

## **Het kind is nog steeds de dupe**

**Carolus Grütters**

*De auteur is Fellow bij het Centrum voor Migratierecht aan de Radboud Universiteit, Nijmegen.*

*De elfjarige Mikael uit Amsterdam is opnieuw een voorbeeld van de moeizame wijze waarop Nederland met langdurig verblijvende kinderen zonder verblijfsvergunning omgaat. Dit artikel schetst de geschiedenis hiervan en doet suggesties voor een oplossing. Als we het Verdrag voor de Rechten van het Kind serieus nemen, moet er een structurele regeling zoals het Kinderpardon in het vreemdelingenrecht worden ingebouwd. Niet als handreiking naar politici, maar omdat kinderen gewoon het recht hebben om beschermd te worden.*

Kinderen hebben recht op bijzondere zorg en aandacht, zo staat in artikel 25 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Het mede daarop gebaseerde Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), schrijft in artikel 3 voor: ‘In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration’.

Zo duidelijk als deze bepaling is, zo moeizaam is de houding van de Nederlandse overheid met betrekking tot de implementatie van dit artikel. Het verdrag stamt uit 1989 en is een van de weinige verdragen van de VN dat door alle lidstaten (met uitzondering van de VS) is geratificeerd. Nederland was overigens een van de allerlaatste landen dat het IVRK (in 1995) ratificeerde. Het bijbehorende derde optionele protocol, dat het individuele klachtrecht mogelijk maakt, is echter nog steeds niet door Nederland geratificeerd. Kennelijk wordt het risico, om door een rechterlijke instantie aangesproken te worden op mogelijke schendingen van het verdrag, nog steeds te groot geacht.

Een van de eerste zaken (in Nederland) waarbij het kind centraal staat en het belang van het Kinderrechtenverdrag volop in de schijnwerpers komt te staan, is de zaak van Mauro uit Angola. Hij had zich als alleenstaande tienjarige in 2003 in Nederland gemeld en een asielvergunning aangevraagd. Dat verzoek werd in 2007 (definitief) afgewezen. In de tussentijd was Mauro erg gehecht geraakt aan zijn pleegouders in Nederland en werd er door hen een adoptieprocedure gestart. Die procedure mislukte echter omdat de documentatie, die uit Angola moest komen, niet aan de formele vereisten voldeed.

### **Minister Leers**

Vervolgens vraagt Mauro een verblijfsvergunning aan op grond van gezinsleven bij zijn pleegouders (artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens). Maar ook dat verzoek wordt afgewezen. De vreemdelingenrechter in Amsterdam oordeelt dan in 2010 in beroep dat Mauro wel recht heeft op een verblijfsvergunning onder uitdrukkelijke verwijzing naar het Kinderrechtenverdrag. Minister Leers gaat echter in hoger beroep en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van de State (ABRvS) oordeelt dan in 2011 dat de rechtbank buiten haar boekje is gegaan en vernietigt de uitspraak van de rechtbank. Mauro is dan (bijna) 18 jaar en krijgt na veel publiciteit en politieke discussies toch nog een verblijfsvergunning. Niet op grond van asiel of gezinsleven maar om hier te mogen studeren.

Den Haag is ‘wakker geschud’ en het belang van het kind staat op de politieke agenda. Een van de pogingen om het belang van het kind uitdrukkelijk wettelijk te regelen, betreft een

wetsvoorstel uit 2011 van de Tweede Kamerleden Spekman (PvdA) en Voordewind (CU). Hun “Wortelingswet” beoogt langdurig in Nederland verblijvende kinderen die nog (steeds) geen verblijfsvergunning hebben maar wel door het lange verblijf inmiddels in Nederland geworteld zijn, een verblijfsrecht te geven. Na de val van het kabinet Rutte 1 in het voorjaar van 2012 krijgt het idee van een wortelingswet een plek in het regeerakkoord van het Kabinet Rutte 2. En in 2013 wordt de Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen van kracht.

