordt toegerekend.³¹ In het laatste hoofdstuk zal de toepassing van het recht op respect voor privéleven en de toerekening van het gedrag van ouders in het Nederlandse vreemdelingenrecht nader worden besproken.

2.3 De regularisatie van onrechtmatig verblijf

2.3.1 Inleiding

Het EHRM heeft in verschillende zaken de regularisatie van onrechtmatig verblijf in kaart gebracht. In zaken waarin een beroep werd gedaan op het familie- en privéleven heeft het EHRM het ‘*exceptional circumstances-toets*’ ontwikkeld om het onrechtmatig verblijf te toetsen aan artikel 8 EVRM. In deze paragraaf wordt duidelijk hoe het EHRM oordeelt over de regularisatie van het onrechtmatig verblijf van minderjarigen. Deze uitspraken gaan over familielevens en hebben niet direct betrekking op minderjarigen of privélevens, maar mogelijk vloeit uit deze arresten een algemene regel voort waar minderjarigen zelfstandig beroep op kunnen doen.

2.3.1.1 Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland

Rodrigues da Silva verhuisde in 1994 naar Nederland om bij haar partner te gaan wonen. Er werd geen verblijfsvergunning aangevraagd en Rodrigues da Silva blijft enkel in het bezit van de Braziliaanse nationaliteit. Twee jaar later werd dochter Rachel geboren die door erkenning door vader de Nederlandse nationaliteit verkreeg. Na verbreking van de relatie vraagt da Silva een verblijfsvergunning aan zodat zij bij haar dochter Rachel kan blijven, maar deze aanvraag werd afgewezen. Rodrigues da Silva wendt zich tot het EHRM en voert aan dat met de uitzetting naar Brazilië haar recht op gezinsleven wordt geschonden.³² Het belang van het kind lijkt te zijn dat zij wordt opgevoed door haar illegaal verblijvende moeder in Nederland. Het Hof volgt in de eerste instantie de vaste lijn van artikel 8 EVRM dat het aangaan van familiebanden gedurende illegaal verblijf geen aanspraak geeft op een verblijfstitel.³³ Het Hof overweegt dat de band tussen

³¹ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73, r.o. 2.2.

³² EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), *JV* 2006/90 m.nt. A. Woltjer, para. 8-29.

³³ EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), *JV* 2006/90 m.nt. A. Woltjer.

Rodrigues da Silva en dochter Rachel is ontstaan tijdens illegaal verblijf van moeder en dat enkel bij *'most exceptional circumstances'* kan leiden tot een verblijfsaanvaarding van moeder.³⁴ De hoofdregel is dat gezinsbanden die zijn ontstaan tijdens onzeker of illegaal verblijf, alleen een verblijfsaanspraak op grond van artikel 8 EVRM kunnen opleveren wanneer het belang van het kind dit vordert.³⁵ Het belang van het kind was in deze uitspraak van het Hof een doorslaggevende factor. Het Hof haalde in deze uitspraak *'the best interest of the child'* uit artikel 3 IVRK aan en concludeerde dat hier voldoende gewicht aan toegekend dient te worden in het kader van het rechtstreeks werkende artikel 8 EVRM. Het Hof concludeert bovendien dat de Nederlandse overheid zich excessief formalistisch heeft gedragen door zich vast te houden aan het standpunt dat da Silva illegaal in Nederland verbleef. Da Silva krijgt het verwijt van een *'cavalier attitude'*, omdat zij in de periode dat haar relatie 'stabiel' was de mogelijkheid had om legaal verblijf te verkrijgen, maar hierin heeft nagelaten. Uit dit arrest vloeit niet voort dat nationale vreemdelingrechtelijke verplichtingen genegeerd kunnen worden door enkel beroep op artikel 8 EVRM te doen, maar dat nationale autoriteiten een passend gewicht aan het belang van het kind moeten geven.³⁶

2.3.1.2 Jeunesse t. Nederland

In Rodrigues da Silva bestempelde het Hof het tegenwerpen van het illegaal verblijf van moeder als *'excessive formalism'*.³⁷ In Jeunesse gebruikt het Hof niet specifiek het woord excessief formalisme. Het Hof zegt in Jeunesse dat nationale autoriteiten bij het nemen van beslissingen over eventuele uitzetting van een ouder, voldoende gewicht moeten geven aan het belang van de kinderen die door deze uitzetting direct worden geraakt. Dit brengt met zich mee dat het tegenwerpen van een machtiging voorlopig verblijf (hierna: mvv) niet is toegestaan. De mvv-plicht is in deze zaak de formele afwijzingsgrond. In deze zaak ging het om mevrouw Jeunesse die geboren is als Nederlandse en tegen haar

³⁴ EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), JV 2006/90 m.nt. A. Woltjer, para. 39.

³⁵ EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), JV 2006/90 m.nt. A. Woltjer.

³⁶ In paragraaf 2.4 zal de toepassing van het belang van het kind binnen het EHRM verder worden besproken.

³⁷ EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), JV 2006/90 m.nt. Boeles, para. 44.

wil in – door de onafhankelijkheid van Suriname - haar Nederlandse nationaliteit is verloren. Haar drie kinderen en haar man zijn wel in het bezit van de Nederlandse nationaliteit. Haar aanwezigheid werd jarenlang door de overheid gedoogd ook al voldeed ze niet aan haar terugkeerplicht. Zij werd na onrechtmatig verblijf van dertien jaar gedreigd te worden uitgezet. Jeunesse wendde zich tot het EHRM met de klacht dat de uitzetting een inbreuk vormt op haar recht op gezins- en privéleven met haar drie Nederlandse kinderen.³⁸ Het EHRM heeft in deze zaak betoogt dat het belang van het kind ten alle tijden de eerste overweging dient te zijn. Bij uitzetting moet altijd voldoende gewicht aan de belangen van de kinderen worden gegeven.³⁹ Dit betekent dat de belangen van het kind op zichzelf niet beslissend kunnen zijn, maar de belangen dienen wel in voldoende mate meegewogen te worden. De nationale autoriteiten dienen bij het nemen van een ingrijpende maatregel - zoals het uitzetten van een ouder – een onderzoek te doen naar de praktische effecten, de uitvoerbaarheid en de proportionaliteit van de maatregel. Bovendien moeten de nationale autoriteiten bij het onderzoek rekening houden met de belangen van *alle* gezinsleden, omdat het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM bescherming biedt tegen alle gezinsleden afzonderlijk. De lidstaten hebben hierbij een ruime beleidsvrijheid. In deze zaak toetst het EHRM of de nationale autoriteiten een redelijke balans hebben opgemaakt tussen de belangen van de familie en het algemeen belang.⁴⁰ Het EHRM komt tot de conclusie dat de nationale autoriteiten geen redelijke belangenafweging hebben gemaakt tussen de belangen van *alle* gezinsleden en de belangen van de staat.

2.3.1.3 *Butt t. Noorwegen*

De voorgaande twee zaken gingen over het illegaal verblijf van ouders. Deze zaak betreft een (inmiddels) meerderjarige broer en zus die samen met hun moeder op humanitaire gronden een verblijfsvergunning hebben gekregen in Noorwegen. Eind jaren negentig is hun verblijfsvergunning ingetrokken, omdat de moeder onjuiste informatie heeft verstrekt aan de immigratieautoriteiten. Bovendien hebben moeder en kinderen tussen 1992-1996

³⁸ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*); M. Chebti, ‘Ambtshalve rechterlijke beoordeling van de rechten van het kind voortvloeiend uit artikel 8 EVRM’ *FJR* 2015/29.

³⁹ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*), para. 109.

⁴⁰ M. Chebti, ‘Ambtshalve rechterlijke beoordeling van de rechten van het kind voortvloeiend uit artikel 8 EVRM’ *FJR* 2015/29; EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*), para. 121.

Noorwegen verlaten om in Pakistan te wonen. De moeder is inmiddels overleden en de klagers zijn op het moment van de uitspraak meerderjarig. De klagers wonen sinds 2000 bij een oom en tante in Noorwegen.⁴¹ De vraag die in deze uitspraak centraal staat is: aan wie mag het lange tijdsverloop waarin familie-en privéleven is ontstaan worden toegerekend en welk gevolg heeft dit voor het verblijfsrecht? Het Hof neemt aan dat er sprake is van opgebouwd privéleven, maar of de kinderen, ondanks dat ze op de hoogte waren van hun onzekere verblijfsrecht, het ontstaan van onrechtmatig verblijf kan worden toegerekend. Hierbij is het belangrijk om de vraag te beantwoorden of de kinderen het ontstaan van dergelijke banden zelf hadden moeten weten of dat het voldoende is dat enkel de moeder hiervan op de hoogte was en de kinderen vereenzelvigd kunnen worden met de moeder. Wat deze zaak nog ingewikkelder maakt is het feit dat de desbetreffende ouder inmiddels is overleden en de kinderen Butt de meerderjarigheid hebben bereikt. Hiermee lijkt geen risico meer te bestaan op het gevaar dat de ouder misbruikt maakt van het mogelijke verblijfsrecht van haar kinderen. In deze zaak is het de moeder geweest die informatie heeft achtergehouden over het verblijf in Pakistan. Het Hof stelt vast dat familie- en privéleven in Noorwegen is ontstaan op het moment dat moeder wist dat het verblijf in Noorwegen van haar en de kinderen onzeker was. De strikte regels van de immigratiedienst kunnen de overheid dwingen tot het toerekenen van het gedrag van ouders aan de kinderen. Dit om te voorkomen dat de ouders het verblijfsrecht van de kinderen misbruiken (*to exploit*) om een verblijfsvergunning te verkrijgen.⁴² Het Hof benadrukt in deze zaak dat er geen sprake meer kan zijn van misbruik aangezien de ouder – in dit geval de moeder – geen misbruik meer kan maken van de situatie, gezien zij al is overleden en de kinderen ook voor het overlijden geen contact meer hadden met de moeder.⁴³ Het Hof komt in deze zaak met een nieuw criterium: wanneer *wisten* de kinderen dat hun verblijfstatus onzeker was? In deze zaak merkten de kinderen Butt dat hun verblijfsvergunning was ingetrokken op het moment dat de politie hen aanhield voor uitzetting in 2001. Op het moment van aanhouding was er al sprake van familie- en privéleven.⁴⁴

⁴¹ EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), JV 47017/09 m.nt. M.C. Stronks.

⁴² EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), para. 79.

⁴³ EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), para. 80.

⁴⁴ EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), JV 2006/90 m.nt. M.C. Stronks.

Kort samengevat kunnen de volgende criteria uit *Butt* worden afgeleid:⁴⁵

- 1) Een ouder mag geen verwachting hebben om in het nieuwe land te mogen blijven, wanneer deze ouder onjuiste of misleidende informatie heeft verschaft op basis waarvan een verblijfsrecht is verleend.⁴⁶
- 2) Over het algemeen steunt het Hof het uitgangspunt dat het gedrag van ouders kinderen kan worden toegerekend wegens belangen van een immigratiebeleid.
- 3) Echter, op twee punten zijn wel uitzonderingen mogelijk. Omstandigheden zoals wanneer de kinderen *feitelijk wisten* dat hun verblijfsstatus onzeker was, de vraag of de desbetreffende ouder nog leeft en of de kinderen meerderjarig zijn, kunnen meewegen als bijzondere omstandigheden waar door de immigratiedienst rekening mee dient te worden gehouden.

Met de *Butt*-criteria wordt een andere invulling gegeven welk toetsingskader van toepassing is bij artikel 8 EVRM uitspraken die zijn ontstaan ten tijde van een (deels) onrechtmatig verblijf.⁴⁷ Aan de hand van deze uitspraak kan de vraag worden beantwoord welk toetsingskader van toepassing is. Dat wat betreft de periode van minderjarigheid, de worteling en ontstane gezinsbanden enkel kunnen meetellen in bijzondere omstandigheden om zo het meeliftgevaar te kunnen uitsluiten. Voor de periode dat de vreemdeling meerderjarigheid heeft bereikt bestaat geen meeliftgevaar meer, waardoor de bijzondere- omstandighedentoets komt te vervallen. Voor deze periode dient te worden gekeken naar de familiare banden van de minderjarige en naar het contact met ‘anderen en de buitenwereld’ in het kader van privéleven. In *Butt* maakt het Hof duidelijk een onderscheid tussen de periode dat de kinderen minderjarig zijn en de periode dat de kinderen meerderjarig zijn.⁴⁸ Dit onderscheid wordt in de praktijk bij vreemdelingenzaken in Nederland niet gemaakt. In een uitspraak uit 2018 stelt de Afdeling immers dat er na meerderjarigheid nog steeds een risico bestaat op meeliftgevaar van de ouders.⁴⁹ In hoofdstuk vier zal verder worden behandeld op welke wijze de

⁴⁵ EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), *JV* 2006/90 m.nt. M.C. Stronks.

⁴⁶ EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), *JV* 2006/90 m.nt. M.C. Stronks; EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), para. 74.

⁴⁷ Rb. Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) 22 februari 2019, ECLI:NL: RBDHA:2019:2290, *JV* 2019/128, m.nt. M.C. Stronks & W.H. Hutten.

⁴⁸ EHRM 4 december 2012, *JV* 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), para. 80.

⁴⁹ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73, r.o. 2.2.

staatsecretaris verlening van een verblijfsvergunning op grond van artikel 8 EVRM motiveert.

2.4 Het belang van het kind in de EHRM-jurisprudentie

2.4.1 Inleiding

In *Rodrigues da Silva* geeft het Hof rechtstreekse werking aan het belang van het kind uit artikel 3 lid 1 IVRK en concludeert dat in deze zaak het belang van het kind een doorslaggevende factor is. In onderstaande uitspraken wordt stilgestaan bij de beoordeling van het EHRM in uitspraken waarin het belang van het kind in het geding is. Bovendien wordt uit onderstaande uitspraken duidelijk dat het EHRM niet consequent is in de beoordeling van artikel 8 in het licht van artikel 3 IVRK.⁵⁰

2.4.1.1 *Nunez t. Noorwegen*

In deze zaak kiest het EHRM voor een indringende toets van artikel 8 EVRM, omdat belangen van kinderen in het geding zijn.⁵¹ Mevrouw Nunez reist in 1996 naar Noorwegen, maar wordt wegens winkeldiefstal uitgezet en voor twee jaar ongewenst verklaard. Een paar maanden later reist ze weer naar Noorwegen onder een andere identiteit en verzwijgt haar eerdere veroordeling. Eind 2001 kwamen de Noorse autoriteiten er achter dat Nunez opzettelijk misleidende informatie heeft gegeven bij haar terugkomst naar Noorwegen en een verblijfsvergunning heeft gekregen waarop ze geen recht had. In 2002 werd haar vergunning ingetrokken en in 2005 werd besloten haar uit te zetten. In de tussentijd heeft Nunez twee dochters gekregen. Er wordt lang over de uitzetting van Nunez geprocedeerd, maar uiteindelijk besluiten de Noorse autoriteiten de staat in het gelijk te stellen. Nunez dient een klacht in bij het EHRM. De Noorse autoriteiten beroepen zich op eerdere jurisprudentie, met name *Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland* dat Nunez na haar eerste uitzetting bewust met een ander identiteit naar Noorwegen is teruggekeerd. Zij had moeten begrijpen dat zij onrechtmatig in Noorwegen verbleef toen zij besloot een gezin in Noorwegen te stichten. Het EHRM

⁵⁰ C.M. Smyth, 'The Common European Asylum System and the Rights of the Child an Exploration of Meaning and Compliance', 's Hertogenbosch: Boxpress, 2013, p. 29.

⁵¹ EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum.

besluit in deze zaak de belangen van de kinderen los van de handelingen van de moeder te onderzoeken.⁵² Hierbij verwijst het EHRM naar artikel 3 IVRK, waarin is neergelegd dat het ‘belang van het kind’ de primaire overweging vormt bij elk besluit dat een lidstaat maakt waarbij kinderen zijn betrokken. Het Hof introduceert in deze zaak dat het belang van het kind een primaire overweging vormt bij elke besluit dat betrekking heeft op het kind.⁵³ De verplichting die uit artikel 3 IVRK voortvloeit houdt in dat de situatie waarin de kinderen zich bevinden uitgebreid moet worden onderzocht. Tussen de belangen van de kinderen en de belangen van de staat moet vervolgens een afweging worden gemaakt. Bij *Nunez* lijkt het belang van de kinderen voor het Hof doorslaggevend te zijn. Doordat het Hof het belang van het kind als primaire overweging introduceert en het toerekenen van het gedrag van ouders niet in het belang van het kind is, mag naar mijns inziens het gedrag van de ouders de kinderen niet worden aangerekend.⁵⁴

2.4.1.2 *Antwi e.a. t. Noorwegen*

Deze zaak heeft veel overeenkomsten met de zaak *Nunez*, echter wordt in het geval van *Antwi* geen schending aangenomen, maar ontbreekt er nog steeds unanimiteit over het verblijfsrecht van een ouder die geen verblijfsrecht heeft in een land, maar de kinderen wel sterk geworteld zijn in dat land. Ook in deze zaak maakt het EHRM geen onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen, maar past de *fair balance*-toets toe.⁵⁵ Meneer *Antwi* kwam in 1998 in Duitsland aan en verkreeg daar een vals paspoort. Daar ontmoette hij zijn toekomstige vrouw die hij volgde naar Noorwegen. In 2001 krijgen zij samen een kind en in 2005 zijn zij getrouwd in Ghana. In datzelfde jaar is *Antwi* gearresteerd in Nederland toen hij met een vals paspoort naar Canada wilde reizen. *Antwi* wordt voor vijf jaar ongewenst verklaard en wendt zich tot het Hof, omdat de duur van de ongewenstverklaring een schending van artikel 8 EVRM kan opleveren.⁵⁶ In *Nunez tegen Noorwegen* heeft het EHRM overwogen dat een lidstaat veel gewicht mag

⁵² EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum.

⁵³ EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum, para. 84.

⁵⁴ EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum.

⁵⁵ De *fair balance*-toets volgt uit EHRM 5 september 2000, 44328/98 (*Solomon t. Nederland*) en komt er kort gezegd op neer dat in gevallen waarin een gezinsband is aangegaan op een dat de betrokken personen wisten dat het verblijfsrecht onzeker was, uitzetting alleen onder zeer bijzondere omstandigheden in strijd is met artikel 8 EVRM.

⁵⁶ EHRM 14 februari, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*).

toekennen aan het feit dat fraude is gepleegd bij het verkrijgen van een verblijfstitel. Het EHRM oordeelt echter in de zaak *Antwi* dat de lidstaat, ondanks de negatieve gevolgen voor het kind, niet oordeelt buiten zijn *margin of appreciation*.⁵⁷ In zijn vergelijking met *Nunez* lijkt het alsof het Hof geen betekenis hecht aan de omstandigheid dat het kind van *Antwi* wel in het bezit is van een Noorse nationaliteit, terwijl dit in *Nunez* niet het geval was. Het Hof oordeelde in *Antwi* anders dan in *Nunez* met de volgende argumenten: *Antwi* en zijn echtgenote waren nog steeds samen en beide waren in Ghana geboren en opgegroeid. Ondanks dat de echtgenote nu over de Noorse nationaliteit beschikt lijkt er geen bijzonder obstakel te zijn om *Antwi* naar Ghana te vergezellen. Wel is het Hof van oordeel dat de dochter van klagers een zeer beperkte band heeft met Ghana, in Noorwegen is geboren en de directe banden met Noorwegen ook groot zijn.⁵⁸ Ondanks dat het Hof de mening deelt dat het voor de dochter hoog waarschijnlijk moeilijk zal zijn zich aan te passen in Ghana, is er geen objectieve belemmering om het gezinsleven voort te zetten in het land van herkomst.⁵⁹

Uit de *concurring* en *dissenting opinions* valt op dat niet alle rechters bij het EHRM het eens zijn over de betekenis van artikel 3 IVRK in de interpretatie van artikel 8 EVRM. Rechter Jebens, die de *concurring opinion* schreef bij *Nunez*, is het eens met de gedachte dat de interpretatie van artikel 8 EVRM in het licht van artikel 3 moet gebeuren, maar dit niet per se een inperking van de *margin of appreciation* voor de lidstaten met zich mee brengt. Hij is van mening dat het EHRM hierin niet moet doorschieten. In uitzonderlijke omstandigheden mag het belang van het kind van doorslaggevende betekenis zijn.⁶⁰ Volgens Jebens had het EHRM in *Nunez* meer nadruk moeten leggen op de redentatie waarom de belangen van de kinderen – in dit geval – zwaarder wegen dan de fraude gepleegd door de moeder. Uit de *dissenting opinion* bekritiseerde rechter Sicilianos, vergezeld door rechter Lazarova Trajkovska waarop de belangen van het kind werden beoordeeld.⁶¹ De twee rechters vinden dat het EHRM consequent moet zijn in de

⁵⁷ EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*), *JV* 2012/170 m.nt. S.K. van Walsum.

