

Het beroep dat gewortelde kinderen doen op het Kinderpardon is onder meer geënt op hun recht op respect voor hun privéleven, zoals beschermd wordt in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De betekenis van artikel 3 IVRK wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) betrokken bij de beoordeling van artikel 8 EVRM. In meerdere zaken heeft het Hof geoordeeld dat de materiële omvang van artikel 8 EVRM moet worden uitgebreid door het belang van bij individuele zaken betrokken kinderen.⁶ In de rechtspraak van de Europese Hoven is een duidelijke ontwikkeling zichtbaar die de belangen van kinderen meer centraal stelt.⁷

De Hoge Raad heeft in haar uitspraak van 21 juli 2012 over de opvang van uitgeprocedeerde gezinnen een uitvoerige samenvatting gegeven van EHRM uitspraken waarin wordt verwezen naar de plicht om het belang van het kind een primaire overweging te laten zijn: 3.5.3 (...) *Als het gaat om de beoordeling van maatregelen die kinderen betreffen - zoals kindbeschermingsmaatregelen of besluiten inzake uitzetting - dan is aandacht voor "the best interests of the child" van cruciaal belang ("of crucial importance", vgl. EHRM 7 augustus 1996, no. 17383/90, LJV AB9924, onder 64, als aangehaald in genoemde uitspraak Scozzari en Giunta tegen Italië, EHRM 13 juli 2000, LJV AP0786, onder 72).* (...) ⁸

Het belang van de kinderen die een beroep doen op de regeling voor langdurig verblijvende kinderen is er in gelegen dat hun rechten uit het IVRK gerespecteerd worden, dit wordt ook wel het accessoire karakter van artikel 3 IVRK genoemd.⁹ Artikel 3 van het IVRK is nauw verbonden met artikel 6, tweede lid, van het IVRK, waarin het recht op ontwikkeling is neergelegd.¹⁰

Voor elk kind, dus ook voor minderjarige asielzoekers en migranten, is het zich kunnen ontwikkelen de essentie van het kind-zijn. Bij vreemdelingen is die ontwikkeling per definitie al, veelal abrupt, verstoord door de vlucht of migratie naar Nederland. In Nederland staat door omstandigheden in de verblijfsprocedures die ontwikkeling vaak opnieuw onder druk. In een advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) aan oud-minister Leers wordt de kwetsbare positie van gewortelde minderjarigen benadrukt, evenals de spanning die dit oplevert met het IVRK. De ACVZ verwijst daarbij naar het onderzoek van Kalverboer en Zijlstra.¹¹ Met name de schade die deze kinderen vaak in hun ontwikkeling oplopen wordt problematisch genoemd: *“Een deel van deze kinderen wordt in hun ontwikkeling geschaad door langdurige bestaansonzekerheid en het ontbreken van continuïteit en stabiliteit in hun opvoeding en verzorging. Zij verkeren in een situatie waar ze zelf geen of weinig invloed op hebben en ervaren geen toekomstperspectief. (...) Ondanks de voortdurende onzekerheid waarin zij verkeren, raken deze kinderen, sneller dan hun ouders en andere volwassen vreemdelingen, na verloop van tijd geworteld in de lokale gemeenschap. Ze zijn leerplichtig en gaan dus meestal naar school, zijn lid van sportclubs en participeren in het verenigingsleven. Zo maken zij op verschillende manieren sneller contact met andere mensen. De maatschappelijke verontwaardiging over het niet toestaan van verblijf aan*

⁶ Zie bijvoorbeeld: EHRM 31 januari 2006 (Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands), nr. 50435/99, JV 2006/90 met noot van Boeles, NAV 2006/7 met noot van Bombeke; EHRM 12 oktober 2006 (Mubilanzila Mayeka and Kanika Mitugna vs. België) nr. 13178/03, JV 2007/29 en EHRM 28 juni 2011 (Nunez v. Norway), nr. 55597/09, JV 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum.

⁷ M. Reneman, ‘Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden’, *Asiel & Migrantenrecht*, nr. 8, pp. 349-362.

⁸ www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BW5328

⁹ C. van Os & D. Beltman (2012). ‘Kinderrechten in het migratierecht’. In: M. Blaak e.a. (2012). *Handboek Internationaal Jeugdrecht*. Leiden: Defence for Children, p. 730.