De strekking van deze regeling – ook wel het Kinderpardon genoemd – is dat kinderen niet de dupe mogen worden van het uitzichtloze lange wachten in vreemdelingenrechtelijke procedures. Het Kinderpardon is bovendien een structurele regeling: dus geen incidentele of eenmalige regeling, maar een regeling die in lengte van jaren het kind, dat om wat voor reden dan ook langdurig in Nederland verbleef zonder verblijfsvergunning, letterlijk en figuurlijk een toekomst biedt.

### **Howick en Lili**

Alhoewel in het regeerakkoord van Rutte 3 (2017) staat dat het kinderpardon moet worden gehandhaafd, blijkt dat in politiek Den Haag erg lastig te zijn. Katalysator zijn nu broer en zus Howick en Lili. Zij zijn als twee- en driejarige peuters in 2008 met hun moeder uit Armenië naar Nederland gekomen. Het asielverzoek van de moeder werd afgewezen en een vervolgaanvraag bleef jarenlang op de plank liggen, simpelweg vanwege de achterstanden bij de IND. Dat fenomeen is overigens niet nieuw. Al sinds het midden van de tachtiger jaren van de vorige eeuw is het personeelsbeleid bij de IND (en de voorlopers daarvan) het resultaat van korte-termijn-financiering: als je in het huidige kwartaal minder dossiers hoeft te behandelen dan in het vorige kwartaal, dan moeten er in het volgende kwartaal behandelaars worden ontslagen. En met een krappe arbeidsmarkt is het dan lastig om, als dat nodig blijkt te zijn, weer nieuwe behandelaars in dienst te nemen.

In de zaak Howick en Lili bemoeien zich veel instanties met de kwestie, zoals: de nationale Kinderombudsman, verschillende rechters, UNICEF, de Raad voor de Kinderbescherming, de politiek, de media en de wetenschap. Professor Scherder, Nederlands bekendste hersenwetenschapper, concludeert onder meer dat het volstrekt onverantwoord is om kinderen, die hier al langer dan vijf jaar zijn, (gedwongen) uit te zetten naar een land dat ze niet kennen. Dergelijke kinderen worden aan een dusdanige vorm van stress blootgesteld dat er een grote kans is op een ontwikkelingsstoornis van de hersenen. Anders gezegd: het gedwongen uitzetten van kinderen in dergelijke omstandigheden is een vorm van mishandeling. En Howick en Lili waren destijds al tien jaar in Nederland.

De politieke discussie rondom een Kinderpardon concentreert zich vervolgens op twee verschillende juridische kwalificaties. De eerste invalshoek is die van de overheid: (1) Het is een bewuste keuze van de moeder om niet terug te gaan naar Armenië en dus komt de daaruit voortvloeiende situatie van hier gewortelde kinderen volledig voor ‘eigen risico’. Regels zijn regels: als je hier niet mag blijven, en dat oordeel wordt uiteindelijk door de hoogste rechter bevestigd, dan is het oneerlijk tegenover degenen die wel ‘netjes’ vertrekken als het niet vertrekken toch wordt beloofd. De tweede invalshoek is die van het kind: (2) Het kind kan er niets aan doen dat zijn ouders bepaalde juridische stappen zetten. Het is dus onterecht om kinderen verantwoordelijk te houden voor het handelen van hun ouders, althans de consequenties daarvan te laten dragen. Als kinderen langer dan vijf jaar in een land wonen, dan zijn ze geworteld geraakt en het (dreigen) met uitzetting is een vorm van kindermishandeling.