⁵⁸ EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*), para. 93-94.

⁵⁹ EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*), para. 95-96.

⁶⁰ EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*), *JV* 2012/170 m.nt. S.K. van Walsum.

⁶¹ Dissenting opinion of judge Sicilianos, joined by judge Lazarova Trajkovska, para. 7; M.A.K. Klaassen, 'The right to family unification: Between migration control and human rights', Meijers Instituut, 2015, p. 66.

beoordeling van artikel 8 EVRM in het licht van artikel 3 IVRK. Uit *Antwi* volgt dat de meerderheid vindt dat de ongewenstverklaring van *Antwi* duidelijk niet in het belang van de dochter is, maar wordt er voornamelijk besloten dat er geen schending is van artikel 8 EVRM. Deze rechters vinden dat het belang van het kind moet prevaleren boven de inperking van de *margin of appreciation* van de lidstaten. Zij concluderen dat het belang van het kind de eerste overweging dient te zijn bij alle publieke besluiten. Een besluit zoals genomen in de zaak *Antwi* is duidelijk niet in het belang van het kind en is daarom in strijd met artikel 8 EVRM.⁶²

2.4.1.3 *Kaplan t. Noorwegen*

In dit arrest ging het om het voortzetten van het familie- en privéleven, omdat meneer Kaplan dit al was aangegaan in het land van herkomst. In onderhavige zaak herhaalt het Hof enerzijds de overweging uit *Butt*, dat het gedrag van ouders de kinderen kan worden toegerekend omwille van zwaarwegende redenen uit het migratierecht, maar anderzijds herhaalt het Hof ook de overweging uit *Nunez*, namelijk dat het belang van het kind de eerste overweging dient te zijn. In *Kaplan* lijkt het Hof in eerste instantie de overweging uit *Butt* dat het gedrag van ouders hun kinderen mag worden toegerekend te willen overnemen, maar de medische conditie van de jongste dochter geeft voor het Hof voornamelijk de doorslag om het belang van de kinderen te laten prevaleren. Het echtpaar Kaplan stelt dat de uitzetting van meneer Kaplan in strijd is met artikel 8 EVRM. Beide klagers zijn van Koerdische komaf. Hoewel meneer Kaplan de Turkse nationaliteit heeft, is mevrouw Kaplan samen met haar drie kinderen in het bezit van de Noorse nationaliteit. Meneer Kaplan wordt in 1999 veroordeeld voor gewapende geweldpleging waarna er is onderzocht of hij in aanmerking kwam voor uitzetting. Door de autoriteiten werden geen specifieke maatregelen genomen tot eind 2006. In dat jaar werd zijn uitzetting bevolen en werd meneer Kaplan voor onbepaalde tijd ongewenst verklaard. Na een onsuccesvol beroep tegen deze beslissing werd hij in 2011 uitgezet naar Turkije.⁶³

Het Hof constateerde dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM en was niet overtuigd dat de Noorse autoriteiten voldoende gewicht hadden toegekend aan het

⁶² Dissenting opinion of judge Sicilianos and judge Lazarova Trajkovska, EHRM 14 februari, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*).

⁶³ EHRM 24 juli 2014, 32504/11 (*Kaplan t. Noorwegen*), para. 6-10.

belang van de kinderen, dit gold in het bijzonder voor het jongste kind dat lijdt aan autisme. De motivering van het Hof is wat deze zaak interessant maakt. Uit de motivering blijkt duidelijk dat het belang van het kind de primaire overweging moet zijn. In dit specifieke geval was dat echter niet het geval.⁶⁴ Daartegenover haalt het Hof het *Butt-arrest* aan, waarin het Hof had besloten dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid aanleiding kunnen zijn om het gedrag van ouders toerekenbaar te achten aan de minderjarige kinderen indien een risico bestaat op meeliftgevaar.⁶⁵ In het *Butt-arrest* ging het echter om meerderjarige kinderen waarin het belang van de kinderen niet aan de orde (meer) was. Uit *Kaplan* kan geconcludeerd worden dat het Hof bij de beoordeling van kinderbelangen niet enkel rekening houdt met de vraag of het hele gezin het gezinsleven in een ander land kan voortzetten, maar ook rekening houdt met andere aspecten, zoals de medische conditie van het kind, ondanks dat een van de ouders een strafrechtelijk verleden heeft. Uit *Kaplan* volgt dat hoewel het gedrag van ouders aan hun kinderen kan worden toegerekend, het belang van de kinderen doorslaggevend moet zijn. De wijze waarop het EHRM het belang van het kind in kaart brengt heeft zowel betrekking op haar belang om in haar bestaande omgeving in Noorwegen te blijven als op het belang van het voortzetten van familiebanden.⁶⁶

Uit bovenstaande uitspraken volgen een aantal punten die relevant zijn voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Allereerst wordt duidelijk dat wanneer privéleven is ontstaan tijdens illegaal verblijf, dit enkel kan leiden tot een verblijfsaanvaarding bij ‘*most exceptional circumstances*’. Verder wordt duidelijk dat het Hof voldoende gewicht geeft aan het belang van het kind, maar niet consequent is in de belangenafweging.⁶⁷ Tot slot wordt duidelijk dat het gedrag van ouders het kind mag worden toegerekend wanneer een risico bestaat dat de ouder gebruik zal maken van het verblijfsrecht van het kind.

⁶⁴ EHRM 24 juli 2014, 32504/11 (*Kaplan t. Noorwegen*), para. 98.

⁶⁵ EHRM 24 juli 2014, 32504/11 (*Kaplan t. Noorwegen*), *JV* 2014/320 m.nt. J. Werner.

⁶⁶ EHRM 24 juli 2014, 32504/11 (*Kaplan t. Noorwegen*), *JV* 2014/320 m.nt. J. Werner.

⁶⁷ C. Smyth, ‘The Best Interest of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court’s Use of the Principle?’, (2015) 17 *European Journal of Migration and Law*; M.A.K. Klaassen, ‘Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases’, *NQHR*, april 2019, Volume:37, issue: 2, p. 157-177.

2.5 Openbare orde

2.5.1 Inleiding

Wanneer de openbare orde in het geding is, is het lidstaat vrij om een migrant het land uit te zetten. Een dergelijk besluit kan echter enkel gerechtvaardigd zijn wanneer sprake is van zwaarwegende redenen. Een lidstaat moet een besluit tot uitzetting afwegen tegen de situatie waarin de migrant leeft. Dit betekent dat een lidstaat rekening dient te houden met het aantal jaar dat een migrant in de lidstaat woont, of er onderwijs is genoten in de lidstaat en de tijd tussen het strafrechtelijke vergrijpen en de uitzetting. De situatie in onderstaande uitspraken is anders dan in mijn onderzoeksvraag, omdat in *Maslov* en *A.A* wel sprake is van een rechtmatig verblijf. Deze uitspraken zijn echter vooralsnog van belang, omdat in deze uitspraken wordt gekeken naar de binding van de vreemdeling met het gastland. Er wordt meer gekeken naar het privéleven van de vreemdeling. Bovendien volgt uit deze twee uitspraken dat het handelen van de overheid effect heeft op de rechtsbescherming van de vreemdeling.

2.5.1.1 *Maslov t. Oostenrijk*

Maslov verbleef rechtmatig vanaf zijn zesde – samen met zijn ouders en twee andere kinderen – in Oostenrijk. In 1999 werd hij veroordeeld voor 18 maanden gevangenisstraf (waarvan 13 voorwaardelijk) voor diefstal, afpersing en mishandeling. Bovendien werd hij aangemeld voor drugsontwenningstherapie en in 2000 opnieuw veroordeeld voor diefstal. In 2002 werd Maslov vrijgelaten en uitgezet naar Bulgarije.⁶⁸ Wat deze zaak bijzonder maakt is de jonge leeftijd van Maslov tijdens de gepleegde strafbare feiten en het feit dat Maslov rechtmatig in het gastland verbleef. De strafbare feiten kunnen gekwalificeerd worden als daden van jeugdcriminaliteit. Wanneer er een uitzetting volgt op grond van deze feiten dient het belang van het kind in acht te worden genomen. Bovendien is het Hof van oordeel dat bij verwijdering van een jeugdige dader een verplichting rust op de staat om rekening te houden met zijn of haar re-integratie zoals neergelegd in artikel 40 IVRK.⁶⁹ Verwijdering dient enkel als laatste redmiddel ingezet te worden. Het Hof stelt vast dat door verwijdering van Maslov zijn familie- en sociale

⁶⁸ EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*), para. 10-21.

⁶⁹ EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*), para. 82.

banden worden verbroken en daarom niet wordt voldaan aan artikel 40 IVRK en concludeert dat de Oostenrijkse autoriteiten onvoldoende rekening hebben gehouden met artikel 40 IVRK. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat zeer ernstige geweldsdelicten een verwijdering kunnen rechtvaardigen, maar stelt in het geval van Maslov vast dat hiervan geen sprake is.⁷⁰ Uit *Maslov* wordt duidelijk dat het Hof een aantal *guiding principles* hanteert bij openbare orde-zaken. Daarbij kan worden gedacht aan de aard en ernst van het strafbare feit, de duur van het verblijf in de lidstaat, hoe lang geleden het strafbare feit is gepleegd en hoe de betrokkene zich heeft gedragen gedurende het tijdsverloop.⁷¹ Deze *guiding principles* volgen ook uit *Boultif tegen Zwitserland* en *Üner tegen Nederland*, maar er is in deze scriptie bewust voor gekozen om enkel *Maslov tegen Oostenrijk* en *A.A. tegen Verenigd Koninkrijk* te bespreken. Deze laatste twee uitspraken betreft jongvolwassenen en sluiten daarom beter aan bij de beantwoording van de onderzoeksvraag.

2.5.1.2 A.A t. Verenigd Koninkrijk

De van Nigeriaanse komaf A.A is op dertienjarige leeftijd samen met twee zussen herenigd met zijn moeder in het Verenigd Koninkrijk. In Nigeria werden de kinderen verzorgd door hun opa. De vader van de kinderen is al jaren niet in beeld. Twee jaar na aankomst in het Verenigd Koninkrijk wordt A.A veroordeeld voor vier jaar jeugddetentie voor deelname aan groepsverkrachting. Twee jaar later wordt – ter bescherming van de openbare orde – het besluit genomen om A.A uit te zetten. Hiertegen gaat hij in beroep, maar dit wordt door de Britse *Asylum and Immigration Tribunal* (Hierna: AIT) ongegrond verklaard.⁷² Tegen de tijd dat zijn zaak door het EHRM is behandeld heeft A.A zijn masterdiploma behaald en is hij gaan werken in Londen. Hij onderhoudt nauw contact met zijn moeder en zijn zussen en bezoekt regelmatig de kerk.

⁷⁰ EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*), para. 81-85.

⁷¹ EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*), para. 48; EHRM 2 augustus 2001, 54273/00 (*Boultif t. Zwitserland*), para. 48; EHRM 18 oktober 2006, 46410/99 (*Üner tegen Nederland*) JV 2006/417 m.nt. A. Woltjer.

⁷² EHRM 20 september 2011, 8000/08 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*) JV 2011/484 m.nt. S.K. van Walsum, para. 5-20; Het AIT beredeneren dat A.A tot zijn dertiende in Nigeria heeft gewoond, familie in dat land heeft wonen, in het Verenigd Koninkrijk geen sprake is van gezinsleven en inmiddels al twintig jaar oud is en goed voor zichzelf kan zorgen. Op grond van deze argumenten weegt het bewaren van de openbare orde zwaarder dan zijn recht op respect voor zijn privéleven in het Verenigd Koninkrijk.

In *A.A.* concludeert het EHRM dat het uitzetten van een gevestigde migrant altijd een inmenging in het recht op respect voor privéleven is en derhalve dient een proportionaliteitstoets plaats te vinden. Het EHRM erkent dat sprake is van een zeer ernstig misdrijf dat de ongewenstverklaring kan rechtvaardigen. Het besluit van de AIT valt volgens het EHRM ook binnen de *margin of appreciation* van de lidstaat. Het EHRM benadrukt in deze zaak het lange tijdsverloop sinds het plegen van het strafbare feit, het voltooien van zijn straf en het intrekken van de verblijfsvergunning. Dit brengt met zich mee dat de proportionaliteitstoets opnieuw moet worden beoordeeld in het licht van deze nieuwe omstandigheden. Bovendien is de tijd die na het misdrijf is verstreken en het gedrag gedurende deze tijd van groot belang. Aan de hand hiervan kan een inschatting worden gemaakt van het gevaar voor de openbare orde.⁷³ Het EHRM concludeert dat de uitzetting op grond van artikel 8 EVRM daarom *ex nunc* dient te gebeuren. Door alle elementen van het privéleven van A.A. *ex nunc* af te wegen tegen het concrete belang dat Verenigd Koninkrijk heeft bij de uitzetting, komt het EHRM tot de conclusie dat de uitzetting van A.A. – door het verstrijken van een aanzienlijk lange tijd – in strijd is met artikel 8 EVRM. De belangrijkste boodschap dat uit A.A. afgeleid kan worden is dat lidstaten hun vrijheden om langdurig verblijvende vreemdelingen uit te zetten, kunnen verspelen door hier te lang mee te wachten. Hoe langer een lidstaat wacht met het uitzetten van een vreemdeling, ook wanneer er sprake is van een (licht) strafrechtelijk feit, des te sterker is de kans dat deze uitzetting een strijd oplevert met artikel 8 EVRM.

Uit deze twee uitspraken kan worden geconcludeerd dat het handelen van de overheid effect heeft voor de rechtsbescherming van de vreemdeling. De duur van het verblijf van A.A. en ook de snelheid waarin de overheid na de strafrechtelijke veroordeling is overgegaan tot het uitzetten van A.A. had tot gevolg dat A.A. de mogelijkheid had om een privéleven op te bouwen en hem uitzetten een schending oplevert van artikel 8 EVRM. Ondanks dat in beide uitspraken de situatie anders was en de klagers al rechtmatig verblijf hadden is de uitkomst van de uitspraken relevant voor de onderzoeksvraag. Uit deze uitspraken is af te leiden dat de snelheid waarin de overheid handelt om een vreemdeling uit te zetten relevant is voor het aannemen van privéleven op grond van artikel 8 EVRM.

⁷³ EHRM 20 september 2011, 8000/08 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*) JV 2011/484 m.nt. S.K. van Walsum.

Bovendien volgt uit deze arresten dat het EHRM grote nadruk legt op het ontstaan van privéleven. Dit zou een mogelijkheid kunnen bieden voor minderjarige vreemdelingen om na een langdurig onrechtmatig verblijf aanspraak te maken op een verblijfsrecht op basis van het recht op respect voor privéleven.⁷⁴

2.6 Het verbod op discriminatie

2.6.1 inleiding

Het EVRM biedt bescherming aan iedereen binnen het rechtsgebied van een lidstaat.⁷⁵ Artikel 14 van het EVRM behelst een verbod op discriminatie met betrekking tot het genot van de materiële rechten van het EVRM. Het EHRM heeft geen bevoegdheid om klachten te onderzoeken die buiten de rechten van het EHRM vallen. Wanneer er sprake is van discriminatie met betrekking tot één van de rechten die in het EHRM beschermd worden valt dit binnen de reikwijdte van artikel 14 EVRM. Het EHRM hanteert bij de toepassing van artikel 14 EVRM een brede interpretatie van het toepassingsgebied van de rechten uit het EVRM.⁷⁶ Het EHRM is enkel bevoegd klachten op grond van artikel 14 in samenhang met een materieel recht te onderzoeken, zelfs wanneer er geen schending heeft plaatsgevonden van het materiele recht zelf. Een eventuele schending is voldoende om een onderzoek te starten.⁷⁷ Het discriminatiebeginsel speelt de afgelopen jaren een voornamere rol in de jurisprudentie en het EHRM heeft de afgelopen decennia verschillende uitspraken over dit beginsel gedaan.⁷⁸

2.6.1.1 Bah t. Verenigd Koninkrijk

Deze zaak gaat over het vermoeden op discriminatie op grond van nationaliteit en immigratiestatus met betrekking tot sociale huisvesting.⁷⁹ Bah kreeg in 2005, nadat in

⁷⁴ EHRM 20 september 2011, 8000/08 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*) JV 2011/484 m.nt. S.K. van Walsum.

⁷⁵ Artikel 1 EVRM.

⁷⁶ FRA, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, 2010, p. 62-66.

⁷⁷ EHRM 8 juli 2003, 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*); FRA, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, 2010, p. 66.

⁷⁸ J.H. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM. Art. 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 189-191.

⁷⁹ EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*), JV 2012/33 m.nt. C.H. Slingenberg.

2000 haar asielaanvraag werd afgewezen, een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. In 2007 werd zij herenigd met haar minderjarige zoon, maar kreeg als voorwaarde dat haar zoon geen beroep mocht doen op de openbare kas. Bah moest kort na de komst van haar zoon haar huis verlaten. In principe mogen daklozen met minderjarige kinderen een beroep doen op urgentie voor een huurwoning, maar omdat haar zoon geen beroep mocht doen op de openbare kas, was dit voor Bah niet mogelijk. Bah stelt dat het niet verlenen van urgentie bij de toekenning van sociale huisvesting strijdig is met artikel 14 EVRM in relatie met artikel 8 EVRM.⁸⁰ Is er in deze zaak sprake van onderscheid op grond van immigratiestatus of nationaliteit? Voor het vaststellen van een schending van artikel 14 EVRM is vereist dat er sprake is van een ongelijke behandeling die gebaseerd moet zijn op een identificeerbaar kenmerk of status van personen die zich in een gelijke situatie bevinden. Dit onderscheid is enkel te rechtvaardigen indien er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor het onderscheid. Een schending van artikel 14 EVRM treedt op wanneer het onderscheid geen legitiem doel dient en niet proportioneel is gelet op het doel.⁸¹ In dit arrest heeft het Hof de vraag behandeld of sprake is van onderscheid tussen personen in gelijke gevallen, de zogenoemde vergelijkbaarheidstoets. Het Hof is van oordeel dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen Britse onderdanen en vreemdelingen die niet beschikken over een sterk verblijfsrecht. Bah stelt dat de ongelijke behandeling is gebaseerd op de vreemdelingenstatus en nationale afkomst van haar minderjarige zoon. Het Hof stelt dat in deze zaak de ongelijke behandeling enkel is gebaseerd op de vreemdelingenstatus en dat het feit dat de zoon een vreemdeling is niets verandert aan de zaak.⁸² Dit is relevant voor de rechtvaardigingstoets, omdat bij een verdachte grond *very weight reasons* vereist zijn. Dit is niet het geval wanneer er geen sprake is van een verdachte grond. Het Hof maakt onderscheid tussen vrijwillige migranten en gedwongen migranten. Wanneer sprake is van migranten die gedwongen hun land zijn ontvlucht, moeten de nationale autoriteiten zeer gewichtige redenen hebben om een onderscheid op grond van vreemdelingenstatus te rechtvaardigen.⁸³ Het Hof concludeert dat in deze zaak sprake is van een toereikende rechtvaardiging en stelt dat de

⁸⁰ EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*).

⁸¹ EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*), *JV* 2012/33 m.nt. C.H. Slingenberg.

⁸² EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*), para. 44.

⁸³ EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*), *JV* 2012/33 m.nt. C.H. Slingenberg.

