

De Regeling langdurig verblijvende kinderen: Tussen pardon en kinderrecht

In het regeerakkoord van het huidige kabinet staat dat 'langdurig in Nederland verblijvende kinderen en alleenstaande minderjarige vreemdelingen' onder voorwaarden in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning. De daartoe getroffen regeling, ook wel Kinderpardon genoemd, kent diverse afwijzingsgronden. Jorg Werner en Corrien Ullersma gaan in dit artikel in op afwijzing wegens gevaar voor de openbare orde, onttrekking aan het toezicht en de leeftijdsgrens. In nummer 7 van dit blad werd aandacht besteed aan de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het Kinderpardon.¹

Begin 2013 is de 'Regeling langdurig verblijvende kinderen' (hierna: de Regeling) in werking getreden. De Regeling, ook wel Kinderpardon genoemd, beoogt een oplossing te bieden voor langdurig in Nederland verblijvende kinderen die nog geen verblijfszekerheid hebben.² De Regeling bevat een Overgangsregeling en een Definitieve regeling. De mogelijkheid om een aanvraag in te dienen voor de Overgangsregeling is op 1 mei 2013 afgesloten, maar de procedures over de afwijzingen lopen nog volop. In dit artikel wordt ingegaan op de knelpunten die in deze procedures veelvuldig aan bod zullen komen. Nadat Grütters en Van Os in een eerdere A&MR³ een kritische beschouwing hebben gegeven over de uitsluiting van kinderen zonder asielachtergrond, gaan wij in op de belangrijkste andere afwijzingsgronden.

In de eerste paragraaf wordt ingegaan op de contradictie openbare orde. We toetsen de invulling van deze afwijzingsgrond aan de hand van een vergelijking met het openbare-orde-beleid in het algemeen migratierecht aan mensenrechtelijke non-discriminatiebepalingen. Welk onderscheid bestaat er precies, en is dit onderscheid gerechtvaardigd? Het toetsingskader dat in deze eerste paragraaf wordt geschetst is ook relevant voor de tweede paragraaf. Tot slot wordt in de eerste paragraaf ook gekeken naar hoe het openbare-ordebeleid van de Regeling zich verhoudt tot artikel 8 EVRM.

In de tweede paragraaf wordt ingegaan op het 'langdurig onttrekken aan het toezicht van de rijksoverheid'. We houden de ratio van deze veel voorkomende afwijzingsgrond tegen het licht en toetsen of er ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende groepen aanvragers. Paragraaf 3 tot slot behandelt het leeftijdscriterium van de Overgangsregeling. Onderzocht wordt wat de rechtvaardiging is voor de gehanteerde leeftijdsgrens en hoe deze zich verhoudt tot het verbod van willekeur.

* Dit artikel is mede gebaseerd op argumenten die zijn ingebracht in een door Defence for Children en Hamerslag & Van Haren Advocaten geïnitieerde mailgroep over het Kinderpardon met deelnemers uit de advocatuur, de wetenschap en van NGO's. De auteurs danken de deelnemers aan de mailgroep voor de gedeelde argumenten.

1 C.Grütters en C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wél', A&MR 2013/7, p. 312.
2 Zie voor een beschrijving van de Regeling langdurig verblijvende kinderen: M. van Riel, 'Pardon kinderen! De regeling langdurig verblijvende kinderen', *Asiel & Migrantenrecht* 2013/4, p. 207-210.
3 C.A.F.M. Grütters en E.C.C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wél. Over de uitsluiting van niet-asiel kinderen bij het Kinderpardon', *Asiel & Migrantenrecht* 2013/7, p. 312-319.

1 Contra-indicatie openbare orde

1.1 Algemeen

Contra-indicatie A van de Regeling sluit een aanvrager uit indien deze een gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormt. Wanneer er sprake is van openbare-orde-aspecten bij één van de gezinsleden, wordt dit in beginsel aan het gehele gezin tegengeworpen. Een gevaar voor de openbare orde wordt aangenomen indien:

- wegens een misdrijf een veroordeling heeft plaatsgevonden of een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd en het onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van de straf (fen) in totaal ten minste één maand bedraagt; of
- bij beschikking van de IND artikel 1F Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen.