In 2018 krijgen Howick en Lili op het allerlaatste moment alsnog een verblijfsvergunning van VVD staatssecretaris Harbers. De VVD wil daar echter wel iets voor terug: de garantie dat het nu afgelopen is met al die zielige kinderen, oftewel de (permanente) regeling voor langdurig verblijvende kinderen (het kinderpardon) moet worden afgeschaft. Inmiddels is echter ook duidelijk geworden dat de voorwaarden van het dan nog geldende kinderpardon dusdanig strikt zijn, dat maar heel weinig kinderen uiteindelijk in aanmerking zijn gekomen voor een verblijfsvergunning op grond van die regeling. De bottleneck zit in de zogenoemde ‘meewerkplicht’. De bijbehorende redenering is: je komt in aanmerking als je hebt meegewerkt aan je terugkeer respectievelijk uitzetting. Maar als je hebt meegewerkt aan je terugkeer respectievelijk uitzetting dan ben je inmiddels vertrokken en heb je geen verblijfsvergunning meer nodig. En als je niet hebt meegewerkt aan je terugkeer resp. uitzetting dan heb je geen recht op een verblijfsvergunning. Tja.

### **Verruiming kinderpardon**

Het CDA verandert haar standpunt m.b.t. het kinderpardon, onder verwijzing naar het gebrek aan barmhartigheid, en werkt mee aan een verruiming van het kinderpardon. Tevens wordt afgesproken dat het dan ook de allerlaatste keer is dat deze regeling kan worden gebruikt. De structurele regeling moet dus worden afgeschaft. En in plaats daarvan komt de eenmalige Afsluitingsregeling. De versoepeling wordt gerealiseerd door het criterium van de meewerkplicht te herformuleren als ‘het beschikbaar zijn’ en dat wordt dan geïnterpreteerd als ‘in beeld zijn’ bij overheidsinstanties. Op zich genomen is dat laatste een reële eis. Het is gebaseerd op de overweging dat het niet de bedoeling is dat zich ergens een kind meldt voor het kinderpardon, dat nog niet eerder in Nederland is geweest – laat staan is geworteld. Een antimisbruikbepaling om zo te zeggen. Maar het afschaffen van de structurele regeling is echter vragen – op termijn – om een nieuwe soortgelijke regeling. De kinderen waar het namelijk uiteindelijk om gaat verdwijnen niet zo maar.

De verruiming van het criterium zorgt voor een aantal (nieuwe) aanvragen voor deze allerlaatste variant van het kinderpardon: de Afsluitingsregeling. Veel van deze (nieuwe) aanvragers hebben geen heil gezien in de eerdere, structurele, variant van het kinderpardon: de meewerkplicht zou hen immers succesvol kunnen worden tegengeworpen; of ze waren simpelweg nog geen vijf jaar in Nederland. Met de herziening van het belangrijkste criterium (van meewerkplicht naar beschikbaarheid) zou een hernieuwde aanvraag opeens wel kansrijk kunnen zijn. De deadline voor het indienen van een aanvraag in het kader van de Afsluitingsregeling is 26 februari 2019.

Een van de kinderen die zo’n aanvraag onder de Afsluitingsregeling indient, is de in 2013 in Amsterdam geboren en getogen Mikael. Zijn aanvraag (voor hem en zijn moeder) wordt echter afgewezen omdat de IND vindt dat hij te lang buiten beeld is geweest. De precieze details van de achterliggende redenering zijn niet echt relevant. Veel interessanter is dat de IND in een aantal vrijwel identieke zaken wel een verblijfsvergunning heeft verstrekt, al dan niet na een beroep door de vreemdeling op de rechter. Tijdens het beroep van Mikael op de vreemdelingenrechter in Amsterdam, wordt succesvol aangevoerd dat de IND de hier toepasselijke beleidsregels nogal wisselend heeft toegepast en dat deze vorm van willekeur niet ten nadele van Mikael zou mogen uitvallen. Anders gezegd: staatssecretaris, je zou dit kind gewoon een verblijfsvergunning moeten verstrekken – net zoals je dat in een aantal andere (vrijwel identieke) zaken ook hebt gedaan.