Britse regelgeving een legitiem doel dient, namelijk een eerlijke verdeling van beperkte woningvoorzieningen waarin onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende aanvragers.⁸⁴ Uit deze zaak wordt duidelijk dat het Hof onderscheid maakt tussen vrijwillige migratie en gedwongen migratie. Het Hof acht een keuze-element verbonden bij vrijwillige migratie. Bij vrijwillige migratie is voor onderscheid dat gebaseerd is op de verblijfstatus geen zwaarwegende rechtvaardiging geëist, hoewel dit bij gedwongen migratie wel is vereist. Het Hof gaat in deze zaak niet in op het keuze-element van het kind. Ondanks dat het Hof onderscheid maakt tussen vrijwillige migratie en gedwongen migratie nemen ouders migratiebeslissingen waar kinderen zich noodzakelijkerwijs aan moeten aanpassen.

2.6.1.2 Hode en Abdi t. Verenigd Koninkrijk

Deze zaak gaat over nareizende gezinsleden van vluchtelingen. Hode is geboren in 1980 en verhuist in 2004 vanuit Somalië naar het Verenigd Koninkrijk. Hode ontmoet in 2006 Abdi, zij woonde in Djibouti. Een jaar later trouwden zij in Djibouti en kregen twee kinderen. De visumaanvraag van Abdi om haar man na te reizen naar het Verenigd Koninkrijk werd afgewezen, omdat deze voorziening enkel openstond voor familieleden die al in het land van herkomst met elkaar samenleefden. In het beroep werd inmenging op het familieleven niet proportioneel geacht, omdat Abdi nooit een familieleven in het Verenigd Koninkrijk heeft uitgeoefend. De enige belemmering voor Hode om zijn vrouw in Djibouti te vergezellen was dat hij de Franse taal niet spreekt en geen werk zou kunnen vinden.⁸⁵ De vraag die in deze zaak aan de orde kwam was of een ongelijke behandeling gemaakt op grond van het moment waarop een gezinsleven is ontstaan, onder de reikwijdte van artikel 14 EVRM valt en wanneer een dergelijke ongelijke behandeling valt te rechtvaardigen.

Hode en Abdi werden in twee opzichten ongelijk behandeld. Ten eerste als asielstatushouders, omdat Hode om in aanmerking te komen voor gezinshereniging in het bezit moet zijn van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Terwijl dit voor statushouders – zoals arbeiders en studenten - van een reguliere verblijfsvergunning niet

⁸⁴ EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*), *JV* 2012/33 m.nt. C.H. Slingenberg, para. 50.

⁸⁵ EHRM 6 november 2012, 22341/09, (*Hode en Abdi t. Verenigd Koninkrijk*).

als voorwaarde gold. Ten tweede werden zij als stel ongelijk behandeld, omdat zij in het land van herkomst geen gezinsleven hadden genoten, omdat zij na vertrek een gezinsleven zijn gestart.⁸⁶ Het EHRM concludeert in deze zaak dat ongelijke behandeling, gemaakt op grond van het moment waarop gezinsleven is ontstaan onder de reikwijdte van artikel 14 EVRM valt. Volgens het EHRM valt het onderscheid dat gemaakt wordt tussen gezinsleden die na de vlucht tot het gezin zijn gaan behoren en gezinsleden die al voor de vlucht tot het gezin zijn gaan behoren niet te rechtvaardigen. Het verschil tussen *Bah* en *Hode en Abdi* is dat de staat in *Bah* een ruimere margin of appreciation toekomt. Dit omdat het in *Bah* een sociale huisvesting betrof en het Hof onderscheid maakte tussen gedwongen en vrijwillige migranten. Bij vrijwillige migranten is voor onderscheid dat gebaseerd is op hun verblijfstatus geen zwaarwegende rechtvaardiging geëist. In *Hode en Abdi* was er geen sprake van vrijwillige migratie en dit zou moeten betekenen dat er bij een onderscheid zwaarwegende rechtvaardiging geëist is.

De vraag die in voorgaande twee uitspraken centraal staat is in hoeverre sprake is van ongelijke behandeling op grond van artikel 14 EVRM en ten opzichte van wie. Is er sprake van ongelijke behandeling ten opzichte van vreemdelingen van wie er geen ouders zijn die misbruik kunnen maken van de verblijfpositie? Uit beide uitspraken wordt duidelijk dat het Hof onderscheid maakt tussen vrijwillige migratie en gedwongen migratie. Bij vrijwillige migratie is sprake van een keuze-element. Bij een beroep op een schending van artikel 14 EVRM komt de nationale overheid een ruimere *margin of appreciation* toe dan bij vrijwillige migratie. Hieruit kan geconcludeerd worden dat bij onderscheid van gedwongen migratie zwaarwegende rechtvaardiging geëist is. In gevallen van langdurig onrechtmatig verblijvende minderjarige vreemdelingen is vaak sprake van gedwongen migratie. Bovendien heeft de minderjarige vreemdeling het vaak niet voor het zeggen bij migratie. Dit betekent dat een onderscheid wordt gemaakt tussen minderjarige vreemdelingen van wie er geen ouders zijn die misbruik kunnen maken van de verblijfpositie en tussen minderjarige vreemdelingen van wie dit wel kan.

⁸⁶ EHRM 6 november 2012, 22341/09, (*Hode en Abdi t. Verenigd Koninkrijk*), JV 2013/1 m.nt. S.K. van Walsum.

2.7 Deelconclusie

Om tot een duidelijk beeld te komen van wat de rechtspositie van de minderjarige vreemdeling volgens het EHRM inhoudt, is in dit hoofdstuk gekeken naar verschillende relevante EHRM uitspraken. Ondanks dat het in elkaar overloopt is een indeling gemaakt op basis van regularisatie van onrechtmatig verblijf, het belang van het kind en de openbare orde. Allereerst wordt duidelijk dat het EHRM in het afgelopen decennium steeds meer oog heeft gekregen voor de individuele rechten van het kind, los van die van ouders.⁸⁷ Uit de besproken uitspraken wordt duidelijk dat kinderen een zelfstandig beroep op artikel 8 EVRM kunnen doen en dat de reikwijdte van het recht op privéleven van kinderen niet gelijk hoeft te zijn aan die van ouders.

In dit hoofdstuk wordt duidelijk dat wanneer de betrokkenen bewust waren van het feit dat het verblijfsrecht onzeker was ten tijde van het ontstaan van familiebanden, een schending van artikel 8 EVRM enkel wordt aangenomen bij *exceptional circumstances*. Bovendien volgt uit dit hoofdstuk dat het Hof in verschillende uitspraken rechtstreekse werking heeft toegekend aan *'the best interests of the child'* in het kader van het rechtstreeks werkende artikel 8 EVRM.⁸⁸ Voor de nationale rechter vloeit hieruit een verplichting voort om te onderzoeken wat de bestreden maatregel (het uitzetten van vreemdelingen) voor effect heeft op het belang van het kind. Bij tegenstrijdige belangen van ouders met hun kinderen dienen de belangen van de kinderen apart te worden getoetst. Echter mag, ondanks dat dit niet in het belang van het kind is, het gedrag van ouders hun kinderen wel worden toegerekend wanneer er een risico bestaat dat de ouders via hun kinderen verblijfsrecht kunnen krijgen.

Ook wordt duidelijk dat de snelheid waarin de overheid handelt om een vreemdeling uit te zetten relevant is voor het aannemen van privéleven op grond van artikel 8 EVRM. Het ontbreken van concrete uitzettingshandelingen speelt een rol bij de belangenafweging. Wanneer een staat niet tijdig over gaat tot uitzetting en aanwezigheid jarenlang tolereert, stelt de staat de desbetreffende persoon in de gelegenheid om familiebanden en privéleven

⁸⁷ EHRM 14 juni 2011, 38058/09 (*Osman v. Denmark*), *JV* 2011/331 m.nt. S.K. van Walsum.

⁸⁸ Zie o.a. EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*) *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum.

op te bouwen.⁸⁹ Dit zou een mogelijkheid kunnen bieden voor minderjarige vreemdelingen om na langdurig onrechtmatig verblijf aanspraak te maken op een verblijfsvergunning op grond van het recht op respect voor privéleven.

Bovendien volgt uit dit hoofdstuk dat het Hof onderscheid maakt tussen vrijwillige migratie en gedwongen migratie. Het Hof acht een keuze-element verbonden bij vrijwillige migratie. Echter hebben kinderen het vaak niet voor het zeggen bij migratie. Migratiebeslissingen worden door de ouders genomen en kinderen moeten zich hier noodzakelijkerwijs aan conformeren.

Geconcludeerd kan worden dat uit rechtspraak van het EHRM niet duidelijk volgt wat de rechtspositie van de minderjarige vreemdeling is. De uitspraken die zijn behandeld laten zien dat het Hof niet altijd dezelfde lijn hanteert.⁹⁰ Uit jurisprudentie van het EHRM komt naar voren dat het Hof het IVRK wel betreft bij de toepassing van bepalingen uit het EVRM. Uit de aangehaalde migratiezaken kan echter niet een eenduidige lijn worden geschetst over de invulling die het Hof geeft aan het begrip ‘belang van het kind’. Wel blijkt uit de aangehaalde uitspraken dat voor minderjarigen een mogelijkheid bestaat om aanspraak te maken op het recht op privéleven als bedoeld in artikel 8 EVRM. Het zou echter nog mooier zijn als het EHRM – nu het kinderpardon ook is afgeschaft – snel met een arrest komt met duidelijke beoordelingscriteria, waar de minderjarige vreemdeling een beroep op kan doen.

⁸⁹ EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), JV 2006/90 m.nt. A. Woltjer; EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*); EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*); EHRM 20 september 2011, 8000/08 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*).

⁹⁰ C. Smyth, ‘The Best Interest of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court’s Use of the Principle?’, (2015) 17 *European Journal of Migration and Law*; M.A.K. Klaassen, ‘Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases’, *NQHR*, april 2019, Volume:37, issue: 2, p. 157-177.

3. De rechten van het kind vanuit artikel 6 IVRK

3.1 Inleiding

Het IVRK kan gezien worden als een wapen dat gebruikt kan worden in de strijd tot erkenning van de kinderrechten.⁹¹ Het meest fundamentele vereiste voor de implementatie van het IVRK is dat het kind volledig wordt erkend en wordt gerespecteerd als een mens met rechten. Het IVRK bevat een breed scala aan rechten en wordt gezien als het meest uitgebreide mensenrechtenverdrag. Staten die partij zijn van het Verdrag hebben over het algemeen geen problemen met het erkennen en waarborgen van bepaalde rechten van het kind, zoals bescherming tegen uitbuiting, verwaarlozing of misbruik. Het kind is echter meer dan een object van zorg en bescherming.⁹² Het kind moet ook kunnen participeren wanneer een ingrijpende beslissing over hem wordt genomen, zoals wanneer hem het recht op verblijf wordt geweigerd.⁹³ Bovendien wordt de rechtstreekse werking van het IVRK niet altijd erkend in de nationale rechtsorde. Met uitzondering van de Verenigde Staten en Somalië, hebben tot op heden alle staten het IVRK geratificeerd. Door ratificatie van het IVRK getuigen staten zich aan te passen aan internationale normen die bescherming bieden aan de rechten van minderjarigen. Hierdoor wordt voor de minderjarige de mogelijkheid geboden om aan het IVRK op nationaal niveau bepaalde rechten en vrijheden te ontleen. Een lidstaat die het IVRK ratificeert bindt zichzelf aan het Verdrag.⁹⁴ Een lidstaat verplicht zich hiermee niet enkel deze rechten binnen het eigen grondgebied te waarborgen, maar draagt hierdoor ook de internationale verantwoordelijkheid tot naleving van deze rechten.⁹⁵ De verhouding tussen het nationale recht en het IVRK is van belang wanneer zich een conflict voordoet, waarin bepaald moet worden welke recht prevaleert.⁹⁶ Er is geen sprake van consensus over de toepassing van

⁹¹ M. Freeman, 'Why it remains important to take children's rights seriously', *International Journal Children's Rights* 2007, p. 8.

⁹² J. Doek, 'What does the children's convention require', 20 *Emory Int'l. Rev.* 2006, p. 199-208.

⁹³ Artikel 12 IVRK.

⁹⁴ E.M. Mijnaerends, 'De betekenis van het Internationale Kinderrechtenverdrag voor Nederland', *AA*, nr. 2, p. 82-84.

⁹⁵ P. van Dijk, 'Het internationaal recht inzake de rechten van de mens', in: *Rechten van de mens in mondiaal en Europees perspectief*, derde herziende druk, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1986, p. 29.

⁹⁶ E.M. Mijnaerends, 'De betekenis van het Internationale Kinderrechtenverdrag voor Nederland', *AA*, nr. 2, p. 85.

verschillende bepalingen uit het IVRK. Verschillende rechtsgebieden gaan verschillend om met dit kinderrechtenverdrag.⁹⁷

In dit hoofdstuk staan de rechten van het kind vanuit het kinderrechtelijk perspectief centraal. Allereerst zal kort worden ingegaan op het toezicht en de naleving van het IVRK. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan het belang van het kind uit artikel 3 IVRK, het recht op ontwikkeling van het kind uit artikel 6 lid 2 IVRK en het non-discriminatiebeginsel uit artikel 2 IVRK. Aan de hand van bovenstaande artikelen zal worden behandeld welke rechtsbescherming minderjarige vreemdelingen met langdurig onrechtmatig verblijf op basis van het recht op ontwikkeling uit artikel 6 IVRK hebben. Hierbij zal worden gekeken of bovengenoemde artikelen rechtstreekse werking genieten in het Nederlandse vreemdelingenrecht. De toepassing van deze artikelen in het Nederlandse vreemdelingenrecht zal in hoofdstuk 4 nader behandeld worden.

3.2 De toepassing van het IVRK

3.2.1 Toezicht en de naleving van het IVRK

Alle landen die het IVRK hebben geratificeerd leggen iedere vijf jaar verantwoording af aan het VN Comité voor de Rechten van het Kind (hierna: het Comité) over de naleving van het Verdrag in eigen land.⁹⁸ Het Comité houdt door deze rapportages te lezen toezicht op de naleving van het IVRK. Aan de hand van deze rapportages kan het Comité aanbevelingen doen, deze zijn echter niet bindend voor een staat.⁹⁹ Bovendien brengt het Comité General Comments uit waarin Staten worden geholpen bij de interpretatie van het IVRK. Ondanks dat deze General Comments niet bindend zijn, worden ze wel als gezaghebbend beschouwd.

⁹⁷ T. Liefwaard en J.E. Doek, 'Kinderrechten in de rechtspraak: een internationaal perspectief', *FJR* 2015/20, p. 83.

⁹⁸ Het Comité vindt zijn basis in artikel 43 IVRK en bestaat uit deskundigen die over voldoende kennis over het Verdrag beschikken.

⁹⁹ T. Liefwaard, 'De waarde van de rapportageverplichting van Nederland aan het VN-kinderrechtencomité', *NTM/NJCM-Bull*, 2013/37.

3.2.2 Rechtstreekse werking

Voor de toepassing van het IVRK is het van groot belang welke artikelen uit het Verdrag rechtstreekse werking hebben. De doorwerking van internationale verdragsbepalingen is geregeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Hierin staat dat bepalingen rechtstreekse werking hebben wanneer zij naar hun inhoud en strekking eenieder verbindend zijn. De vraag of de bepalingen uit het IVRK rechtstreekse werking hebben wordt overgelaten aan de rechter.¹⁰⁰ In de volgende paragrafen zullen de drie kernbepalingen die voor deze onderzoeksvraag van toepassing zijn worden behandeld. Per artikel zal gekeken worden of de Nederlandse rechter de rechtstreekse werking van het artikel erkent en of er verschil zit in verschillende rechtsgebieden met de erkenning van het artikel.

3.3 Het belang van het kind

Het belang van het kind heeft in internationale mensenrechtenverdragen een belangrijke positie gekregen.¹⁰¹ Het Kinderrechtencomité heeft het belang van het kind omgedoopt tot één van de vier algemene beginselen van het IVRK. Voor de toekenning van de rechtstreekse werking van dit beginsel dient de verdragsnorm zodanig te zijn geformuleerd dat aanpassing via wetgeving achterwege kan blijven. Tevens moet het nationale recht de mogelijkheid bieden dat dit beginsel direct in de nationale rechtsorde kan doorwerken.¹⁰² Om dit in Nederland te verwezenlijken moet een verdragsbepaling naar haar aard, inhoud en formulering ‘eenieder verbindend’ zijn.¹⁰³ Ondanks dat dit beginsel internationaal breed wordt omarmd, is het een omstreden beginsel. Het beginsel van ‘het belang van het kind’ wordt vaak gecategoriseerd als vaag en juridisch moeilijk te hanteren. Bovendien wordt de directe toepasbaarheid van dit beginsel in de nationale rechtsorde in Nederland vaak ter discussie gesteld.¹⁰⁴ Het belang van het kind kan enkel

¹⁰⁰ G.C.A.M. Ruitenbergh, ‘De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse Rechtspraak’, Vrije Universiteit Amsterdam, 2003, p. 48.

¹⁰¹ T. Liefwaard, ‘Het belang van het kind en de hooggespannen verwachtingen van het IVRK: pleidooi voor een kinderrechtenbenadering’, Den Haag: Boomcriminologie 2016, p. 29; Artikel 3 IVRK.

¹⁰² E.M. Mijnaerends, ‘De betekenis van het Internationale Kinderrechtenverdrag voor Nederland, AA, nr. 2, p. 85;

¹⁰³ M.E. Kalverboer en D. Beltman, ‘General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures’, *FJR* 2014/46.

¹⁰⁴ T. Liefwaard, ‘Het belang van het kind als kinderrecht’, *FJR* 2013/76; In Zuid-Afrika en Frankrijk wordt het belang van het kind door de nationale rechter als een zelfstandig recht erkend, waar een kind zich rechtstreeks op kan beroepen.

effectief worden toegepast als het in samenhang met het IVRK als geheel geconcretiseerd wordt. In het Nederlandse vreemdelingenrecht ontbreekt het met name hieraan.¹⁰⁵ De Nederlandse wetgever voldoet op het terrein van het vreemdelingenrecht niet altijd aan de inspanningsverplichtingen om het IVRK in zijn wet- en regelgeving te verwezenlijken.¹⁰⁶ Er is namelijk geen wet- en regelgeving waarin het belang van het kind wordt uitgelegd en waarin er voor de staatssecretaris een verplichting is opgenomen om bij elk besluit waar kinderen bij betrokken zijn, de belangen van het kind volledig in kaart te brengen en deze belangen mee te wegen in de beoordeling van de aanvraag op een verblijfsvergunning.¹⁰⁷

3.3.1 De rechtstreekse werking van artikel 3 IVRK in het Nederlandse vreemdelingenrecht

Het VN-Kinderrechtencomité heeft op 29 mei 2013 General Comment nr. 14 aangenomen, bedoeld als richtsnoer voor de implementatie en interpretatie van het IVRK.¹⁰⁸ De bedoeling is dat het belang van het kind een eerste overweging dient te zijn waaraan rechtstreekse werking zou moeten toekomen en dat ingeroepen zou moeten kunnen worden ten overstaan van de rechter.¹⁰⁹ Ondanks dat de bepaling bindend is, is de interpretatie van het VN-Kinderrechtencomité daarvan niet bindend.¹¹⁰

In het Nederlandse vreemdelingenrecht werd tot voor kort de rechtstreekse werking van artikel 3 IVRK niet erkend, omdat dit artikel geen norm bevat die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving kan worden toegepast.¹¹¹

¹⁰⁵ T. Liefwaard, 'Het belang van het kind als kinderrecht', *FJR* 2013/76; M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014/46.

¹⁰⁶ M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014/46.

¹⁰⁷ M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014/46.

¹⁰⁸ General Comment no. 14, 'The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration', CRC/C/GC/14, 29 May 2013; T. Liefwaard, 'Het belang van het kind als kinderrecht', *FJR* 2013/76.

¹⁰⁹ T. Liefwaard, 'Het belang van het kind als kinderrecht', *FJR* 2013/76.

¹¹⁰ M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014/46.

¹¹¹ ABRvS 27 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1108 in r.o. 2.2 oordeelt de Afdeling dat artikel 3 lid 1 IVRK geen rechtstreekse werking toekomt; ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964 in r.o. 4.2 oordeelt de Afdeling dat de staatssecretaris te weinig gewicht heeft toegekend aan het belang van het kind.