¹⁰ Artikel 6 lid 2 IVRK: De Staten die partij zijn, waarborgen in de ruimst mogelijke mate het overleven en de ontwikkeling van het kind.

¹¹ M.E. Kalverboer, A.E. Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet*, Rijksuniversiteit Groningen, april 2006. *Migratiweb*: ve07001387.

*langdurig verblijvende vreemdelingen is dan ook het grootst als het om (gezinnen met) kinderen gaat. Gelet hierop acht de commissie het, mede in het licht van de bepalingen in het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind (IVRK), noodzakelijk dat bij de beoordeling van verzoeken om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid wegens een maatschappelijk belang speciale aandacht bestaat voor uitgeprocedeerde vreemdelingen die minderjarig zijn.*¹²

Voor de in Nederland gewortelde kinderen die bedreigd worden met uitzetting geldt dat zij het aanmerkelijke risico lopen beschadigd te raken in hun ontwikkeling.

In de memorie van toelichting op de voorloper van de huidige regeling, het oorspronkelijke wetsvoorstel van PvdA/ChristenUnie¹³, is een uitvoerig overzicht gegeven van de literatuur die aantoont dat kinderen schade (kunnen) oplopen als zij na lang verblijf nog gedwongen worden uitgezet. Daarbij is veelvuldig een beroep gedaan op de literatuur van bovengenoemde Kalverboer & Zijlstra. Deze literatuur maakt geen onderscheid in de aard van procedures die ouders of alleenstaande minderjarigen ooit begonnen zijn in het land van ontvangst. Voor kinderen van reguliere migranten gelden dezelfde aannames over te verwachten schade als voor kinderen met een asielachtergrond.

3. Regeling langdurig verblijvende kinderen

Er zijn kinderen die al jarenlang in Nederland verblijven zonder uitzicht te hebben op een verblijfsvergunning. Om te voorkomen dat jongeren de dupe worden van jarenlange procedures en andere factoren besloot het Kabinet een definitieve regeling en een overgangsregeling te treffen, samen Regeling langdurig verblijvende kinderen, zodat jongeren toch in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning indien zij aan een aantal criteria voldoen.

De peildatum van de overgangsregeling startte op 29 oktober 2012 en tot 1 mei 2013 kon een beroep gedaan worden op de overgangsregeling. Nu de overgangsregeling is afgelopen, blijkt dat een aantal criteria uit de overgangsregeling ervoor zorgt dat er toch gewortelde jongeren langer dan vijf jaar in Nederland wonen en een aanvraag hebben ingediend die buiten de boot vallen.

3.1 Toepassing op overgangsregeling en definitieve regeling

De definitieve regeling stelt een aantal criteria aan het toekennen van een aanvraag. Hierbij speelt de eerste voorwaarde, het leeftijdscriterium, geen rol bij de definitieve regeling, omdat de vergunning uiterlijk op de achttiende verjaardag aangevraagd kan worden. Bij de tweede voorwaarde van de definitieve regeling,¹⁴ wil de indiener het aspect 'asielaanvraag' ter discussie stellen, dit geldt zowel voor de overgangsregeling als de definitieve regeling. Naar inschatting van de indiener zal de derde voorwaarde, het criterium van toezicht, minder spelen bij de definitieve regeling omdat de overheid tegenwoordig doorgaans opvang verschaft aan gezinnen met kinderen. Veel eerder zal het bij de definitieve regeling gaan om het 'meewerkcriterium' als contra-indicatie dat onredelijk uitpakt voor kinderen. De indiener komt daar in een later stadium op terug.

¹² 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 december 2011, p. 31.

¹³ <https://zoek.officiëlebezoekingen.nl/dossier/33068/kst-33068-6?resultIndex=8&sorttype=1&sortorder=4>

¹⁴ dat de persoon tenminste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel heeft, of heeft ingediend, en na die aanvraag tenminste vijf jaar in Nederland heeft verbleven.

In de volgende paragrafen volgt de argumentatie om drie groepen kinderen alsnog onder het Kinderpardon te brengen.