## **Hakken in het zand**

Maar zoals dat wel vaker het geval is, heeft de staatssecretaris de hakken al in het zand gezet en stelt hij hoger beroep in bij de ABRvS. Dat hoger beroep blijft dan ook nog eens ruim twee jaar bij de ABRvS op de plank liggen. En dan gebeurt er nog iets raars. De zaak wordt namelijk *niet* op zitting behandeld. Nu is dat voor de vreemdelingenkamer van de ABRvS niet uitzonderlijk. Ongeveer 95% van alle hoger beroepszaken bij de vreemdelingenkamer van de ABRvS wordt zonder zitting afgedaan. Maar hier is dat merkwaardig. Ten eerste omdat de standpunten van de vreemdeling en de staatssecretaris ver uit elkaar liggen. Ten tweede wordt in het verweerschrift van de vreemdeling uitgebreid verwezen naar de ongelijke behandeling van vrijwel identieke zaken die zich *na* de start van de procedure van Mikael hebben voorgedaan: in die zaken is namelijk wel een verblijfsvergunning verleend. Dat is dus vrij recent toegepast beleid. De ABRvS vraagt wel schriftelijk naar een reactie van de staatssecretaris en de reactie van de vreemdeling daar weer op. Maar daar blijft het dan bij.

In de uitspraak van de ABRvS van 31 juli 2024 – die dus uitsluitend op de stukken is gebaseerd – wordt met geen woord gerept over deze vrijwel identieke gevallen. Bovendien gaat de ABRvS niet in op een aantal beroepsgronden die nog ‘in de wacht stonden om behandeld te worden’. Dat heeft te maken met juridische procesregels waarvan de strekking is: als je bij de rechtbank gelijk krijgt op beroepsgrond nummer één, dan hoeft de rechtbank niet ook nog beroepsgrond nummer twee te bespreken. Maar als nu, zoals hier het geval is, de hoger beroepsrechter de uitspraak van de rechtbank van tafel veegt, dan moet die hoger beroepsrechter wel beroepsgrond nummer twee bespreken. Dat gebeurt dus niet. En dat is in strijd met het recht.

Opvallend is ook dat er in het geheel niet wordt verwezen naar het Kinderrechtenverdrag. Het belang van het kind lijkt geheel uit beeld te zijn geraakt. Ook opmerkelijk is dat de ABRvS niet verwijst naar de mogelijkheid, of beter gezegd de plicht, om te toetsen aan een algemeen beginsel uit het bestuursrecht: de inherente afwijkingsbevoegdheid (artikel 4:84 Awb). Het is nota bene de ABRvS zelf die sinds haar uitspraak van 26 oktober 2016 uitdrukkelijk naar de tekst van dit artikel verwijst: zijn de gevolgen van dit besluit onevenredig in verhouding tot het doel van de beleidsregel? Een toets die die later in het Toeslagenschandaal veelvuldig zal worden gehanteerd en dan vooral de ABRvS zelf wordt verweten: U heeft geen oog voor de menselijke maat.

De uitspraak van de ABRvS is van 31 juli 2024. Normaal gesproken heeft de vreemdeling dan vier weken de tijd om uit eigen beweging het land (lees de EU) te verlaten. Op 28 augustus was iedereen dus benieuwd: waar is Mikael? Op diezelfde dag laten de advocaten in een persbericht weten dat zij een nieuw verblijfsaanvraag hebben ingediend. Het motief is nu dat Mikael niet alleen bij zijn moeder verblijft, maar ook door zijn vader wordt opgevoed; en zijn vader woont ook in Nederland en heeft een verblijfsvergunning. Er is derhalve (ook) sprake van gezinsleven met de vader van Mikael. De indiening van dit verzoek impliceert dat Mikael voorlopig niet zal worden uitgezet.

Als het Kinderrechtenverdrag serieus wordt genomen en ‘the best interests of the child’ als belangrijkste uitgangspunt worden genomen, dan is het noodzakelijk om een regeling zoals het Kinderpardon structureel als noodventiel in het vreemdelingenrecht in te bouwen. Niet als handreiking aan politici maar omdat kinderen het recht hebben om beschermd te worden.