De Afdeling heeft op het gebied van het belang van het kind in haar uitspraak van 5 april 2017 geoordeeld dat de staatssecretaris het belang van het kind onvoldoende heeft meegewogen in zijn afweging.¹¹² Deze zaak betreft een aanvraag voor een mvv voor een Iraakse vrouw die zich bij haar man en kinderen wil voegen die allemaal de Nederlandse nationaliteit bezitten. Mevrouw heeft altijd met haar kinderen in Syrië gewoond, maar heeft het land moeten ontvluchten na het uitbreken van de burgeroorlog. Het gezin heeft tevergeefs geprobeerd zich te herenigen, waarna meneer en de kinderen naar Nederland zijn gevlucht. De procedure voor de Afdeling richt zich tegen het weigeren van het mvv. De Afdeling verwijst in deze zaak naar twee uitspraken van het EHRM *Jeunesse t. Nederland* en *El Ghatet t. Zwitserland*. Het EHRM heeft in beide uitspraken overwogen dat bij alle beslissingen die worden gemaakt het belang van het kind de primaire overweging moet zijn. Hoewel het belang van het kind niet als doorslaggevende factor geldt, moet wel voldoende gewicht aan het belang van het kind toekomen.¹¹³ In een uitspraak van 24 mei 2017 verwijst de Afdeling opnieuw naar *Jeunesse t. Nederland* en *El Ghatet t. Zwitserland*.¹¹⁴ Ook in deze zaak oordeelt de Afdeling dat aan de belangen van het kind voldoende gewicht toekomt, maar dat het niet als doorslaggevende factor dient. In deze uitspraak oordeelt de Afdeling dat de staatssecretaris de belangen van de kinderen kenbaar heeft meegewogen in de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM. De Afdeling oordeelt in deze zaak dat de staatssecretaris terecht heeft beslist dat het belang van de vreemdeling niet zwaarder weegt dan het belang van de Nederlandse staat, omdat de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde.¹¹⁵ Volgens Klaassen en Herwijer lijkt de Afdeling op basis van deze twee uitspraken uitdrukkelijk stil te staan bij het belang van het kind en het gewicht dat daaraan moet worden toegekend.¹¹⁶ Nu het Kinderpardon is afgeschaft en de Nederlandse regering niet zit te wachten op een nieuwe Kinderpardon is het belangrijk dat het belang van het kind een

¹¹² ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964, r.o. 4.2; M.A.K. Klaassen en G. Lodder, 'Kroniek gezinshereniging 2016-2017', *A&MR* 2017, nr. 10, p. 482.

¹¹³ ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964, r.o. 4.2; M.A.K. Klaassen en G. Lodder, 'Kroniek gezinshereniging 2016-2017', *A&MR* 2017, nr. 10, p. 482-483.

¹¹⁴ ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:1414.

¹¹⁵ ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:1414, r.o. 3.

¹¹⁶ M.A.K. Klaassen en G. Lodder, 'Kroniek gezinshereniging 2016-2017', *A&MR* 2017, nr. 10, p. 482-483; M. Herwijer, 'In de kinderschoenen: Naar een volwassen benadering van het belang van het vreemdelingenrecht', *A&MR* 2017-8, p. 345.

onderdeel wordt van de Vreemdelingenwet.¹¹⁷ Hierop zal in hoofdstuk 4 nader worden ingegaan.

3.3.2 Het belang van de kinderen gelijk aan het belang van de ouders?

Uit artikel 3 IVRK volgt dat ook voor gevluchte kinderen die asiel aanvragen geldt dat hun belangen ‘een primaire overweging moet zijn’ in het besluitvormingsproces.¹¹⁸ De gedachte dat het belang van het kind gelijk is aan dat van de ouders of wettelijke vertegenwoordigers is onhoudbaar.¹¹⁹ Naarmate het verblijf van een gevlucht gezin langer duurt, lopen de belangen van de ouders en de kinderen uiteen. Voor gezinnen die kort in een land verblijven geldt vaak dat de belangen van de ouders en de kinderen in de hoofdlijnen overeenkomen. Hier komt verandering in naarmate de kinderen zich beginnen te wortelen in een samenleving en eigen sociaal bestaan ontwikkelen. De ouders hebben vaak moeite met het wortelen in de nieuwe samenleving. Vaak komt dit omdat zij niet naar school mogen en ook niet mogen werken. Hierdoor worden zij beperkt in hun participatie in de Nederlandse samenleving.¹²⁰ Ondanks dat naarmate een gezin langer in Nederland woont de belangen uiteenlopen, is de rechtspositie van deze groep kinderen vaak afhankelijk van de rechtspositie van de ouders.¹²¹ De belangen van deze groep kinderen wordt gelijkgesteld aan die van hun ouders. Hiermee wordt duidelijk dat de belangen van deze groep kinderen niet duidelijk worden erkend in het Nederlandse vreemdelingenrecht.

3.4 Het recht op ontwikkeling

Het recht op ontwikkeling is geregeld in artikel 6 lid 2 IVRK. Uit dit artikel volgt dat voor staten een positieve verplichting bestaat om het recht op ontwikkeling van een kind in de ruimst mogelijke mate te waarborgen. Hierin wordt geen onderscheid gemaakt in de verblijfstatus van een kind.¹²² Minderjarige vreemdelingen kunnen op het moment dat

¹¹⁷ M.E. Kalverboer en D. Beltman, ‘General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures’, *FJR* 2014/46.

¹¹⁸ Van Os e.a., Het belang van het kind in kaart gebracht, *De Psycholoog*, februari 2019.

¹¹⁹ M. Chebti, ‘Ambtshalve rechterlijke beoordeling van de rechten van het kind voorvloeiend uit artikel 8 EVRM’, *FJR* 2015/29.

¹²⁰ M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, ‘De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet, Groningen, april 2006, p. 17.

¹²¹ Wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet in verband met het verankeren van het belang van het kind, *Kamerstukken II* 2016/17, 34541, 3, p. 2-4 (MvT).

¹²² Artikel 6 lid 2 IVRK.

zij worden uitgezet ernstige schade oplopen. Wanneer deze groep vreemdelingen na een periode alsnog worden uitgezet naar het land van herkomst kan dit leiden tot een inbreuk op hun ontwikkeling.¹²³

In het vreemdelingenrecht wordt de doorwerking van artikel 6 IVRK niet erkend. Volgens de Afdeling heeft artikel 6 IVRK geen rechtstreekse werking.¹²⁴ Hierbij maakt de Afdeling geen onderscheid tussen het eerste en het tweede lid van het artikel omdat – gelet op de formulering – beide leden geen normen bevatten die zonder nadere uitleg kunnen worden toegepast in de nationale wet- en regelgeving.¹²⁵ In lagere rechtspraak laat de rechter de rechtstreekse werking van artikel 6 IVRK in het midden, omdat de rechter van oordeel is dat een beroep op dit artikel geen kans van slagen heeft.¹²⁶

3.4.1 Ontwikkelingsschade bij gedwongen terugkeer

Het is voor alle kinderen van groot belang dat zij zich onverstoord kunnen ontwikkelen.¹²⁷ Bij kinderen die hun land zijn ontvlucht is die ontwikkeling meestal verstoord door de vlucht of zelfs voor de vlucht, omdat deze kinderen vaak eerst voor een aanzienlijk lange tijd in een oorlogsgebied hebben gewoond.¹²⁸ Bij aankomst in Nederland staat de ontwikkeling van deze groep kinderen nogmaals onder druk. Uit een rapport van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (Hierna: ACVZ) volgt dat deze groep kinderen in hun ontwikkeling worden geschaad door een langdurig bestaansonzekerheid

¹²³ M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, 'De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet, Groningen, april 2006, p. 3.

¹²⁴ ABRvS 2 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3796, nr. 20101016/1/V1 (hoger beroep van: Rb. 's-Gravenhage (zittingsplaats Arnhem) 19 oktober 2010, AWB 09/39956); J.H. de Graaf, e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2013, p. 115-117.

¹²⁵ J.H. de Graaf e.a., 'De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak, Deel II, Amsterdam: Centre for Children 's Rights Amsterdam (CCRA), 2015, p. 99.

¹²⁶ J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2013, p. 115-116.

¹²⁷ C. Gütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het kinderpardon', *A&MR* 2013-07, p. 316.

¹²⁸ C. Gütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het kinderpardon', *A&MR* 2013-07, p.316-317.

en het ontbreken van stabiliteit en continuïteit in de ontwikkeling.¹²⁹ Vaak verkeren deze kinderen in een situatie waarin zij bijna geen invloed hebben op hun eigen toekomstperspectief. Ondanks dat deze kinderen kampen met een voortdurende bestaansonzekerheid, raakt deze groep kinderen, vaak sneller dan hun ouders, gehecht in Nederland. Deze kinderen gaan vaak naar school en maken sneller en makkelijk contact met hun sociale omgeving.¹³⁰ Kalverboer en Zijlstra hebben in 2006 een onderzoek gedaan naar de ontwikkelingsschade die kinderen oplopen als zij gedwongen worden uitgezet. Hieruit volgde dat het niet uitmaakt wat het herkomstland van het kind is, maar dat er bij alle gedwongen terugkeren sprake is van een ontwikkelingsschade. Bij een afweging in welk land het kind de beste ontwikkelingskansen zou hebben, volgde dat wonen in Nederland het meest in het belang van het kind was. Dit hoeft niet te betekenen dat het land van herkomst een oorlogsgebied of een slecht ontwikkeld land is. Doordat deze groep kinderen al jarenlang in Nederland woont is het per definitie schadelijk voor de ontwikkeling van deze kinderen om ze uit hun vertrouwde omgeving te halen en terug te sturen naar het land van herkomst. Maar het speelt vaak wel mee dat het land van herkomst minder mogelijkheden te bieden heeft dan Nederland. Slechte scholing of leefomstandigheden of de onzekerheid in wat voor situatie het gezin terecht zal komen, zorgen ervoor dat de ontwikkelingsschade versterkt zullen worden. Uit het onderzoek van Kalverboer en Zijlstra volgt dat stabiliteit en continuïteit en het hebben van een toekomstperspectief van levensbelang is voor een gezonde ontwikkeling van een minderjarige vreemdeling. Minderjarige vreemdelingen moeten om zich goed te kunnen ontwikkelen in een leefomgeving opgroeien waarin zij stabiliteit, continuïteit en liefde ervaren. Vaak dragen ouders de eerste verantwoordelijkheid om deze factoren te waarborgen. Door het onzekere bestaan als vreemdeling kunnen de ouders deze verantwoordelijkheid vaak niet volledig op zich nemen en wanneer er een dreiging is om uitgezet te worden kunnen veel ouders deze verantwoordelijkheid niet aan. Uit dit onderzoek volgt ook dat er geen grens kan worden gesteld voor het aantal jaren dat een kind in een land woont, voordat er sprake is van ontwikkelingsschade bij gedwongen terugkeer. Bij het kinderpardon werd een termijn van vijf jaar gehanteerd. Deze grens

¹²⁹ Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, 'Om het maatschappelijk belang. Advies over het betrekken van het lokale bestuur en de lokale gemeenschap bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid', Den Haag: ACVZ, december 2011, p. 31.

¹³⁰ M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf Nederland gedwongen worden uitgezet*, Rijksuniversiteit Groningen, april 2006, p. 11.

was echter niet absoluut. Deze termijn verschilt per kind en hangt samen met de leeftijd, kwetsbaarheid en veerkracht van het kind.¹³¹ Vooral voor kwetsbare kinderen kan het zo zijn dat zij binnen een half jaar al geworteld zijn in een samenleving en er al sprake kan zijn van ontwikkelingsschade bij gedwongen terugkeer. Wel staat vast dat bij een gedwongen terugkeer van kinderen die langer dan vijf jaar in Nederland wonen er zonder twijfel sprake zal zijn van ontwikkelingsschade.¹³² De termijn van vijf jaar was ook uitzonderlijk lang als we dit termijn vergelijken met andere termijnen binnen het Nederlands systeem. In kinderbeschermingszaken waar kinderen uit huis worden gezet, wordt een aanzienlijk kortere termijn gehanteerd als ‘aanvaardbaar’. Pleegouders krijgen na één jaar al bepaalde rechten om de stabiliteit en continuïteit van het kind te kunnen waarborgen.¹³³ Ook bij kindontvoering wordt een termijn van één jaar gehanteerd. Wanneer een gezaghebbende ouder het kind meeneemt naar het buitenland, zonder de toestemming van de andere gezaghebbende ouder, wordt teruggeleiding na één jaar niet meer aanvaardbaar geacht omdat het kind al is gehecht in het gastland.¹³⁴

Wetenschappelijk onderzoek dat zich richt op de schade die kinderen oplopen bij gedwongen terugkeer laat een verontrustend beeld zien.¹³⁵ Uit een onderzoek naar gedwongen teruggekeerde kinderen naar de Balkan werd zichtbaar dat deze kinderen ontwikkelingsschade vertoonden. Zij ondervinden vooral gezondheidsproblemen die leken te zijn gerelateerd aan voortdurende sociale isolatie, gevoelens van verlies en economische problemen.¹³⁶ Bovendien vergt een gedwongen terugkeer veel aanpassingsvermogen van deze kinderen. Deze aanpassing is ongewild en vaak een achteruitgang in kwaliteit van de leefomgeving en beschikbare levensbehoeften. Deze

¹³¹ E. Scherder, C. van Os en E. Zijlstra, ‘Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen. Een multidisciplinaire wetenschappelijke onderbouwing’, Groningen/Amsterdam, 2018, p. 8.

¹³² M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf Nederland gedwongen worden uitgezet*, Rijksuniversiteit Groningen, april 2006, p. 16-20.

¹³³ J. Huijter en I. Weijers, ‘De aanvaardbare termijn in jeugdbeschermingszaken’, *FJR* 2016/40.

¹³⁴ M. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingenbroek, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, Amsterdam: Reed Business, 2016.

¹³⁵ E. Scherder, C. van Os en E. Zijlstra, ‘Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen. Een multidisciplinaire wetenschappelijke onderbouwing’, Groningen/Amsterdam, 2018, p. 9.

¹³⁶ H. Kienzler, T. Wenzel en M. Shaini, ‘Vulnerability and psychosocial health experienced by repatriated children in Kosovo. *Transcultural Psychiatry*. Doi: 10.1177/1363461518802992; E. Scherder, C. van Os en E. Zijlstra, ‘Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen. Een multidisciplinaire wetenschappelijke onderbouwing’, Groningen/Amsterdam, 2018, p. 9.

kinderen gaan vaak van een relatief ‘verrijkte’ omgeving in Nederland,¹³⁷ naar een ‘verarmde’ omgeving waarin zij een onzeker toekomstperspectief hebben. Vooral deze extreme overgang zorgt voor ontwikkelingsschade bij kinderen.¹³⁸ De schade die deze groep kinderen oploopt bij gedwongen terugkeer levert een ernstige inbreuk op artikel 6 lid 2 IVRK.

3.5 Het non-discriminatiebeginsel

3.5.1 Inleiding

Het non-discriminatiebeginsel is vastgelegd in artikel 2 IVRK. Het eerste lid van artikel 2 IVRK komt sterk overeen met de inhoud van artikel 14 EVRM. Dit lid bevat een verbod op discriminatie bij de toepassing van de rechten uit het IVRK. Het tweede lid is concreter en heeft een verdergaande strekking dan het in het eerste lid van artikel 2 IVRK en het in artikel 14 EVRM opgenomen discriminatieverbod.¹³⁹ Het toepassingsgebied van artikel 2 IVRK strekt zich uit tot ‘ieder kind’ binnen het rechtsgebied van een verdragsstaat. Dit omvat ieder kind, ongeacht of het kind een legale verblijfstitel heeft voor de staat waarin het kind aanwezig is. Dit is een belangrijk kenmerk voor het aanpakken van discriminatie, omdat geen enkel kind, ongeacht zijn of haar verblijfstatus, wordt uitgesloten.¹⁴⁰ Het open verbod op elke vorm van discriminatie van artikel 2 IVRK biedt voldoende mogelijkheden om geografische, historische of andere structurele nadelen of kwetsbaarheden van bepaalde groepen kinderen in een bepaalde context of locatie te helpen.¹⁴¹ Het in artikel 2 opgenomen non-discriminatiebeginsel is een accessoir recht en kan enkel worden toegepast in combinatie met een ander artikel uit het IVRK.¹⁴² De overheid heeft een inspanningsverplichting om de rechten uit het IVRK voor alle kinderen

¹³⁷ Nederland kan worden verstaan als een ‘verrijkte’ omgeving waar voor iedereen toegang is tot basisonderwijs en zorg. Hier wordt onder ‘verarmde’ omgeving verstaan dat geen of onvoldoende toegang is tot bijvoorbeeld onderwijs of zorg.

¹³⁸ E. Scherder, C. van Os en E. Zijlstra, ‘Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen. Een multidisciplinaire wetenschappelijke onderbouwing’, Groningen/Amsterdam, 2018, p. 9.

¹³⁹ J. Werner, ‘Gedrag van ouders te vaak toegerekend aan het kind. De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind’, *A&MR* 2015 afl. 1, p. 17-18; C. Ullersma en J. Werner, ‘De regeling langdurig verblijvende kinderen: tussen pardon en kinderrecht’, *A&MR* 2013, afl. 9. P. 469.

¹⁴⁰ K. Arts, ‘Twenty-Five Years of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Achievements and Challenges’, *Netherlands International Law Review* 2014-3, p. 273.

¹⁴¹ K. Arts, ‘Twenty-Five Years of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Achievements and Challenges’, *Netherlands International Law Review* 2014-3, p. 278.

¹⁴² C. van Os, ‘De relevantie van het Kinderrechtenverdrag voor minderjarige vreemdelingen’, *Justitiële verkenningen*, jrg. 38, nr. 6, 2012, p. 71.

gelijkelijk te laten gelden, dus bijvoorbeeld een gelijk recht op ontwikkeling voor alle kinderen.

3.5.2 Doorwerking van artikel 2 IVRK in het Nederlandse vreemdelingenrecht

De Afdeling oordeelt wisselend over de rechtstreekse werking van artikel 2 IVRK in het vreemdelingenrecht. In 2005 oordeelde de Afdeling dat artikel 2, gelet op de formulering, geen normen bevat die zonder nadere uitwerking in nationale wet -en regelgeving direct toepasbaar is.¹⁴³ Twee jaar later lijkt de Afdeling een andere invulling te geven aan het eerste lid van artikel 2 IVRK, maar aan lid 2 wordt nog steeds geen rechtstreekse werking toegekend.¹⁴⁴ Het tweede lid van artikel 2 IVRK biedt bescherming tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de omstandigheden of de activiteiten van, de meningen geuit door of de overtuigingen van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.¹⁴⁵ Dit lid verbiedt een specifieke vorm van discriminatie, namelijk discriminatie die gebaseerd is op het handelen van personen waarvan het kind afhankelijk is.¹⁴⁶ In 2013 oordeelde de Afdeling nogmaals dat aan artikel 2 geen rechtstreekse werking wordt toegekend, zonder te verwijzen naar een bepaald lid.¹⁴⁷ Met betrekking tot de rechtstreekse werking die aan artikel 2 IVRK kan worden toegekend. Juist omdat artikel 2 IVRK overeenkomt met andere discriminatieverboden, zoals artikel 14 EVRM, waaraan de Afdeling wel rechtstreekse werking toekent.¹⁴⁸ Bovendien is het tweede lid van artikel 2 concreter geformuleerd dan artikel 14 EVRM, maar de Afdeling kiest er vooralsnog voor om geen rechtstreekse werking aan het tweede lid van artikel 2 IVRK toe te schrijven.¹⁴⁹ Het is merkwaardig dat de Afdeling geen rechtstreekse werking

¹⁴³ ABRvS 13 september 2005, 200507132/1, *JV* 2005/409, m.nt. Spijkerboer, r.o. 2.3; J.H. de Graaf, e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2013, p. 99-103.

¹⁴⁴ ABRvS 13 juni 2007, ECLI:RVS:2007:NA7088, r.o. 2.3.1; J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2013, p. 99-103.

¹⁴⁵ J.H. de Graaf e.a., 'De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak, Deel II, Amsterdam: Centre for Children 's Rights Amsterdam (CCRA), 2015, p. 91; Artikel 2 lid 2 IVRK.

¹⁴⁶ J. Werner, 'Gedrag van ouders te vaak toegerekend aan het kind. De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind', *A&MR* 2015 afl. 1, p. 18.