4. Beslispunten

De indiener is van mening dat een aantal criteria voor het verlenen van een vergunning in het kader van het Kinderpardon opgenomen in de regeling in paragraaf 3.1 problematisch is en bepleit aanpassing van deze criteria. Deze criteria zijn:

De IND verleent een vergunning aan de vreemdeling die in het kader van de regeling als hoofdpersoon kan worden beschouwd:

- die jonger is dan 21 jaar op de startdatum van de peilperiode;
- die zelf, dan wel ten behoeve van wie, op de startdatum van de peilperiode tenminste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag als bedoeld in artikel 28 Vw (asielaanvraag) heeft, dan wel is, ingediend bij de IND en na die aanvraag tenminste vijf jaar in Nederland heeft verbleven;
- die zich gedurende de periode van verblijf in Nederland niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden heeft onttrokken aan het toezicht van IND, DT&V, COA of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de meldplicht), of in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen, van voogdijinstelling Nidos.¹⁵

Vanuit het belang van het kind dat voorop moet staan, is de indiener van mening dat er een oplossing moet komen voor alle in Nederland gewortelde kinderen die langer dan vijf jaar in Nederland wonen en een verblijfsvergunning hebben aangevraagd. De voorwaarden van de Regeling langdurig verblijvende kinderen houden onvoldoende rekening met de belangen van kinderen die vallen onder bovengenoemde drie criteria.

Om de belangen van kinderen te waarborgen stelt de indiener voor de voorwaarden uit paragraaf 3.1 van de Regeling langdurig verblijvende kinderen aan te passen.

4.1 Gewortelde jongeren 21+

Ongeveer 190 jongeren die een aanvraag voor het Kinderpardon hebben gedaan, zijn afgewezen omdat ze op de peildatum van 29 oktober 2012 ouder waren dan 21 jaar. Zij zijn wel voor hun dertiende levensjaar naar Nederland gekomen, hebben vijf jaar als minderjarige in Nederland gewoond en zijn dus geworteld in Nederland. Voor deze, veelal alleenstaande, jongeren die zonder ouders zijn gekomen, is het ondenkbaar om na zo'n extreem lange periode van gewenning in Nederland, minstens acht jaar, het land te moeten verlaten. Zij hebben een cruciale periode van hun sociaal-emotionele ontwikkeling, en ook de belangrijke fase van identiteitsvorming in Nederland doorgemaakt. Voor jongeren die als kind al moesten zien te herstellen van de breuk met hun ouders, is stabiliteit en continuïteit nu extra belangrijk. Eerder is onder andere door VluchtelingenWerk Nederland en Defence for Children aangedrongen op het verhogen van de leeftijdsgrens naar 25 jaar omdat daarmee de groep jongeren die te laat kwamen voor het Generaal Pardon in ieder geval gered zou zijn.¹⁶ De uiterste datum waarop men asiel moest hebben aangevraagd om in aanmerking te komen voor de Regeling afhandeling nalatenschap oude Vreemdelingenwet (RanoV) was 1 april 2001.¹⁷ Na die datum is de groep van in Nederland gewortelde jongeren weer gaan groeien. De ratio van de alternatieve leeftijdsgrens is gebaseerd op de maximale leeftijd van een jongere die net buiten de RanoV viel en verder wel aan het vereiste van vijf jaar verblijf gedurende

¹⁵ Vreemdelingencirculaire 2000, Hoofdstuk B22, Langdurig verblijvende kinderen, paragraaf 3.1.

¹⁶ <http://www.defenceforchildren.nl/images/69/2163.pdf>

¹⁷ Regeling afwikkeling nalatenschap oude Vreemdelingenwet, ofwel: generaal pardon.

minderjarigheid voldoet. Dit alternatief schept enerzijds een duidelijke grens aan de overgangsregeling en geeft tegelijkertijd een rechtvaardiging voor die grens. Het alternatief wordt dan ook ondersteund door de initiatiefnemer.

Beslispunt: de initiatiefnemer stelt voor om een vergunning te verlenen aan jongeren die jonger zijn dan 25 jaar op de startdatum van de peilperiode en die vijf jaar als minderjarige in Nederland hebben gewoond.