Op basis van de Regeling kan de aanvraag ook afgewezen worden op basis van het feit dat één van zijn gezinsleden een gevaar voor de openbare orde is.

In het geval van veroordeling tot een taakstraf bij een drugs-, zeden- of geweldsmisdrijf telt de duur van de vervangende hechtenis als uitgangspunt bij de beoordeling.

Met betrekking tot de verjaring van die feiten, kent de Regeling drie smaken:

- bij 1F of het plegen van meerdere misdrijven bestaat geen verjaring;
- bij drugs-, zeden of geweldsmisdrijven is er een verjarings-termijn van tien jaar;
- bij overige misdrijven is de verjaringstermijn vijf jaar.

In het navolgende wordt eerst bekeken in hoeverre de openbare-orderegels in de Regeling zich onderscheiden van het openbare-ordebeleid in het reguliere verblijfsvergunningbeleid. Vervolgens wordt beschreven welk non-discriminatietoetsingskader op het geconstateerde onderscheid van toepassing is. Ten slotte wordt aan de hand van dat toetsingskader bezien in hoeverre het onderscheid geoorloofd is.

1.2 Onderscheid

De Regeling maakt op twee punten een onderscheid dat een aanvrager (en diens gezinsleden) bij de Regeling in een ongunstiger positie brengt ten opzichte van het algemene beleid. Ten eerste betreft dat de positie van gezinsleden van mensen die één of meerdere misdrijven hebben begaan en ten tweede de positie van gezinsleden van 1F-ers.

In het reguliere verblijfsvergunningbeleid zoals neergelegd in artikel B1/4.4 Vc zijn, net als in de Regeling, bepalingen opgenomen die aanvragers, al dan niet afhankelijk van een bepaalde termijn, uitsluiten van het verkrijgen van een verblijfsvergunning. Er is echter één wezenlijk verschil. Op basis van de Regeling kan de aanvraag ook afgewezen worden op basis van het feit dat één van zijn gezinsleden een gevaar voor de openbare orde is. Het hele gezin krijgt dan een afwijzing. In het algemene beleid is die koppeling tussen de aanvrager en zijn gezinsleden er niet.

Ook waar het gezinsleden van 1F-ers betreft wordt er onderscheid gemaakt. Dat onderscheid is echter sinds de herschrijving van de Vreemdelingencirculaire wat minder zichtbaar. In paragraaf B1/4.4 Vc is, net als in de Regeling, te lezen dat geen verjaringstermijn bestaat voor 1F-ers en hun gezinsleden. Deze paragraaf is ingevoerd met WBV 2013/5, een WBV die de Vreemdelingencirculaire grootschalig wijzigt vanwege de Wet modern migratiebeleid en daarnaast niet-inhoudelijke wijzigingen bevat die een redactionele verbetering beogen.⁴ De nieuwe Vreemdelingencirculaire is vooral een stuk dunner, maar niet altijd duidelijker. Ter interpretatie is dus de oude, uitgebreidere circulaire van belang, en daarin werd verwezen naar paragraaf C4/3.11.3 Vc oud (tegenwoordig C2.6.2.8 Vc), waarin is bepaald dat de contra-indicatie 1F niet langer aan een gezinslid wordt tegengeworpen bij tien jaar ononderbroken verblijf sinds de (eerste) asielaanvraag, mits het gezinslid

het vertrek naar diens land van herkomst niet heeft tegengewerkt. Dat deel en die verwijzing worden ook thans geacht te gelden.

De conclusie moet daarmee zijn dat de behandeling van gezinsleden van 1F-ers in het kader van de Regeling anders is dan de algemene behandeling van gezinsleden van 1F-ers; namelijk dat bij alle procedures de 1F-kwalificatie van een gezinslid na tien jaar in beginsel niet meer wordt tegengeworpen aan de andere gezinsleden, behalve in de Regeling.