¹⁴⁷ ABRvS 11 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8723, r.o. 7.2.

¹⁴⁸ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI: NL:RVS:2014: 3890, *AB* 2015/41, m.nt. P.R. Rodrigues.

¹⁴⁹ J. Werner, 'Gedrag van ouders te vaak toegerekend aan het kind. De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind', *A&MR* 2015 afl. 1, p. 19.

van artikel 2 lid 2 IVRK erkent, terwijl het tweede lid van dit artikel juist concreter is dan artikel 14 EVRM. Juist door de concrete formulering van lid 2 zou dit artikel goed bruikbaar zijn bij de rechtelijke toetsing aan discriminatieverboden in individuele gevallen. In het volgende hoofdstuk zullen een aantal Kinderpardon uitspraken worden behandeld. Hieruit wordt duidelijk dat de Afdeling weinig tot geen betekenis toekent aan artikel 2 lid 2 IVRK.

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de rechtsbescherming van langdurig onrechtmatig verblijvende kinderen op basis van het recht op ontwikkeling uit artikel 6 lid 2 IVRK centraal. Geconcludeerd wordt dat kinderrechten er voor alle kinderen zijn, ongeacht of zij een verblijfsvergunning hebben of niet. Kinderen zijn vaak afhankelijk van ouders of vertegenwoordigers, dit maakt ze kwetsbaar. Vreemdelingenkinderen zijn vaak extra kwetsbaar, omdat bepaalde kinderrechten onvoldoende worden gewaarborgd in het vreemdelingenrecht, zoals het belang van het kind en het recht op ontwikkeling. Het IVRK probeert het kind zoveel mogelijk eigen rechten te geven en de rechten van het kind te beschermen. Deze rechten zijn opgenomen in het Verdrag en het Comité probeert door middel van rapportages te lezen de bescherming van deze rechten te waarborgen. Bovendien probeert het Comité door het uitbrengen van General Comments de interpretatie van het IVRK zo duidelijk mogelijk te maken voor de staten die het Verdrag hebben ondertekend. General Comment nr. 14 gaat in zijn geheel over de uitleg van artikel 3 IVRK.¹⁵⁰ Hierin heeft het Comité opgenomen hoe het belang van het kind in nationale wetgeving zou moeten worden toegepast. In veel rechtsgebieden wordt het belang van het kind voldoende beschermd en wordt de rechtstreekse werking ervan door veel rechters erkend. Het gaat in vreemdelingenzaken echter vaak om situaties waarin een balans moet worden gevonden tussen de bescherming van de rechten van het kind en het restrictief vreemdelingenbeleid. Het gedrag van ouders wordt het kind vaak kwalijk genomen en aangerekend, ondanks dat in artikel 2 IVRK is vastgesteld dat het kind niet mag worden gediscrimineerd op grond van het gedrag van ouders. Bovendien wordt duidelijk dat te weinig betekenis wordt toegekend aan gevolgen van gedwongen uitzetting van een langdurig in Nederland verblijvend minderjarige vreemdeling. Diverse

¹⁵⁰ M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014/46.

onderzoeken hebben uitgewezen dat een gedwongen uitzetting na een langdurig verblijf verschillende schaderisico's opleveren voor het kind.

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat ondanks dat in het IVRK rechten van het kind zijn opgenomen, die rechten niet voldoende zijn gewaarborgd. Uit de praktijk blijkt namelijk dat deze rechten niet altijd en overal rechtstreekse werking hebben. Het IVRK biedt het kind zo veel mogelijk zelfstandige rechten toe, zodat het kind een eigen rechtspositie krijgt. Alleen wanneer alle rechtsgebieden de rechtstreekse werking van de rechten uit het IVRK erkennen, kan het IVRK optimaal tot uitdrukking komen. Vooral in het vreemdelingenrecht worden de rechten van het kind onvoldoende toegepast. In het volgende hoofdstuk zal duidelijk worden hoe en in welke mate de rechten van het kind in het Nederlandse vreemdelingenrecht worden toegepast.

4. Het internationaal toetsingskader in het Nederlandse vreemdelingenrecht

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken werd duidelijk dat de rechten van het kind zijn verankerd in verschillende verdragen, zoals het EHRM en IVRK, daarnaast zijn ook de General Comments en de EHRM-jurisprudentie van belang. Hieruit volgt dat een belangrijke invulling van het belang van het kind gevonden wordt in het recht van het kind om zich te ontwikkelen. Daarnaast kwam naar voren dat veel kinderrechten goed zijn gewaarborgd en verzekerd in nationale wetgeving.¹⁵¹ Ondanks dat deze kinderrechten er voor alle kinderen zijn, bestaat er echter een grote ongelijkheid tussen hoe de rechten van Nederlandse kinderen zijn gewaarborgd en hoe de rechten van minderjarige vreemdelingen zijn gewaarborgd. In het Nederlandse familierecht zijn deze rechten vanzelfsprekend en wordt het belang van het kind veel meer vooropgesteld.¹⁵² De vraag kan dus worden gesteld of, terwijl het de verantwoordelijkheid van de overheid is om deze kinderrechten voor alle kinderen mogelijk te maken, dit wel opgaat voor ieder kind in Nederland? Om een goed beeld te krijgen van de manier waarop nationale rechters het recht op respect op privéleven op grond van artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling op grond van artikel 6 lid 2 IVRK toepassen, moet allereerst aandacht worden besteed aan de beleidsontwikkeling van het Kinderpardon. Hierbij zal worden gekeken hoe de Definitieve Regeling en de Afsluitingsregeling waren ingericht. Vervolgens zal thematisch worden besproken hoe de nationale rechters het recht op respect op privéleven op grond van artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling op grond van artikel 6 lid 2 IVRK hebben toegepast in het Nederlandse vreemdelingenrecht.

¹⁵¹ T. Liefwaard en J.E. Doek, 'Kinderrechten in de rechtspraak: een internationaal perspectief', *FJR* 2015/20.

¹⁵² M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal jeugdrecht, Leiden: Defence for Children* 201, p. 646.

4.2 Het toetsingskader voor langdurig verblijvende kinderen in het nationale recht

4.2.1 De regeling langdurig verblijvende kinderen

In het Regeerakkoord van 29 oktober 2012 werd opgenomen dat langdurig in Nederland verblijvende kinderen, onder bepaalde voorwaarden in aanmerking kwamen voor een verblijfsvergunning. Hiertoe werd een Definitieve Regeling getroffen met als onderdeel hiervan een overgangsregeling. De overgangsregeling zou meer duidelijkheid moeten verlenen aan kinderen met een asielachtergrond, die langdurig in Nederland verblijven.¹⁵³

De Definitieve Regeling had als doel om kinderen die al vele jaren in Nederland verblijven, zonder zicht op een verblijfsvergunning, toch enigszins een toekomstperspectief te bieden door hen, onder bepaalde voorwaarden, een verblijfsvergunning te verlenen. De lange duur van het verblijf was vaak te wijten aan factoren waar de minderjarige vreemdeling geen invloed op had, zoals procedures die door toedoen van de staat of de ouders te lang duurden.¹⁵⁴ Met de invoering van de Definitieve Regeling wilde de regering een beleid waarmee de verantwoordelijkheid van de overheid, alsmede de verantwoordelijkheid van de ouders, objectief werd getoetst.¹⁵⁵

In beginsel werd op basis van de regeling onder een aantal voorwaarden een verblijfsvergunning verleend aan minderjarige vreemdelingen die ten minste vijf jaar voor het bereiken van de meerderjarigheid in Nederland een asielverzoek hadden ingediend. De eerste voorwaarde was dus dat de minderjarige vreemdeling ten minste vijf jaar in Nederland had verbleven en zich niet meer dan drie maanden had onttrokken aan het toezicht van de Rijksoverheid.¹⁵⁶ Een verblijfsvergunning werd geweigerd wanneer de minderjarige vreemdeling of één van zijn gezinsleden een gevaar vormde voor de openbare orde of de nationale veiligheid.¹⁵⁷ In aanvulling op de algemeen geldende voorwaarden, kende de Definitieve Regeling nog enkele specifieke voorwaarden die hieronder kort zullen worden genoemd.¹⁵⁸

¹⁵³ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597.*

¹⁵⁴ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 1.*

¹⁵⁵ C. Gütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het kinderpardon', *A&MR* 2013-07, p. 312.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 2.*

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 1-5.*

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 6.*

4.2.1.1 Voorwaarden en contra-indicaties Definitieve Regeling

De IND verleende op grond van onderstaande voorwaarden een vergunning aan de minderjarige vreemdeling, wanneer;

- die jonger is dan 19 jaar op het moment van de aanvraag;
- die ten minste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een asielaanvraag heeft ingediend bij de IND en sinds die tijd ten minste vijf jaar in Nederland heeft verbleven;
- die zich gedurende de periode van verblijf in Nederland niet langer dan drie maanden heeft onttrokken aan het zicht van de IND, DT&V, COA en/of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de opgelegde meldplicht);
- die, voor zover toepasselijk, vooraf schriftelijk heeft aangegeven dat hij zijn lopende procedures onvoorwaardelijk intrekt bij verblijfsverlening op grond van de regeling.¹⁵⁹

Onderstaande contra-indicaties golden voor de vreemdeling en de gezinsleden. Op grond van deze contra-indicaties verleende de IND geen vergunning aan de minderjarige vreemdeling wanneer;

- de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid;
- de vreemdeling onderdaan is van een lidstaat van de EU/EER;
- de vreemdeling de identiteit niet heeft kunnen aantonen door onder meer het overleggen van documenten en/of consistent en naar waarheid verklaren en antwoorden;
- de vreemdeling niet heeft meegewerkt aan zijn vertrek of de vreemdeling de Europese Unie aantoonbaar heeft verlaten;
- de vreemdeling reeds houder is van een verblijfsvergunning. Indien een gezinslid al houder is van een verblijfsvergunning, geldt deze contra-indicatie uitsluitend voor dat gezinslid.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 6-7.*

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597, p. 6.*

Uit verschillende hoeken werd kritiek geuit op de voorwaarden en contra-indicaties van de Definitieve Regeling, omdat de Definitieve Regeling geen recht deed aan de belangen van de minderjarige vreemdeling. Volgens de kinderombudsman wordt allereerst onderscheid gemaakt tussen gezinnen met een ‘reguliere’ aanvraag en gezinnen met een ‘asiel’ aanvraag. Dit onderscheid kan volgens de kinderombudsman niet worden gerechtvaardigd en is in strijd met artikel 2 IVRK. De keuze of een gezin via een asielprocedure of via een reguliere procedure een vergunning krijgt, is volgens de Kinderombudsman willekeurig en vaak afhankelijk van hun advocaat.¹⁶¹ Bovendien werd met de regeling een verblijfsvergunning aan het hele gezin geweigerd, wanneer één gezinslid een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid. Het gedrag van de ouders wordt hiermee toegerekend aan de kinderen en dit is in strijd met artikel 2 IVRK.¹⁶² Dit geldt bovendien ook voor het meewerkcriterium. Het meewerkcriterium eist dat de ouders ook tijdens procedures actief mee werken aan vertrek. Volgens mij is dit onredelijk en in strijd met artikel 2 lid 2 IVRK en artikel 14 EVRM, omdat de minderjarige vreemdeling het slachtoffer wordt van het handelen van één gezinslid. Tot slot werd achteraf duidelijk dat vrijwel ieder kind dat een aanvraag deed op grond van de Definitieve Regeling, ondanks dat zij langer dan vijf jaar in Nederland verbleven, afgewezen werd op grond van de voorwaarden of de contra-indicaties.¹⁶³ Tussen 2013 en 2018 zijn er 2240 aanvragen ingediend, waarvan 1970 aanvragen zijn afgewezen.¹⁶⁴ Eind 2018 zorgde de zaak van Lili en Howick voor een politieke discussie rondom het kinderpardon. Deze discussie resulteerde op 29 januari 2019 tot de afschaffing van de Definitieve Regeling met terugwerkende kracht. Dit betekent dat de IND lopende procedures aan de hand van de voorwaarden en contra-indicaties van de Afsluitingsregeling heeft beoordeeld.¹⁶⁵ In de volgende paragraaf zal de Afsluitingsregeling kort worden toegelicht.

¹⁶¹ Kinderombudsman, ‘Standpunt: Een alternatief Kinderpardon dat recht doet aan kinderen’, Den Haag, 2017, p. 8; C. Gütters en C. van Os, ‘Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet asielkinderen bij het kinderpardon’, *A&MR* 2013-07, p. 312-313.

¹⁶² Kinderombudsman, ‘Standpunt: Een alternatief Kinderpardon dat recht doet aan kinderen’, Den Haag, 2017, p. 9.

¹⁶³ Defence for Children 29 december 2019, *Afsluitingsregeling Kinderpardon (nog) geen oplossing voor veel gewortelde kinderen*, Dossier: Kinderpardon.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 19637, 1800, p. 2; Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Rapportage Vreemdelingenketen periode januari-december 2018*, p. 18.

¹⁶⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 8 februari 2019, nummer WBV 2019/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 8116), p. 1.

4.2.2 De Afsluitingsregeling

De Afsluitingsregeling had als doel om tot een herbeoordeling te komen van de Definitieve Regeling. De vreemdeling hoefde hiervoor geen nieuwe aanvraag in te dienen. Wel was het mogelijk om na 29 januari 2019 nieuwe aanvragen op grond van de Afsluitingsregeling in te dienen, mits dit uiterlijk binnen twee weken na inwerkingtreding van deze regeling werd gedaan.¹⁶⁶ De IND ging bij de Afsluitingsregeling over tot ambtshalve herbeoordeling van aanvragen op grond van de Definitieve Regeling als de eerdere aanvraag enkel op grond van het meewerkcriterium was afgewezen.¹⁶⁷ Deze herbeoordeling vond plaats op basis van het minder strenge beschikbaarheidscriterium. Dit betekende dat de vreemdeling zichzelf beschikbaar moest hebben gesteld voor vertrekgesprekken en moest hebben voldaan aan de meldplicht. Voor de Afsluitingsregeling gold niet meer de contra-indicatie dat een vreemdeling niet actief zou hebben meegewerkt aan zijn vertrek. Voor de vaststelling of de vreemdeling actief had meegewerkt aan zijn vertrek werd er van de vreemdeling verlangd dat hij de fysiek aanwezig was bij de afspraken met de DT&V en dat hij zich actief had opgesteld om zelf terug te kunnen keren naar het land van herkomst. Alle overige voorwaarden en contra-indicaties van de Definitieve Regeling bleven ook gelden bij de Afsluitingsregeling.¹⁶⁸ De discretionaire bevoegdheid kwam te vervallen. De regering wil dat er voor vreemdelingen zo min mogelijk prikkels zijn om het verblijf in Nederland te verlengen. Met de discretionaire bevoegdheid bleef de vreemdeling nog een klein beetje hoop houden op een verblijfsvergunning door een beroep te kunnen doen op de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris. Bovendien wil de regering voorkomen dat er een situatie bestaat waarin de vreemdeling uiteindelijk een verblijfsvergunning wordt verstrekt via deze discretionaire bevoegdheid. Terwijl eerder tot in hoogste rechterlijke instantie was besloten dat er geen aanspraak bestond op een verblijf in Nederland op basis van de gebruikelijke gronden.¹⁶⁹ Om dit te voorkomen heeft de regering ervoor gekozen

¹⁶⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 8 februari 2019, nummer WBV 2019/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 8116), p. 2.

¹⁶⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 8 februari 2019, nummer WBV 2019/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 8116), p. 1-2.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, 2, p. 1; Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2013, 2573), p. 4.

¹⁶⁹ Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (*Stb.* 2019, 143), p. 3-4.

om de discretionaire bevoegdheid uit artikel 3.4 lid 3 Vreemdelingenbesluit 2000 te laten vervallen. Dit vervallen artikel wordt vervangen door de in artikel 3.6ba Vreemdelingenbesluit 2000 opgenomen grondslag die het mogelijk maakt om tijdens de eerste aanvraagprocedure in Nederland ambtshalve te toetsen of onder een andere beperking dan voorzien in het Vreemdelingenbesluit 2000 een verblijfsvergunning kan worden toegekend.¹⁷⁰

In totaal kwamen 263 kinderen automatisch in aanmerking voor de herbeoordeling van de Afsluitingsregeling. Van deze kinderen heeft 89% samen met hun gezinsleden een verblijfsvergunning gekregen. Daarnaast hebben 837 kinderen zich aangemeld die niet automatisch in aanmerking kwamen voor de herbeoordeling, zij hebben hiertoe een strekkende aanvraag ingediend. Hiervan heeft 40% een verblijfsvergunning gekregen.¹⁷¹ Hieruit kan worden afgeleid dat er nog steeds een groep minderjarige vreemdelingen is die langdurig in Nederland verblijft, maar niet in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning.

Uit bovenstaande wordt duidelijk dat het belang van het kind niet is opgenomen bij de totstandkoming van de voorwaarden en contra-indicaties. Het kind werd door de strenge voorwaarden en contra-indicaties juist het slachtoffer van het handelen van andere gezinsleden. De Definitieve Regeling is tot stand gekomen om te vermijden dat minderjarigen het slachtoffer worden van het feit dat zij langdurig in Nederland hebben verbleven, terwijl dit te wijten is aan procedures die te lang duren, het niet meewerken aan vertrek door de ouders of het stapelen van procedures.¹⁷² Alleen werden er in de praktijk door de strenge voorwaarden en contra-indicaties nauwelijks vergunningen verleend. Hierdoor werden langdurig in Nederland verblijvende minderjarigen juist wel het slachtoffer van het handelen van de overheid en/of hun ouders.

In de Afsluitingsregeling werd het meewerkcriterium vervangen door het beschikbaarheidscriterium. Ondanks de versoepeling van het meewerkcriterium werd het

¹⁷⁰ Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (*Stb.* 2019, 143).

¹⁷¹ Dienst Terugkeer en Vertrek, *Cijfers Afsluitingsregeling Langdurig Verblijvende Kinderen* bekend, 2020, p. 6.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2012/13, 19637, 1597, p. 1.

gedrag van de ouders de minderjarige tegengeworpen, de versoepeling zorgde er wel voor dat dit in mindere mate gebeurde. Een grote groep kinderen en hun familieleden hebben aan de hand van de Afsluitingsregeling toch een verblijfsvergunning kunnen krijgen. Deze regeling was een tijdelijke regeling en gezinnen kunnen op grond van de Afsluitingsregeling geen nieuwe aanvragen indienen.

In deze paragraaf stond de beleidsontwikkeling van het Kinderpardon centraal. In de volgende paragraaf zal worden gekeken hoe de Afdeling de ambtshalve toetsing aan artikel 8 EVRM in reguliere aanvragen heeft toegepast.¹⁷³

4.3 De ambtshalve toetsing van langdurig in Nederland verblijvende minderjarigen aan artikel 8 EVRM in het Nederlandse Vreemdelingenrecht

De IND toetst aan artikel 8 EVRM wanneer een vreemdeling een aanvraag indient om een verblijfsvergunning te krijgen op grond van gezins- en privéleven.¹⁷⁴ Bij een afwijzing van een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd kan ambtshalve alsnog een verblijfsvergunning worden verleend.¹⁷⁵ Dit kan op grond van artikel 3.6 Vb 2000, op grond van artikel 3.6a Vb 2000 wanneer uitzetting van de vreemdeling in strijd is met artikel 8 EVRM of onder beperking verband houdend met tijdelijke humanitaire gronden op grond van artikel 3.6b en 3.6c Vb 2000. De manier waarop de belangenafweging tot stand moet komen is geregeld in artikel B9/14 Vreemdelingencirculaire en de IND werkinstructie waarin de IND richtlijnen heeft opgenomen voor de toepassing van artikel 8 EVRM.

In de uitspraken van verschillende rechtbanken en van de Afdeling zijn verschillende beoordelingscriteria naar voren gekomen die op grond van artikel 8 EVRM en artikel 6 lid 2 IVRK in aanmerking moeten worden genomen wanneer besloten wordt over het wel of niet verlenen van een verblijfsvergunning aan langdurig onrechtmatig in Nederland

¹⁷³ Op het moment dat een beroep werd gedaan op de Definitieve Regeling en de Afsluitingsregeling, moest er ambtshalve worden getoetst. De ambtshalve toetsing aan artikel 8 EVRM is geregeld in artikel 3.6 Vreemdelingenbesluit 2000.