4.2 Gewortelde kinderen zonder asielaanvraag

Ongeveer 430 kinderen en gezinsleden hebben geen Kinderpardon gekregen omdat zij geen asiel hebben aangevraagd. Onbekend is hoeveel van hen wel een andere, reguliere vergunning heeft aangevraagd. Bijvoorbeeld op grond van schrijnende omstandigheden, medische gronden of voor verblijf bij gezinsleden.

Het aanvragen van een vergunning, voor het dertiende levensjaar, komt de indiener als een redelijke eis voor: wie aanspraak maakt op het Kinderpardon moet zich ook tot de overheid hebben verhouden. De indiener is van mening dat daarmee voldoende is ondervangen dat er veel mensen ‘plotseling opduiken vanuit de illegaliteit’, zoals door de staatssecretaris wel eens is gesuggereerd.

Op basis van de analyse van het belang van het kind, moet geconcludeerd worden dat de schade die kinderen oplopen als ze na langdurig verblijf worden uitgezet, niet gerelateerd is aan de aard van de procedure die het kind heeft doorlopen.¹⁸

Bij sommige groepen kinderen met reguliere procedures is goed te zien hoe toevallig, en dus onrechtvaardig, het is dat ze nu afgerekend worden omdat ze geen asiel hebben aangevraagd. Te denken valt bijvoorbeeld aan orthodoxe christenen uit Egypte die een beroep deden op schrijnende omstandigheden of een kind met een moeder die slachtoffer was van mensenhandel en een tijdelijke reguliere vergunning heeft gekregen. Een toevallig samenspel van factoren heeft gemaakt dat ze in een reguliere procedure verzeild raakten en niet in de asielprocedure.

Aan de andere kant zullen er ook kinderen zijn die evident geen kans maakten op een erkenning als vluchteling maar toch asiel hebben aangevraagd. Zij vallen nu onder het Kinderpardon, wat de indiener betreft overigens terecht als ze aan het verblijfs criterium voldoen, maar het maakt duidelijk hoe oneerlijk het gekozen onderscheid is.

Er wordt ook geen onderscheid gemaakt tussen kinderen met en zonder asielachtergrond als het gaat om het waarborgen van fundamentele rechten, zoals het recht op onderdak.¹⁹ De indiener is van mening dat ook kinderen die een reguliere procedure hebben doorlopen, onder het Kinderpardon gebracht moeten worden.

Beslispunt: de indiener stelt voor dat naast kinderen die een asielaanvraag doen volgens artikel 28 van de Vreemdelingenwet ook kinderen die een reguliere aanvraag hebben gedaan volgens artikel 14 van de Vreemdelingenwet en ten minste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar in Nederland verbleven, onder het Kinderpardon moeten vallen.

4.3 Rijkstoezicht

De regeling stelt als voorwaarde voor het verlenen van een verblijfsvergunning dat de kinderen onder Rijkstoezicht van een van de ketenpartners in de vreemdelingenketen moeten hebben gestaan. In de Regeling ter afwikkeling nalatenschap oude vreemdelingenwet, het Generaal Pardon uit 2007, werd ook de voorwaarde van Rijkstoezicht gesteld aan een periode van ononderbroken verblijf in Nederland. Echter indien de verblijfsplaats van de vreemdeling

¹⁸ http://www.rug.nl/research/study-centre-for-children-migration-and-law/publications/memo_schadenota.pdf

¹⁹ Hoge Raad 21 september 2012, *ECLI:NL:PHR:2012:BW5328*, r.o. 3.7.2.

niet bij de IND of DT&V bekend was kon door middel van een verklaring van de burgemeester van de gemeente waar de vreemdeling verbleef, worden aangetoond of er sprake was van ononderbroken verblijf.

Ongeveer 300 kinderen en gezinsleden voldoen nu niet aan de huidige voorwaarde van Rijkstoezicht. Zij waren al die tijd wel in beeld bij gemeenten, waar ze naar school gingen, lid waren van een sportclub of anderszins wel in beeld waren van de gemeente.