¹⁷⁴ Artikel 3.13 lid 2 Vreemdelingenbesluit 2000.

¹⁷⁵ De ambtshalve toetsing aan artikel 8 EVRM is geregeld in artikel 3.6, 3.6a, 3.6b en 3.6c Vreemdelingenbesluit 2000.

verbleven minderjarigen. Deze beoordelingscriteria betreffen; het onderscheid dat wordt gemaakt tussen afgewezen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen, het gedrag van ouders dat aan de kinderen wordt toegerekend, de sterke binding met Nederland, het belang van het kind bij de toets aan privéleven en de ontwikkelingsschade door uitzetting. Deze beoordelingscriteria worden hieronder besproken.

(i) Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen afgewezen asielzoekers en andere categorieën langdurig verblijvende vreemdelingen

Allereerst is het onderscheid tussen afgewezen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen van belang. De Definitieve Regeling maakte onderscheid tussen afgewezen asielzoekers en andere categorieën langdurig verblijvende vreemdelingen. De Afdeling stelde in 2014 dat dit onderscheid gerechtvaardigd was, omdat op die manier een effectief migratiebeleid gerealiseerd kon worden en vanwege de verschillende positie waarin deze twee groepen vreemdelingen zich bevinden.¹⁷⁶ De Afdeling beredeneerde als volgt: ten aanzien van de gestelde discriminatie tussen de afgewezen asielzoekers en andere categorieën langdurig verblijvende vreemdelingen, is pas sprake van discriminatie als bedoeld in artikel 14 EVRM wanneer geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor een verschil in behandeling. Staten hebben bij die objectieve benadering een beoordelingsvrijheid. Deze *margin of appreciation* wordt kleiner naarmate het gaat om een persoonseigenschap, zoals ras of geslacht.¹⁷⁷

Volgens de Afdeling kan het ontbreken van een asielaanvraag niet worden beschouwd als een persoonseigenschap, maar als een keuze van de vreemdeling. Die keuze kan ook aan de minderjarige vreemdeling worden toegerekend. De Afdeling verwijst hier naar het *Butt-arrest*. Uit het *Butt-arrest* kan worden opgemaakt dat het gedrag van ouders aan minderjarige kinderen kan worden toegerekend vanwege zwaarwegende redenen van migratiebeleid. Uit *Kaplan tegen Noorwegen* volgt dat er in ieder geval aanleiding is om gedrag van ouders toerekenbaar te achten aan de minderjarige kinderen indien een risico bestaat dat ouders via de positie van de kinderen een verblijfsrecht proberen te verkrijgen.

¹⁷⁶ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3890, AB 2015/41, m.nt. P.R. Rodrigues.

¹⁷⁷ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3890, AB 2015/41, m.nt. P.R. Rodrigues, para. 4.

Bij het ontbreken van een asielaanvraag is er volgens de Afdeling wel sprake van een objectieve rechtvaardiging om onderscheid te maken tussen vreemdelingen met een asielaanvraag en vreemdelingen zonder een asielaanvraag. Het tegenwerpen van het ontbreken van een asielaanvraag wordt dus volgens de Afdeling niet geacht een persoonskenmerk te zijn en de staat komt dus een grotere *margin of appreciation* toe.¹⁷⁸ Rodrigues concludeert in zijn noot bij de uitspraak van de Afdeling van 22 oktober 2014 dat de staat een andere verantwoordelijkheid heeft tegenover asielzoekers dan tegenover andere vreemdelingen, maar vraagt zich terecht af of het belang van langdurig verblijvende kinderen aan dit onderscheid ondergeschikt mag worden gemaakt. Het argument wat Rodrigues hier naar voren brengt is dat zowel de rechter als de wetgever de verantwoordelijkheid hebben om bij de totstandkoming van wet- en regelgeving het belang van het kind uit artikel 3 IVRK in acht te nemen.¹⁷⁹ Het EHRM dat het belang van het kind een primaire overweging dient te zijn. Het toerekenen van de activiteiten van ouders aan kinderen, in dit geval het niet doen van een verzoek om een vergunning, is juist niet in het belang van het kind.¹⁸⁰ Om deze reden kan beargumenteerd worden dat het toerekenen aan kinderen van het feit dat hun ouders geen verzoek om een asiolvergunning hebben gedaan in strijd is met artikel 2 lid 2 IVRK. Artikel 2 lid 2 IVRK stelt namelijk vast dat kinderen niet gediscrimineerd mogen worden op basis van handelingen van hun ouders.

(ii) Het gedrag van ouders toerekenen aan de kinderen

Als tweede is het gedrag van de ouders en de mate waarin dit aan de kinderen worden toegerekend van belang. In haar uitspraak van 31 januari 2012 heeft de Afdeling overwogen dat de rechter zonder terughoudendheid de uitleg van een beleidsregel of een hierin voorkomend begrip kan toetsen. Dit kan wanneer de betreffende beleidsregel of het daarin voorkomende begrip een nadere invulling van het bestuursorgaan vereist.¹⁸¹ Op grond van de Definitieve Regeling werd volgens paragraaf B22/3.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000, door de staatssecretaris een verblijfsvergunning aan een vreemdeling verleend wanneer de vreemdeling zich gedurende de periode van verblijf in

¹⁷⁸ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3890, AB 2015/41, m.nt. P.R. Rodrigues, para. 6.

¹⁷⁹ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3890, AB 2015/41, m.nt. P.R. Rodrigues, para. 7.

¹⁸⁰ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3890, r.o. 5.2.

¹⁸¹ ABRvS 31 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2881, r.o. 1.

Nederland niet langer dan drie maanden had onttrokken aan de in de Definitieve Regeling genoemde overheidsinstanties.¹⁸² De staatssecretaris heeft bij de beantwoording van de vraag of een vreemdeling zich heeft onttrokken aan het overheidstoezicht, in redelijkheid de eis gesteld dat een niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling zelf inspanningen dient te verrichten om in beeld te blijven bij de in de Definitieve Regeling vermelde instanties.¹⁸³ In het geval dat de vreemdelingen steeds onder toezicht zijn gebleven van de gemeentelijke overheid en zijn gegevens zijn opgenomen in het gegevensverwerkingssysteem van de IND, betekent dit volgens de Afdeling nog niet dat zij in beeld waren bij de in de Definitieve Regeling vermelde overheidsinstanties.¹⁸⁴ De staatssecretaris heeft in een brief aan de Tweede Kamer een termijn van drie jaar gesteld.¹⁸⁵ Wanneer een vreemdeling gedurende drie jaar geen contact heeft gezocht met de DT&V, nadat de vreemdeling bij de IND uit beeld is geraakt, kan in alle redelijkheid worden gesteld dat van een actieve houding geen sprake is.¹⁸⁶ De interpretatie en de toepassing van het toezichtscriterium wekken de vraag op wat de verhouding is tussen dit toezichtscriterium en het internationaal recht. Rodrigues merkt in zijn noot bij de uitspraak van de Afdeling van 20 mei 2015 twee punten op. Het eerste punt betreft het feit dat opvalt dat de Afdeling in de veronderstelling is dat alleen de vreemdeling actief moet zijn om in beeld te blijven. Rodrigues merkt terecht op dat primair onrechtmatig verblijvende vreemdelingen een terugkeerverplichting hebben, maar dit betekent niet dat de overheid kan stilzitten. Hij verwijst hier naar de uitspraak *Jeunesse*,¹⁸⁷ waarin het Hof had besloten dat wanneer langdurig onrechtmatig verblijf ontstaat mede door het nalaten van de overheid, dit kan bijdragen als een bijzondere omstandigheid waarop op grond van artikel 8 EVRM toch een verblijfsrecht dient te worden verleend.¹⁸⁸ Een ander aspect dat Rodrigues aanvoert en waarbij hij verwijst naar het *Butt-arrest*, is dat het ‘verwijtbaar’ optreden van ouders door zich te onttrekken aan toezicht de minderjarige vreemdeling wordt toegerekend.¹⁸⁹ De Afdeling oordeelde over het toerekenen van gedrag van ouders

¹⁸² ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1682, r.o. 2; *Kamerstukken II* 2012/13, 19637, 1597, p. 2.

¹⁸³ ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1682, *AB* 2015/268, m.nt. P.R. Rodrigues.

¹⁸⁴ ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1682, r.o. 5.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1968.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1968, p. 2.

¹⁸⁷ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*).

¹⁸⁸ ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1682, *AB* 2015/268, m.nt. P.R. Rodrigues, para. 5.

¹⁸⁹ EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), *JV* 47017/09 m.nt. M.C. Stronks; ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1682, *AB* 2015/268, m.nt. P.R. Rodrigues, para. 5.

aan kinderen dat dit om zwaarwegende redenen van migratiebeleid legitiem is.¹⁹⁰ Het is inderdaad correct dat het EHRM dit in *Butt* heeft overwogen. Werner merkt in zijn noot op dat de toepassing van deze overweging in de context van artikel 14 EVRM toch onjuist is.¹⁹¹ De overweging uit *Butt* is namelijk verbonden met de vraag naar de toepasselijkheid van de *exceptional circumstances*-toets. Volgens Werner is het toetsingskader van de *exceptional circumstances*-toets specifiek verbonden aan artikel 8 EVRM. Dit betekent volgens Werner dat het Hof niet buiten dit toetsingskader om kan oordelen dat het toerekenen van het gedrag van ouders aan kinderen legitiem is. Rodrigues stelt weer dat de regel uit *Butt* alleen toepasselijk is indien er een aanzienlijk risico is dat de ouders de situatie van hun kinderen oneigenlijk zullen gebruiken om daaraan een verblijfsrecht te ontlenen. De wijze waarop de Afdeling de regel uit *Butt* toepast is terughoudend en levert een schending van artikel 2 lid 2 IVRK op, omdat de minderjarige vreemdeling niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het feit dat haar ouders buiten beeld zijn gebleven.¹⁹² Op grond van wat hiervoor is besproken lijkt dit in strijd te zijn met artikel 2 lid 2 IVRK, omdat dit artikel discriminatie van kinderen op basis van het gedrag of situatie van ouders uitdrukkelijk verbiedt.

(iii) Sterke binding met Nederland

Als derde is een sterke binding met Nederland van belang in de beoordeling van het toekennen van een verblijfsvergunning aan een minderjarige die langdurig onrechtmatig in Nederland is verbleven op grond van artikel 8 EVRM en artikel 6 lid 2 IVRK. Hiervoor is besproken hoe de Afdeling bij een beroep op de Definitieve Regeling en de Afsluitingsregeling ambtshalve heeft getoetst aan artikel 8 EVRM. Nu de vreemdelingen geen beroep meer kunnen doen op deze regelingen, zal er een verblijfsvergunning moeten worden aangevraagd.

Een vergunning op grond van het recht op respect op privéleven zou kunnen worden verleend op basis van ‘gezinsleven’ zoals vastgesteld in artikel 3.13 lid 2 Vreemdelingenbesluit 2000 of op basis van ‘humanitaire niet tijdelijke’ gronden op grond

¹⁹⁰ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:644, *JV* 2015/113, m.nt. J. Werner, para. 9-10.

¹⁹¹ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:644, *JV* 2015/113, m.nt. J. Werner, para. 10.

¹⁹² ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1682, *AB* 2015/268, m.nt. P.R. Rodrigues, para. 6.

van artikel 3.51 lid 1 sub k Vreemdelingenbesluit 2000. Het uitgangspunt in Nederland is dat een verblijfsvergunning op basis van het recht op privéleven slechts in uitzonderlijke gevallen wordt verleend. De IND verstaat onder privéleven de banden die een vreemdeling gedurende zijn verblijf is aangegaan, zoals het deelnemen aan verenigingsleven, het volgen van onderwijs, spreken van de taal en het aangaan van vriendschappen.¹⁹³ Na de vaststelling dat er sprake is van privéleven voor de vreemdeling, wordt er een belangenafweging gemaakt. De vraag die bij deze belangenafweging wordt beantwoord is of er uitzonderlijke omstandigheden bestaan waardoor er een verplichting op de staat rust om op grond van het recht op respect voor privéleven een verblijfsvergunning te verlenen.¹⁹⁴

Bij de beantwoording van deze vraag maakt de IND gebruik van een aantal elementen. Allereerst worden de belangen van de vreemdeling tegenover de belangen van de staat geplaatst. Het belang van de staat is allereerst het stellen en handhaven van regels ten aanzien van een restrictief toelatingsbeleid.¹⁹⁵ De staat kijkt naar de duur van het verblijf. In principe is het uitgangspunt dat hoe langer de verblijfsduur in Nederland is, des te groter de kans dat een vreemdeling een privéleven heeft opgebouwd en dan zal er derhalve meer gewicht worden toegekend aan het recht op respect voor privéleven. De Afdeling spreekt zich niet uit over een bepaalde verblijfsduur die is vereist om te kunnen spreken van privéleven, maar onderkent dat het niet de bedoeling is om pas privéleven aan te nemen na een verblijfsduur van dertig jaar.¹⁹⁶ Hieruit kan worden geconcludeerd dat privéleven ook met een kortere verblijfsduur kan worden aangenomen. Bovendien is ook de leeftijd waarop een vreemdeling naar Nederland is gekomen van belang en de banden die de minderjarige vreemdeling heeft met het land van herkomst.¹⁹⁷ In principe lijkt de indruk te ontstaan dat er vrij snel verblijfsrecht kan volgen op grond van recht op respect voor privéleven. Deze uitgangspunten gelden echter niet voor vreemdelingen die nooit een verblijfsvergunning hebben gehad. Dit betekent dat minder belang wordt gehecht aan opgebouwd privéleven gedurende onrechtmatig verblijf. In deze gevallen

¹⁹³ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 31.

¹⁹⁴ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 16.

¹⁹⁵ Andere belangen van de staat zijn: de openbare orde en nationale veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden, de bescherming van de rechten en vrijheden van andere en het economisch welzijn van het land; Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 16.

¹⁹⁶ ABRvS 13 november 2013, ELCI:NL:RVS:2013:2069, r.o. 3.4.

¹⁹⁷ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 31.

geldt het uitgangspunt dat de vreemdeling enkel in uitzonderlijke gevallen een beroep op bescherming van privéleven doen.¹⁹⁸ In de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 22 februari 2019 besliste de rechter echter dat de eiseressen niet mag worden tegengeworpen dat het privéleven is ontstaan tijdens het onrechtmatig verblijf.¹⁹⁹

Zoals eerder duidelijk werd, verwijst de Afdeling in uitspraken waar een beroep wordt gedaan op het recht op respect voor privéleven naar het *Butt-arrest*, waaruit kon worden afgeleid dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid in beginsel aanleiding zijn om het gedrag van ouders toerekenbaar te achten aan hun kinderen. Uit het *Butt-arrest* volgde ook dat een schending van artikel 8 EVRM wordt aangenomen wanneer sprake is van ‘een bijzondere omstandigheid’.²⁰⁰ De vreemdeling dient in dat geval aannemelijk te maken dat de banden met Nederland de gebruikelijke intensiteit overstijgen.²⁰¹ Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt echter niet dat de vreemdeling over een bijzondere binding met Nederland moet beschikken voordat privéleven kan worden aangenomen.²⁰² Zoals hierboven gesteld hecht de Afdeling minder groot belang aan privéleven gedurende onrechtmatig verblijf. Ook wanneer de vreemdeling gedurende het onrechtmatig verblijf een periode rechtmatig verblijf heeft gehad, wordt dit door de Afdeling niet als een ‘bijzondere omstandigheid’ aangemerkt. Terwijl de vreemdelingen gedurende rechtmatig verblijf wel mochten verwachten dat ze banden met Nederland konden opbouwen.²⁰³

Klaassen stelt in zijn annotatie bij de uitspraak van de Afdeling van 11 januari 2018 dat de manier van toetsen van de Afdeling op grond van artikel 8 EVRM de verkeerde manier van toetsen is.²⁰⁴ Ook merkt Klaassen op dat de verblijfstatus van de ouder rechtstreekse invloed heeft op de rechten die een kind kan ontlenen aan het recht op respect voor privéleven. In *Butt* kon de overleden moeder geen aanspraak meer maken op een verblijfsrecht van de kinderen, omdat zij inmiddels was overleden. Maar wanneer de ouder wel in leven is, ziet de Afdeling dit als een risico en wordt verblijfsrecht op grond

¹⁹⁸ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 31.

¹⁹⁹ Rb. Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) 22 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2290, *JV* 2019/128, m.nt. M.C. Stronks & W.H. Hutten.

²⁰⁰ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73.

²⁰¹ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73, *AB* 2018/384, m.nt. M.A.K. Klaassen, para. 2.

²⁰² ABRvS 2 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1285, r.o. 4.4.

²⁰³ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73, *AB* 2018/384, m.nt. M.A.K. Klaassen, para. 6.

²⁰⁴ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73, *AB* 2018/384, m.nt. M.A.K. Klaassen, para. 7.

van artikel 8 EVRM aan kinderen die inmiddels meerderjarig zijn afgewezen, zonder na te gaan of deze vreemdelingen een afhankelijkheidsrelatie hebben met de desbetreffende ouder. De vraag of deze ongelijke behandeling gerechtvaardigd is blijft in *Butt* onbeantwoord, omdat er niet werd geklaagd over het discriminatieverbod uit artikel 14 EVRM.²⁰⁵ Klaassen stelt dat de Afdeling niet heeft onderbouwd dat uit een verblijfsrecht voor de vreemdelingen, ook een verblijfsrecht voor de moeder volgt. Volgens annotatoren Stronks en Hutten wordt het gedrag van ouders bij zowel minderjarigheid als meerderjarigheid via een omweg aan de vreemdeling toegerekend.²⁰⁶

Wanneer kinderen de meerderjarigheid hebben bereikt bestaat er geen meeliftgevaar meer en kan het gedrag van ouders de kinderen niet meer worden toegerekend. Hiermee hoeft je geen ingewikkeld onderscheid te maken tussen tijdsverloop als minderjarige en tijdsverloop als meerderjarige. De cruciale vraag die van belang is, is enkel of de gemaakte belangenafweging in het voordeel van de staat uitvalt, of in het voordeel van de vreemdeling.²⁰⁷ De Afdeling maakt zoals in hoofdstuk 2 al is besproken, dit onderscheid niet en gaat ook bij meerderjarigheid uit van meeliftgevaar.²⁰⁸ Deze gelijktrekking is echter in strijd met *Butt*, waarin het Hof expliciet heeft genoemd dat bij meerderjarigheid geen risico meer bestaat op meeliftgevaar.²⁰⁹

(iv) Het belang van het kind in relatie tot het recht op bescherming van het privéleven

Als vierde is het belang van het kind bij de toets aan privéleven van belang in de beoordeling van het toekennen van een verblijfsvergunning aan een minderjarige die langdurig onrechtmatig in Nederland is verbleven. In haar uitspraak van 7 februari 2012 heeft de Afdeling voor het eerst bepaald dat artikel 3 IVRK in zoverre ertoe strekt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Wat betreft het gewicht dat aan artikel 3 IVRK wordt toegekend, oordeelt de Afdeling dat artikel 3 IVRK geen norm bevat die zonder nadere uitwerking

²⁰⁵ ABRvS 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73, AB 2018/384, m.nt. M.A.K. Klaassen, para. 8.

²⁰⁶ Rb. Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) 22 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2290, *JV* 2019/128, m.nt. M.C. Stronks & W.H. Hutten.

²⁰⁷ Rb. Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) 22 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2290, *JV* 2019/128, m.nt. M.C. Stronks & W.H. Hutten.

²⁰⁸ ABRvS 11 januari 2018, 201704731/1/V2, ECLI:NL:RVS:2018:73, r.o. 2.2.

²⁰⁹ EHRM 4 december 2012, JV 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), para. 80.

in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.²¹⁰ Volgens de Afdeling moet getoetst worden of de staatssecretaris voldoende rekenschap heeft gegeven aan de belangen van het kind. Dit betekent dat de Afdeling de belangenafweging door de staatssecretaris enigszins terughoudend toetst.²¹¹ In hoofdstuk 2 werd duidelijk dat de rechtspraak van het EHRM vereist dat de belangen van het kind zorgvuldig moeten worden onderzocht.²¹² Uit het arrest van 2012 blijkt dat de Afdeling erkent dat de belangen van het kind zorgvuldig moeten worden onderzocht.²¹³ In principe toetst de Afdeling niet hoe, maar uitsluitend of de staatssecretaris de verschillende belangen in kwestie heeft afgewogen.²¹⁴ Wanneer de Afdeling tot de conclusie komt dat dit niet voldoende is gebeurd, komt de Afdeling tot het oordeel dat er sprake is van een motiveringsgebrek.²¹⁵

In de werkinstructie uit 2019 heeft de IND richtlijnen opgenomen voor de toepassing van artikel 8 EVRM. De werkinstructie biedt beslismedewerkers handvatten om na te gaan of een genomen besluit in strijd is met artikel 8 EVRM.²¹⁶ In hoofdstuk 8 van de werkinstructie IND is opgenomen dat bij alle gevallen waarin een besluit gevolgen heeft voor minderjarige kinderen, de belangen van het kind in voldoende mate tot uitdrukking moeten komen in de beschikking. Uit de werkinstructie volgt dat een beleidsmedewerker allereerst moet vaststellen of sprake is van familie- of gezinsleven. Na deze vaststelling wordt beoordeeld of het in het belang van het kind is om het gezinsleven in Nederland te kunnen uitoefenen en wat dit betekent voor het verblijfsrecht van alle gezinsleden.²¹⁷ De IND heeft een aantal casusposities geschetst waarin het belang van het kind een rol speelt. Hierbij wordt gekeken of er een objectieve belemmering bestaat om het familie- of gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen. Die belemmering moet een *'certain*

²¹⁰ ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716, r.o. 2.3.8.

²¹¹ N. Ismaili, Met de kennis van nu kreeg het kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden?, *A&MR* 2019-6/7, p. 263.

²¹² Zie EHRM 28 juni 2011, JV 2011/402 (*Nunez t. Noorwegen*); EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*).

²¹³ ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716; J.H. de Graaf, e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2013, p. 103-113.

²¹⁴ N. Ismaili, 'Met de kennis van nu kreeg het kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden?', *A&MR* 2019-6/7, p. 263

²¹⁵ ABRvS 21 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1197.

²¹⁶ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM.

²¹⁷ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 26.

degree of hardship' bevatten die een mogelijke terugkeer onredelijk bezwarend zou maken. Zo'n belemmering houdt in dat het kind een bijzondere binding heeft met Nederland. Het valt echter op dat hier enkel naar wordt gekeken bij situaties waarin het kind rechtmatig verblijf heeft, waarin één van de twee ouders of beide ouders rechtmatig verblijf hebben.²¹⁸ Wanneer geen van de gezinsleden rechtmatig in Nederland verblijft, wordt het weigeren van verblijf aan de minderjarige niet in strijd geacht met artikel 8 EVRM. Het gezin kan immers het familie- en gezinsleven blijven uitoefenen in het land van herkomst, omdat het gezin niet van elkaar wordt gescheiden. In 2016 hebben de leden Voortman en Kuiken een voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ingediend in verband met het verankeren van het belang van het kind en nader uit te werken in de Vreemdelingenwet 2000.²¹⁹ Met dit initiatiefwetsvoorstel zouden minderjarige vreemdelingen voortaan een verblijfsvergunning kunnen krijgen als dit aantoonbaar in het belang van het kind is, ondanks dat het gezin het familie- en gezinsleven in het land van herkomst kunnen blijven uitoefenen. Momenteel wordt vooral naar het belang van de ouders gekeken, terwijl de kinderen vaak individuele belangen hebben zoals, geestelijke ontwikkeling, besnijdenis, verwestering of gezondheid. Met dit voorstel wordt ervoor gezorgd dat de bescherming van de ontwikkeling van het kind, net zoals dat in andere rechtsgebieden wordt beschermd, ook in het vreemdelingenrecht wordt gewaarborgd.²²⁰ Ondanks dat dit toekomstig recht is kan dit wetsvoorstel, mits het wordt aangenomen, een uitweg bieden voor langdurig in Nederland verblijvende kinderen. Bovendien zorgt de verankering van het belang van het kind in het vreemdelingenrecht ervoor dat veel eerder in de procedure de belangen van minderjarig vreemdelingen worden betrokken. Dit kan met zich meebrengen dat er sneller wordt beslist in asielzaken en dat er een daling is van het aantal langdurig in Nederland verblijvende minderjarige vreemdelingen.

(v) Ontwikkelingsschade door uitzetting

Tot slot is (mogelijke) ontwikkelingsschade die optreedt door het gevolg van uitzetting van belang in de beoordeling van het toekennen van een verblijfsvergunning aan een minderjarige die langdurig onrechtmatig in Nederland is verbleven. Zoals eerder is

²¹⁸ Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 27-30.

²¹⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind, *Kamerstukken II* 2018/19, 34541, 3, (MvT).

²²⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34541, 3, (MvT).

geconcludeerd kan gedwongen uitzetting van een minderjarige leiden tot (ernstige) ontwikkelingsschade bij het kind. Het valt op dat er zelden een beroep wordt gedaan op artikel 6 lid 2 IVRK, waarin het recht op ontwikkeling is vastgesteld. In 2014 werd voor het eerst een beroep gedaan op dit artikel. De eisers stelden in deze zaak dat gedwongen terugkeer naar het land van herkomst ernstige ontwikkelingsschade zou opleveren voor hun kinderen en dat dit in strijd was met artikel 6 lid 2 IVRK.²²¹ De eisers stelden dat de oudste twee kinderen op het gymnasium zaten en dat hun ontwikkeling enkel gewaarborgd kon worden als hen de gelegenheid werd geboden om hun middelbare schoolopleiding en hun daaropvolgende opleiding in Nederland af te ronden.²²² De eisers kwamen uit Kameroen en stelden dat de ontwikkelingsmogelijkheden in Kameroen aanzienlijk minder waren. De rechtbank overwoog echter dat een beroep op artikel 6 lid 2 IVRK niet kon slagen, omdat deze bepaling gelet op de formulering ervan, geen norm bevat die zonder verdere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.²²³ In een andere uitspraak waar eisers wederom stelden dat sprake zal zijn van ontwikkelingsschade bij de kinderen in kwestie werden rapportages overgelegd waarin werd geconcludeerd dat een gedwongen uitzetting kan leiden tot ontwikkelingsschade.²²⁴ In deze zaak onderschreef de voorzieningenrechter het standpunt dat de overhandigde rapportages onvoldoende specifiek waren en dat hieruit niet kon worden afgeleid dat de kinderen in deze zaak daadwerkelijk schade zouden oplopen bij gedwongen uitzetting naar Kameroen.²²⁵ Hiermee wordt de indruk gewekt dat wanneer een rapportage wel specifiek de ontwikkelingsschade van een individueel kind in kaart brengt, de schade die het kind oploopt wel kan worden aangenomen door de rechter. In een uitspraak waarin de eisers een rapport van Defence for Children aandroegen, werd geconcludeerd dat gedwongen uitzetting van de eisers een negatieve impact zou hebben op de ontwikkeling van de kinderen, maar dat de staatssecretaris niet ten onrechte had geoordeeld dat dit niet dusdanig bijzondere en individuele omstandigheden vormen dat het onmogelijk is dat de kinderen met hun ouder(s) terugkeren naar het land van herkomst.²²⁶ Ook de Afdeling oordeelde hierover dat

²²¹ Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:5869.

²²² Rechtbank Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5869, r.o. 13.

²²³ Rechtbank Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5869, r.o. 13.

²²⁴ Rechtbank Den Haag 21 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5838, r.o. 14.1.

²²⁵ Rechtbank Den Haag 21 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5838, r.o. 14.1- 14.2.

²²⁶ Rechtbank Den Haag 17 december 2015, ECLI:RBDHA:2015:14659, r.o. 13.

ondanks dat volgens het rapport van Defence for Children de terugkeer van eisers naar het land van herkomst een negatieve impact zou hebben op de ontwikkeling van de kinderen, de staatssecretaris niet ten onrechte geen grond heeft gevonden voor het oordeel dat sprake is van dusdanig bijzondere en individuele omstandigheden die het voor de kinderen onmogelijk maken om samen met de ouder(s) terug te keren naar het land van herkomst.²²⁷

Ondanks dat de Afdeling erkent dat een gedwongen terugkeer naar het land van herkomst kan leiden tot ontwikkelingsschade van het kind wordt door de Afdeling niet aangenomen dat sprake is van een *bijzondere omstandigheid*, omdat terugkeer van de kinderen naar het land van herkomst niet onmogelijk is. Dit suggereert dat de Afdeling enkel de aanwezigheid van een *bijzondere omstandigheid* aanneemt in het geval het onmogelijk is voor het kind om terug te keren naar het land van herkomst.

4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de toepassing van het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling uit artikel 6 IVRK binnen het Nederlandse vreemdelingenrecht centraal. In het regeerakkoord van 2012 werd de regeling opgenomen dat langdurig in Nederland verblijvende kinderen, onder voorwaarde in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.²²⁸ Met de invoering van deze regeling werd de verantwoordelijkheid van de overheid alsmede de verantwoordelijkheid van de ouders, objectief getoetst.²²⁹ De aanvraag om een verblijfsvergunning werd echter vaak geweigerd op grond van de gestelde voorwaarden en contra-indicaties. In de eerste instantie was het bestaan van de Definitieve Regeling wel in het belang van het kind. Bij de toepassing van de voorwaarden en contra-indicaties is er echter onvoldoende aandacht geweest voor het belang van het kind. Hierdoor deed de regeling geen recht aan de belangen van de minderjarige vreemdeling, omdat het gedrag van ouders vaak de

²²⁷ ABRvS 9 november 2015, ECLI:RVS:2015:3566, r.o. 5.2.

²²⁸ C. Gütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet asielkinderen bij het kinderpardon', *A&MR* 2013-07, p. 312.

²²⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 19637, 1597; Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, houdende wijziging van de Vreemdelingen-circulaire 2000 (*Stcrt.* 2013, 2573), p. 10; C. Gütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet asielkinderen bij het kinderpardon', *A&MR* 2013-07, p. 312.

kinderen werd toegerekend. Op 29 januari 2019 werd deze regeling afgeschaft. Nu de vreemdelingen geen beroep meer kunnen doen op deze regeling, zal een verblijfsvergunning moeten worden aangevraagd op basis van andere gronden. Hierbij is van belang hoe de Afdeling het recht op respect voor privéleven toepast. De Afdeling is van mening dat bij de belangenafweging in het kader van het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM een *'fair balance'* gevonden moet worden tussen enerzijds het privéleven van de vreemdeling en anderzijds het algemeen belang van het voeren van een restrictief toelatingsbeleid.²³⁰ In het verleden is gebleken dat de Afdeling het ontstaan van privéleven al snel aanneemt, maar het weigeren van een verblijfsvergunning niet in strijd is met het recht op respect voor privéleven, omdat het privéleven is ontstaan tijdens onrechtmatig verblijf. In de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 22 februari 2019 besliste de rechter dat de eiseressen niet mag worden tegengeworpen dat het privéleven is ontstaan tijdens het onrechtmatig verblijf. Ondanks dat wij in Nederland geen precedent systeem hebben, kan deze beslissing van de rechter van belang zijn voor toekomstige privéleven-zaken. Bovendien haalt de Afdeling bij privéleven-zaken het arrest *Butt* aan, waaruit kan worden afgeleid dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid in beginsel aanleiding kunnen zijn om het gedrag van ouders de kinderen toe te rekenen. De reden hiervoor is dat het risico bestaat dat de ouder misbruik zal maken van de verblijfstatus van de minderjarige vreemdeling. In het algemeen klopt het dat ouders ook een vergunning kunnen krijgen als de minderjarige vreemdeling een vergunning krijgt. Het risico dat in *Butt* wordt geschetst is daarom reëel, maar de juistheid van de toepassing van *Butt* door de Afdeling kan in twijfel worden getrokken. Bovendien wordt er ondanks, het reële risico dat de ouders een verblijfsvergunning kunnen krijgen op grond van het verblijfsrecht van hun kind, geen aandacht besteed aan de rechten van het kind op zich. De Afdeling staat bij deze toerekening niet stil bij het verbod op discriminatie uit artikel 2 lid 2 IVRK en het recht op ontwikkeling uit artikel 6 lid 2 IVRK. Naar mijn mening zou bij de vaststelling dat het kind ontwikkelingsschade oploopt, het recht op ontwikkeling van het kind zwaarder moeten wegen dan het risico dat de ouders misbruik zal maken van het verblijfsrecht van het kind.

²³⁰ M.A.K. Klaassen en G. Lodder, 'Kroniek gezinshereniging 2016-2017', *A&MR* 2017, nr. 10, p. 34.

Geconcludeerd kan worden dat het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling uit artikel 6 lid 2 IVRK in het Nederlandse vreemdelingenrecht niet voldoende zijn gewaarborgd. Wel lijkt het erop dat de rechter in zaken aangaande minderjarige vreemdelingen steeds inhoudelijker toetst, omdat er steeds vaker wordt gekeken naar hoeveel gewicht de staatssecretaris geeft aan het belang van het kind. Dit zou kunnen betekenen dat de rechten van het kind steeds meer aandacht krijgen in het Nederlandse vreemdelingenrecht. Om optimale bescherming te kunnen bieden aan vreemdelingenkinderen zouden de rechten van het kind moeten worden opgenomen in het vreemdelingenrecht.

5. Conclusie

5.1 Bevindingen

In 2019 heeft de staatssecretaris het Kinderpardon beëindigd en een overgangsregeling in het leven geroepen voor de kinderen waarvan de aanvraag op grond van de strenge voorwaarden en contra-indicaties werden afgewezen.²³¹ Los van het Kinderpardon kan echter de vraag worden gesteld of een recht op verblijf voor minderjarigen met een langdurig onrechtmatig verblijf kan worden vastgesteld op basis van internationale mensen- en kinderrechten. Op grond van bovenstaande stond in deze scriptie de volgende vraag centraal:

In hoeverre heeft de Nederlandse staat een verplichting om kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen op basis van het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling van het kind uit artikel 6 IVRK?

Aan de hand van een aantal deelvragen is geprobeerd een antwoord te geven op bovenstaande onderzoeksvraag. Allereerst is in het tweede hoofdstuk gekeken naar wat de rechtpositie van de minderjarige vreemdelingen volgens het EHRM inhoudt. Aan de hand van de EHRM-jurisprudentie is vervolgens geprobeerd te achterhalen welke rechtsbescherming minderjarige vreemdelingen met langdurig onrechtmatig verblijf hebben op grond van het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM. Hieruit volgt dat het EHRM de laatste jaren steeds meer oog heeft gekregen voor de individuele rechten van het kind en deze rechten los van de rechten van ouders behandelt. Het Hof stelt dat de reikwijdte van het recht op respect voor privéleven van kinderen niet gelijk hoeft te zijn aan die van hun ouders en dat kinderen hier zelfstandig beroep op kunnen doen.²³² Het Hof introduceert de ‘*exceptional circumstances*-toets’, waar een minderjarige een beroep op kan doen. Verder verwijst het EHRM in toenemende mate expliciet naar artikel 3 lid 1 IVRK. Maar aan de andere kant verwijzen ze nooit naar

²³¹ *Stert*. 2019, 8116, p. 1.

²³² Zie hiervoor EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*); EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), JV 47017/09 m.nt. M.C. Stronks.

artikel 6 lid 2 IVRK, terwijl het recht op ontwikkeling wel wordt meegenomen in de EHRM jurisprudentie door te verwijzen naar een ‘*degree of hardship*’.²³³

Bovendien kan uit de besproken jurisprudentie geconcludeerd worden dat het ontbreken van concrete uitzettingshandelingen een grote rol speelt bij de belangenafweging. Indien de overheid geen concrete uitzettingshandelingen onderneemt, tolereert het hiermee het verblijf van de vreemdeling, hetgeen in het voordeel van de vreemdeling meeweegt in de belangenafweging.²³⁴ Het jarenlang tolereren van het onrechtmatig verblijf van de vreemdeling geeft de vreemdeling een kans om familie- en privéleven op te bouwen. Wel oordeelt het Hof dat wanneer de ouders van een vreemdeling bewust waren van hun onrechtmatig verblijf, het privéleven dat hierna is ontstaan in mindere mate meeweegt in de belangenafweging. De nationale autoriteiten mogen het gedrag van de ouders toerekenen aan het kind. Dit omdat voor deze groep kinderen een risico op meeliftgevaar bestaat. In *Butt* beslist het Hof dat in principe geen sprake is van meeliftgevaar wanneer de kinderen meerderjarig zijn en er geen risico meer bestaat dat de ouder misbruik zal maken van het verblijfsrecht van het kind, omdat de ouder is overleden. Het Hof is echter niet duidelijk of het gedrag van de ouders de meerderjarige kinderen mag worden toegerekend wanneer de ouder(s) nog wel in leven zijn.

Uit de uitspraken van het Hof wordt duidelijk dat het IVRK steeds vaker wordt toegepast in haar uitspraken. Uit migratiezaken kan echter geen eenduidige lijn worden geschetst over hoe het Hof invulling geeft aan het belang van het kind en hoe in migratiezaken wordt geoordeeld over het toerekenen van het gedrag van ouders aan de minderjarige vreemdeling.²³⁵ Ondanks dat het EHRM nog geen algemene regel heeft waaruit een verblijfsrecht voor langdurig onrechtmatig verblijvende vreemdelingen volgt, kan aan de hand van de besproken EHRM-jurisprudentie een uitweg voor minderjarige vreemdelingen ontstaan om aanspraak te maken op het recht op respect voor privéleven op grond van artikel 8 EVRM.

²³³ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*), para. 117.

²³⁴ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*).

²³⁵ Zie hiervoor twee uitspraken van het Hof waarin deze tegenstelling zichtbaar is, EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum; EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*), *JV* 2012/170 m.nt. S.K. van Walsum.

In hoofdstuk 3 stond de rechtsbescherming van langdurig onrechtmatig verblijvende kinderen op basis van het recht op ontwikkeling uit artikel 6 lid 2 IVRK centraal. Allereerst wordt duidelijk dat het IVRK tracht het kind zoveel mogelijk eigen rechten te geven en deze rechten te beschermen. De kinderrechten krijgen echter niet in alle rechtsgebieden voldoende bescherming. Vooral in vreemdelingenzaken gaat het vaak om situaties waarin een balans moet worden gevonden tussen de bescherming van de rechten van het kind en het restrictief vreemdelingenbeleid. Bovendien wordt duidelijk dat artikel 6 lid 2 IVRK geen rol speelt in de belangenafweging. In EHRM uitspraken wordt een enkele keer verwezen naar ‘*a degree of hardship*’ die wordt ervaren als gezinsleden met hun minderjarige kinderen gedwongen worden teruggestuurd.²³⁶ Maar dit is niet voldoende om bescherming te bieden aan het recht op ontwikkeling van het kind. Om voldoende bescherming te bieden aan het kind zou het recht op ontwikkeling een integraal onderdeel moeten worden in de belangenafweging onder artikel 8 EVRM. Naast dat het Hof verwijst naar het belang van het kind, zou het Hof ook moeten verwijzen naar het recht op ontwikkeling.

Ondanks dat artikel 2 lid 2 IVRK stelt dat het kind niet mag worden gediscrimineerd op grond van het gedrag van ouders, wordt het gedrag van ouders bij de toetsing van artikel 8 EVRM in het vreemdelingenrecht hun kinderen wel toegerekend. Vooral in vreemdelingenzaken wordt geen rekening gehouden met de schaderisico’s die een gedwongen uitzetting kunnen opleveren voor het kind. Het aanrekenen van het gedrag van ouders aan de kinderen wordt gerechtvaardigd door te verwijzen naar *Butt*, waaruit kan worden afgeleid dat het gedrag van ouders aan kinderen kan worden toegerekend vanwege zwaarwegende redenen van migratiebeleid. Of het gedrag van ouders aan kinderen mag worden toegerekend is verweven met het toetsingskader van ‘*exceptional circumstances*’.²³⁷ Het is echter aannemelijk dat de overweging van het Hof over het toerekenen van het gedrag van ouders aan de kinderen verbonden is aan dit toetsingskader en dit betekent dat deze overweging niet zomaar toepasbaar is in de context van artikel 14 EVRM en de gedragingen van ouders op grond van het *Butt*-arrest niet de kinderen kan worden toegerekend.

²³⁶ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*), para. 117.