Voordat het Gerechtshof in Den Haag²⁰ de overheid verbood om nog langer uitgeprocedeerde gezinnen met kinderen op straat te zetten, hebben deze gezinnen onderdak gekregen bij particulieren of in de gemeentelijke noodopvang. Toenmalig Minister Hirsch Ballin van Justitie liet de Kamer weten dat hij in de uitspraak geen aanleiding zag om gezinnen die al eerder op straat waren gezet, alsnog een plek te geven in de Rijksopvang van het COA.²¹ Zijn opvolger, toenmalig Minister Leers van Immigratie, Integratie en Asiel, heeft dit standpunt een aantal keren herhaald.²² Dat veranderde toen de Hoge Raad de uitspraak van het Gerechtshof bevestigde. Minister Leers stelde vast dat deze uitspraak ook met zich mee brengt dat de overheid opvang moet verlenen aan onrechtmatig verblijvende gezinnen die niet (meer) in de opvang verblijven en die in een humanitaire nood situatie verkeren.²³

De peildatum van 27 juli 2010 in de overgangsregeling is gekoppeld aan het opvangrecht voor gezinnen met minderjarige kinderen, die voor het eerst werd erkend met de uitspraak van die datum van het Gerechtshof. De grondgedachte van de keus voor deze peildatum lijkt te zijn dat vanaf die datum iedereen eenvoudig in beeld van de Rijksoverheid kon zijn. Paradoxaal genoeg houdt de gekozen overgangsregeling geen rekening met de verkeerde uitvoering die in de eerste periode na 27 juli 2010 is gegeven aan de uitspraak van het Gerechtshof.

Ook nadat de Hoge Raad de uitspraak van het Gerechtshof bevestigde en Minister Leers een ruimere interpretatie gaf aan de opvangverplichting, kwamen deze gezinnen vaak niet in aanmerking voor de COA-opvang omdat zij zich niet in een 'humanitaire nood situatie' bevonden, zoals het arrest vereist.²⁴ Zij hadden immers gelukkig via andere wegen onderdak gevonden.

De indiener vindt dat het toezichtcriterium moet worden uitgebreid met een burgemeestersverklaring. Feitelijk is de voorwaarde bedoeld om aan te tonen dat de kinderen vijf jaar in Nederland hebben verbleven. Daarom zou in ieder geval voor de Overgangsregeling volstaan kunnen worden met het vaststellen van vijf jaar feitelijk verblijf. Hiertoe kunnen ook burgemeesters een belangrijke rol spelen zoals in 2007 waar bij het Generaal Pardon door een burgermeestersverklaring getoetst werd of persoon in beeld was bij de lokale overheid.

Beslispunt: de indiener stelt voor om het criteria voor Rijkstoezicht te verruimen tot gemeentetoezicht omdat ook kinderen die ingeschreven zijn bij een gemeente, school of anderszins onder gemeentetoezicht stonden in beeld waren van de overheid. De indiener stelt tevens voor de toetsing van gemeentetoezicht uit te voeren door middel van een burgemeestersverklaring.

De indiener is van mening dat met bovenstaande aanpassingen recht gedaan wordt aan de belangen van in Nederland gewortelde kinderen. De indiener is ervan overtuigd dat het Kinderpardon zoveel mogelijk sluitend moet worden. Het huidig kinderpardon zonder

²⁰ Gerechtshof Den Haag 27 juli 2010 (tussenvonnissen), *ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164* en Gerechtshof Den Haag 11 januari 2011 (einduitspraak), *ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924*.

²¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 3037.

²² Zie bijvoorbeeld: *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 1021.

²³ *Kamerstukken II* 2012/13, 19 637, nr. 1587, p. 2.

²⁴ Hoge Raad 21 september 2012, *ECLI:NL:PHR:2012:BW5328*.

aanpassingen zal leiden tot nieuwe Pardonregelingen en vanuit het belang van het kind en bestuurlijk belang vindt de indiener dit zeer onwenselijk.

5. Financiële consequenties

Het is lastig vast te stellen welke gevolgen de voorstellen in deze initiatiefnota hebben voor de begroting. Veel kinderen en hun gezinsleden krijgen nu ondersteuning. Met het verlenen van een verblijfsvergunning nemen de mogelijkheden om in eigen overhoud te voorzien toe en kan dit op termijn een gunstig effect op de begroting hebben wanneer gezinnen geen beroep meer hoeven te doen op ondersteuning.

Voortman