²³⁷ J. Werner, ‘Gedrag van ouders te vaak toegerekend aan het kind. De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind’, *A&MR* 2015 afl. 1, p. 22.

In het laatste hoofdstuk stond de toepassing van het recht op respect voor privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling uit artikel 6 lid 2 IVRK binnen het Nederlandse vreemdelingenrecht centraal. In dit hoofdstuk is allereerst kort teruggeblikt naar het Kinderpardon en de kinderpardon-jurisprudentie. Hieruit volgde dat het Kinderpardon geen recht deed aan de belangen van de minderjarige vreemdeling. Er werd vooral gekeken naar de belangen van de ouders, terwijl de kinderen vaak individuele belangen hebben, zoals bijvoorbeeld de eigen ontwikkeling van het kind.²³⁸ De Afdeling haalt in privézaken vaak de uitspraak *Butt* aan, waarin het Hof stelt dat het gedrag van ouders hun kinderen kan worden toegerekend, wanneer er een risico bestaat dat de ouder ‘gebruik’ zal maken van het verblijfsrecht van het kind. Naar mijn mening is het risico dat in *Butt* wordt gecreëerd reëel, maar het lijkt erop dat de Afdeling de criteria uit *Butt* onjuist toepast. Een voorbeeld hiervan is dat de Afdeling het gedrag van ouders aan hun kinderen toerekent bij minderjarige én meerderjarige kinderen. Bovendien vindt er door de Afdeling geen onderzoek plaats naar het reële risico dat ouders gebruik zullen maken van het verblijfsrecht van hun kind. Ook wanneer er een reëel risico bestaat dat de ouders gebruik zullen maken van het verblijfsrecht van hun kind, moet naar mijn mening de rechten van het kind zwaarder wegen dan het restrictieve toelatingsbeleid. Op dit moment wordt niet voldoende stilgestaan bij het belang van het kind en de schaderisico’s van een gedwongen uitzetting. Dit komt mede omdat de rechten van het kind niet zijn opgenomen in het vreemdelingenrecht. De rechten van het kind zouden beter gewaarborgd worden in vreemdelingenzaken wanneer deze worden opgenomen in de Vreemdelingenwet. Ondanks dat de staatssecretaris is gebonden aan het IVRK wordt er niet voldoende aandacht besteed aan de belangen van het kind. Dit zou ervoor kunnen zorgen dat de bescherming van de ontwikkeling van het kind, net zoals dat in andere rechtsgebieden wordt beschermd, ook in het vreemdelingenrecht wordt gewaarborgd.²³⁹ Het initiatiefvoorstel zou hier, mocht het wetsvoorstel worden aangenomen, verandering in kunnen brengen. Artikel 6 lid 2 IVRK speelt momenteel geen rol in het Nederlandse vreemdelingenrecht en dit zou ook wanneer het wetsvoorstel niet wordt aangenomen, wel

²³⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind, *Kamerstukken II* 2018/19, 34541, 3, (MvT)

²³⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34541, 3, (MvT).

een rol moeten spelen om de ontwikkeling van het kind voldoende bescherming te kunnen bieden.

5.2 Afsluiting

In dit onderzoek is getoetst in hoeverre de Nederlandse staat een verplichting heeft om kinderen met een langdurig onrechtmatig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen op basis van het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling van het kind uit artikel 6 lid 2 IVRK. Een beroep op recht op respect voor privéleven had tot nu toe geen kans van slagen, omdat de Afdeling langdurig verblijf niet onder ‘*exceptional circumstances*’ schaaft. Momenteel is niet duidelijk in hoeverre de Nederlandse staat een verplichting heeft om kinderen met langdurig onrechtmatig verblijf een verblijfsvergunning te verlenen op basis van het recht op privéleven. In *Butt* gaat het Hof mee in de gedachtegang van de Noorse rechter dat het gedrag van ouders de kinderen kan worden toegerekend, maar komt tot een andere conclusie, omdat de kinderen in *Butt* meerderjarig zijn en de moeder is overleden. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de EHRM-jurisprudentie niet zo duidelijk is over de manier van toepassing van het gedrag van ouders aan de kinderen. Terwijl de Afdeling wel doet overkomen dat de EHRM-jurisprudentie duidelijk is over de manier van toepassen van het gedrag van ouders aan de kinderen en de regel uit *Butt* ook geregeld op deze manier toepast. In de belangenafweging zou er meer aandacht moeten zijn voor het recht op ontwikkeling van het kind. In de huidige praktijk wordt momenteel namelijk helemaal geen aandacht besteed aan het recht op ontwikkeling van het kind. Het tegenwerpen van het gedrag van hun ouders is in strijd met artikel 2 lid 2 IVRK en artikel 14 EVRM. Het EHRM heeft zich tot op heden niet uitgelaten of het tegenwerpen van het gedrag van ouders aan hun kinderen in strijd is met artikel 2 lid 2 IVRK en artikel 14 EVRM. In *Butt* werd hier geen antwoord op gegeven, omdat hier niet over werd geklaagd. De conclusie in deze masterscriptie is dat het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM en het recht op ontwikkeling van het kind uit artikel 6 lid 2 IVRK wel degelijk een grond zouden moeten zijn om langdurig onrechtmatig verblijvende kinderen een verblijfsvergunning te verlenen. Met de belangen van minderjarige kinderen dient altijd voldoende rekening gehouden te worden en kinderen mogen niet worden bestraft op basis van het gedrag van hun ouders.

6. Bronnenlijst

I. Literatuurlijst

Aarrass 2010

B. Aarrass, 'Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van 'privéleven' in migratiezaken', DcA&MR 2010.

Arts 2014

K. Arts, 'Twenty-Five Years of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Achievements and Challenges', *Netherlands International Law Review* 2014-3, p. 267-303.

Blaak e.a.

M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal jeugdrecht, Leiden: Defence for Children 2012*.

Bruning, Liefwaard en Vlaardingenbroek 2016

M. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingenbroek, 'Jeugdrecht en jeugdhulp', Amsterdam: Reed Business, 2016.

Chebti 2015

M. Chebti, 'Ambtshalve rechterlijke beoordeling van de rechten van het kind voortvloeiend uit artikel 8 EVRM' *FJR* 2015/29.

Doek 2006

J. Doek, 'What does the children's convention require, 20 *Emory Int'L Rev.* 199-208. (2006).

Freeman 2007

M. Freeman, 'Why it remains important to take children's rights seriously', *International Journal Children's Rights* 15 (2007).

Gerards NJCM-Bulletin 2004

J.H. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM. Art. 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 189-191.

Graaf de, e.a. *Ars Aequi* 2013

J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2013.

Graaf, de, e.a., CCRA 2015

J.H. de Graaf e.a., 'De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak, Deel II, Amsterdam: Centre for Children 's Rights Amsterdam (CCRA), 2015.

Gütters en Van Oss *A&MR* 2013

C. Gütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wel. Over de uitsluiting van niet asieltkinderen bij het kinderpardon', *A&MR* 2013-07.

Herwijer 2017

M. Herwijer, 'In de kinderschoenen: Naar een volwassen benadering van het belang van het vreemdelingenrecht', *A&MR* 2017-8.

Huijter en Weijers *FJR* 2016

J. Huijter en I. Weijers, 'De aanvaardbare termijn in jeugdbeschermingszaken', *FJR* 2016/40.

Ismaili *A&MR* 2019

N. Ismaili, 'Met de kennis van nu kreeg het kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden?', *A&MR* 2019-6/7.

Kalverboer en Zijlstra 2006

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

Kalverboer en Beltman 2014

M.E. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014/46.

Kienzler, Wenzel en Shaini 2018

H. Kienzler, T. Wenzel en M. Shaini, 'Vulnerability and psychosocial health experienced by repatriated children in Kosovo', *Transcultural Psychiatry*, 2018 Doi: 10.1177/1363461518802992.

Kinderombudsman 2017

Kinderombudsman, '*Standpunt: Een alternatief Kinderpardon dat recht doet aan kinderen*', Den Haag: 2017.

Klaassen 2015

M.A.K. Klaassen, 'The right to family unification: Between migration control and human rights', Meijers Instituut, 2015.

Klaassen en Lodder 2017

M.A.K. Klaassen en G. Lodder, 'Kroniek gezinshereniging 2016-2017', *A&MR* 2017, nr. 10.

Klaassen 2019

M.A.K. Klaassen, 'Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases', *NQHR*, april 2019, Volume: 37, issue: 2, p. 157-177.

Liefwaard 2013

T. Liefwaard, 'Het belang van het kind als kinderrecht', *FJR* 2013/76.

Liefwaard 2013

T. Liefwaard, 'De waarde van de rapportageverplichting van Nederland aan het VN-kinderrechtencomité', *NTM/NJCM-Bull*, 2013/37.

Liefaard 2015

T. Liefaard, 'Procespositie minderjarige', *FJR* 2015/12.

Liefaard 2016

T. Liefaard, 'Het belang van het kind en de hooggespannen verwachtingen van het IVRK: pleidooi voor en kinderrechtenbenadering', Den Haag: Boomcriminologie 2016.

Liefaard en Doek 2015

T. Liefaard en J.E. Doek, 'Kinderrechten in de rechtspraak: een internationaal perspectief', *FJR* 2015/20.

Mijnarends 2000

E.M. Mijnarends, 'De betekenis van het Internationale Kinderrechtenverdrag voor Nederland', *AA*, nr. 2 (2000).

Reneman 2011

A.M. Reneman, 'Het kinderrechtenverdrag krijgt tanden. Over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht', *A&MR* 2011-08.

Ruitenbergh 2003

G.C.A.M. Ruitenbergh, 'De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse Rechtspraak', Vrije Universiteit Amsterdam, 2003.

Ruitenbergh SWP 2003

G.C.A.M. Ruitenbergh, *Het Internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak*' Amsterdam: SWP 2003.

Scherder, van Os en Zijlstra 2018

E. Scherder, C. van Os en E. Zijlstra, 'Schaderisico bij uitzetting langdurig verblijvende kinderen. Een multidisciplinaire wetenschappelijke onderbouwing', Groningen/Amsterdam, 2018.

Smyth 2013

C.M. Smyth, 'The Common European Asylum System and the Rights of the Child an Exploration of Meaning and Compliance', 's Hertogenbosch: Boxpress, 2013.

Smyth 2015

C. Smyth, 'The Best Interest of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?', (2015) 17 *European Journal of Migration and Law*.

Steketee, Overgaag & Lünemann

M. J. Steketee, A.M. Overgaag & K.D. Lünemann, 'Minderjarigen als procespartij?! Het functioneren van de bijzondere curator ex artikel 1:250 BW en de mogelijkheden van een formele rechtsingang voor minderjarigen'. Utrecht: Verwey-Jonkers Instituut 2003.

Ullersma en Werner *A&MR* 2013

C. Ullersma en J. Werner, 'De regeling langdurig verblijvende kinderen: tussen pardon en kinderrecht', *A&MR* 2013, afl. 9.

Van Dijk 1986

P. van Dijk, 'Het internationaal recht inzake de rechten van de mens', in: *Rechten van de mens in mondiaal en Europees perspectief*, derde herziende druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1986.

Van Os & Rodrigues 2013

C. van Os & p. Rodrigues, 'Op de hurken, naar een kinderrechtenperspectief in het vreemdelingenrecht'. *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten*, NJCM 2013, afl. 42.

Van Os 2012

C. van Os, 'De relevantie van het Kinderrechtenverdrag voor minderjarige vreemdelingen', *Justitiële verkenningen*, jrg. 38, nr. 6, 2012.

Van Os e.a. 2019

Van Os e.a., Het belang van het kind in kaart gebracht, *De Psycholoog*, februari 2019.

Werner, A&MR 2015/1

J. Werner, 'Gedrag van ouders te vaak toegerekend aan het kind. De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind', *A&MR* 2015 afl. 1.

II. Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 13 februari 2000, 47160/99 (*Ezzouhdi t. Frankrijk*)

EHRM 5 september 2000, 44328/98 (*Solomon t. Nederland*)

EHRM 2 augustus 2001, 54273/00 (*Boultif t. Zwitserland*)

EHRM 22 februari 2002, 2346/02 (*Pretty*)

EHRM 8 juli 2003, 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*)

EHRM 9 oktober 2003, 48321/99 (*Silvenko t. Letland*)

EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), *JV* 2006/90 m.nt. Boeles

EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva and Hoogkamer t. Nederland*), *JV* 2006/90 m. nt A. Woltjer

EHRM 23 juni 2008, 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*)

EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Neulinger en Shuruk/Zwitserland*)

EHRM 14 juni 2011, 38058/09 (*Osman v. Denmark*), *JV* 2011/331 m.nt. S.K. van Walsum

EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), *JV* 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum

EHRM 20 september 2011, *JV* 2011/484 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*)

EHRM 20 september 2011, 8000/08 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*) *JV* 2011/484 m.nt. S.K. van Walsum

EHRM 27 september 2011, 56328/07 (*Bah t. Verenigd Koninkrijk*) m.nt. C.H. Slingenberg, *JV* 2012/33. Van Walsum, *JV* 2013/1

EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi t. Noorwegen*), *JV* 2012/170 m.nt. S.K. van Walsum

EHRM 4 december 2012, 47017/09 (*Butt t. Noorwegen*), *JV* 47017/09 m.nt. M.C. Stronks

EHRM 6 november 2012, 22341/09, (*Hode en Abdi t. Verenigd Koninkrijk*), m.nt. S.K. van Walsum

EHRM 24 juli 2014, 32504/11 (*Kaplan t. Noorwegen*), *JV* 2014/320 m.nt. J. Werner

EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*)

European Human Rights Cases

EHRC 2 augustus 2001, nr. 54273/00 (*Boultif t. Zwitserland*), m.nt. A. Woltjer

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 13 september 2005, 200507132/1, *JV* 2005/409, m.nt. Spijkerboer

ABRvS 13 juni 2007, ECLI: RVS:2007:NA7088

ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL: RVS:2008: BC9087

ABRvS 2 mei 2011, 20101016/1/V1 (hoger beroep van: Rb. 's-Gravenhage (zittingsplaats Arnhem) 19 oktober 2010, AWB 09/39956)

ABRvS 31 januari 2012, ECLI:NL: RVS: 2012: BV2881

ABRvS 7 februari 2012, *JV* 2012/152

ABRvS 7 februari 2012, ECLI: NL: RVS: 2012: BV3716

ABRvS 11 april 2013, ECLI:NL: RVS:2013:BZ8723

ABRvS 14 augustus 2013, ECLI:NL: RVS:2013:804, *JV* 2013/399 m.nt. D. Beltman

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

ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL: RVS:2014:923

ABRvS 21 maart 2014, ECLI:NL: RVS:2014:1197

ABRvS 27 maart 2014, ECLI:NL: RVS:2014:1108

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

ABRvS 4 maart 2015, ECLI: NL: RVS: 2015: 644, *JV* 2015/113, m.nt. J. Werner

ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL: RVS: 2015: 1682

ABRvS 9 november 2015, ECLI: RVS: 2015: 3566

ABRvS 2 mei 2016, ECLI: NL: RVS: 2016: 1285

CRvB 4 mei 2016, ECLI:NL: CRVB:2016:1746

ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL: RVS: 2017:964

ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL: RVS:1414, *JV* 2017/153

ABRvS 11 januari 2018, 201704731/1/V2, ECLI: NLRVS:2018:73

ABRvS 11 januari 2018, ECLI: NL: RVS: 2018: 73

Rechtbanken

Rechtbank Den Haag 14 mei 2014, ECLI: NL: RBDHA: 2014: 5869

Rechtbank Den Haag 21 april 2017, ECLI: NL: RBDHA: 2017

Rechtbank Den Haag 17 december 2015, ECLI: RBDHA: 2015: 14659

Rechtbank Den Haag 21 december 2018, ECLI: NL RBDHA: 2018: 15336

Rechtbank Den Haag 22 februari 2019, ECLI: NL: RBDHA: 2019: 2290, zaaknr. AWB 18/6967, AWB 18/6968, AWB 18/4642, AWB 18/3286, JV 2019/128. m.nt. M.C.

Stronks en W.K. Hutten

Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) 22 februari 2019, ECLI:NL: RBDHA:2019:2290, JV 2019/128, m.nt. M.C. Stronks & W.H. Hutten

III. Parlementaire – en Kamerstukken

Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (*Stb.* 2019, 143).

Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 8 februari 2019, nummer WBV 2019/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 8116).

Brief van het Presidium van 12 maart 2020 (*Kamerstukken II 2019/20, 34541, nr. 14*).

Brief van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (*Kamerstukken II 34541, nr. 5*).

Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2013, 2573).

Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 8 februari 2019, nummer WBV 2019/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 8116).

Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (*Stb.* 2019, 143).

Wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind, *Kamerstukken II 2018/19, 34541, 3 (MvT)*.

Wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind, *Kamerstukken II 2018/19, 34541, 9*.

Kamerstukken

Kamerstukken II, 1992-93, 22855, 3

Kamerstukken II 2003/04, 19637, 824

Kamerstukken II 2006/07, 19637, 1131

Kamerstukken II 2006/07, 19637, 1162

Kamerstukken II 2012/13, 19637, 1597

Kamerstukken II 2013/14, 19637, 1800

Kamerstukken II 2014/15, 19637, 1968

Kamerstukken II 2015/16, 34541, 3, (MvT)

Kamerstukken II 2015/16, 19637, 2190

Kamerstukken II 2018/19, 34541, 8

Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2

IV. Werkinstructies, Richtlijnen en General Comments

Werkinstructies IND

Werkinstructie IND, WI 2019/15, Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM.

Richtlijnen

Richtlijn 2013/32/EU

Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming.

General Comments

General Comment no. 14, 'The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration', CRC/C/GC/14, 29 May 2013.

V. Overig

Van Kommer, AD 9 september 2018

R. van Kommer e.a., 'De bizarre 24 uur van Lili en Howick', AD 9 september 2018, geraadpleegd via:

<https://www.ad.nl/binnenland/de-bizarre-24-uur-van-lili-en-howick~aa7bba5c/>.

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2011

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, Om het maatschappelijk belang. Advies over het betrekken van het lokale bestuur en de lokale gemeenschap bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid. Den Haag: ACVZ december 2011.

Defence for Children 2018

Defence for Children 31 augustus 2018, 'Twaalf organisaties: Harbers gebruik uw discretionaire bevoegdheid', Dossier: Kinderpardon geraadpleegd via:

<https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/migratie/2018/twaalf-organisaties-harbers-gebruik-uw-discretionaire-bevoegdheid/>.

Defence for Children 2019

Defence for Children 30 januari 2019, 'Akkoord over Kinderpardon', Dossier: Kinderpardon geraadpleegd via:

https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/migratie/2019/akkoord-over-kinderpardon?gclid=EAJaIQobChMInaG3j43x5AIVw-R3Ch1BVg6HEAAYASAAEgKArfD_BwE.

Defence for Children 2019

Defence for Children 29 december 2019, 'Afsluitingsregeling Kinderpardon (nog) geen oplossing voor veel gewortelde kinderen', Dossier: Kinderpardon geraadpleegd via:

<https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/migratie/2019/afsluitingsregeling-kinderpardon-nog-geen-oplossing-voor-veel-gewortelde-kinderen/>.

Dienst Terugkeer en Vertrek 2020

Dienst Terugkeer en Vertrek, Cijfers Afsluitingsregeling Langdurig Verblijvende Kinderen bekend, 2020 geraadpleegd via:
<https://www.dienstterugkeerenvertrek.nl/Actueel/Nieuws2020/cijfers-kinderpardon.aspx>.

FRA Handboek 2010

FRA, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, Raad van Europa, 2010.

Hutten 2019

W.K. Hutten, 'Wie beslist over de verblijfsstatus van migranten, de IND of de rechter?', 4 april 2019 geraadpleegd via: <http://verblijfblog.nl/wie-beslist-over-de-verblijfsstatus-van-migranten-de-ind-of-de-rechter/>.

Ministerie van Justitie en Veiligheid 2018

Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Rapportage Vreemdelingenketen periode januari-december 2018*.

UNICEF 2019

UNICEF, Child-sensitive return. Upholding the best interests of refugee and migrant children in return decisions and processes in the Netherlands, November 2019 geraadpleegd via:
<https://www.unicef.nl/files/UNC%20Country%20Report%20NL%20FINAL%20web.pdf>.