1.3 Toetsingskader non-discriminatie

Artikel 14 EVRM

Artikel 14 EVRM bevat een verbod op discriminatie bij de toepassing van de rechten uit het EVRM. Aangezien de Regeling in de sfeer van artikel 8 EVRM valt, is artikel 14 EVRM van toepassing.⁵

Artikel 14 EVRM verbiedt onderscheid op grond van onder meer 'andere status'. Volgens het EHRM wordt met 'andere status' een persoonlijke status bedoeld. Het EHRM vereist echter niet dat er sprake is van een onveranderlijk of aangeboren kenmerk; ook een kenmerk bepaald door het recht, zoals een verblijfsstatus, kan onder 'andere status' vallen.⁶ Aangenomen kan worden dat een uitsluiting op basis van de Regeling een onderscheid betreft op basis van een kenmerk volgend uit het recht en daarmee gekwalificeerd kan worden als een 'andere status' in de zin van artikel 14 EVRM. Bij het toetsen van een

⁴ WBV 2013-5, p. 109, toelichting 'De wijzigingen in de Vreemdelingencirculaire die niet samenhangen met de Wet modern migratiebeleid zijn dan ook geen verscherping van de bestaande toelatingsvoorwaarden, maar hangen samen met de hierboven toegelichte nieuwe redactionele uitgangspunten.'

⁵ C.A.F.M. Grütters en E.C.C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wél. Over de uitsluiting van niet-asiel kinderen bij het Kinderpardon', *A&MR* 2013/7, p. 317.

⁶ EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, *JV* 2012/33, m.nt. Slingenberg; *RV* 2011/85, m.nt. De Vries (*Bah t. het Verenigd Koninkrijk*) par. 46. Zie ook: EHRM 6 november 2012, nr. 22341/09, *JV* 2013/1, m.nt. Van Walsum (*Hode en Abdi t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 47.

specifiek onderscheid aan artikel 14 EVRM moet altijd gekeken worden of hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat, dat wil zeggen of het onderscheid een legitiem doel dient en of het onderscheid proportioneel is aan dit doel. In algemene zin komt de staat een margin of appreciation toe bij het bepalen van een rechtvaardiging. In specifieke gevallen kan het echter zo zijn dat er verzwaarde eisen ('very weighty reasons') worden gesteld aan de rechtvaardiging van een gemaakt onderscheid.

In het Bah-arrest⁷ gaat het EHRM in op het vraagstuk van de intensiteit van toetsing. Nadat het Hof eerst heeft vastgesteld dat mevrouw Bah alternatieve keuzemogelijkheden aangaande haar verblijf(ssstatus) had en het Hof tegelijkertijd de optie openlaat dat er situaties bestaan waarin een verblijf(ssstatus) geen keuzemogelijkheid bevat, bijvoorbeeld als het om een vluchteling gaat,⁸ stelt het Hof:

'Given the element of choice involved in immigration status, therefore, while differential treatment based on this ground must still be objectively and reasonably justifiable, the justification required will not be as weighty as in the case of a distinction based, for example, on nationality.'⁹

In artikel 2 lid 2 IVRK is een specifiek verbod opgenomen van alle vormen van discriminatie die gebaseerd zijn op de status en activiteiten van ouders.

Het Hof verwijst naar de intensiteit van toetsing in sociale-zekerheidszaken waarin onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit. In dergelijke zaken heeft het EHRM meerdere malen geoordeeld dat de zeer indringende 'very weighty reasons'-toets van toepassing is.¹⁰ Uit het Bah-arrest zou a contrario kunnen worden afgeleid dat indien een onderscheid wordt gebaseerd op een uit het recht volgend kenmerk waarbij géén sprake is van een keuzemogelijkheid, 'very weighty reasons' vereist zijn om dit onderscheid te rechtvaardigen.

Wanneer het voorgaande wordt toegepast op afwijzingen op grond van de contra-indicatie openbare orde (of op het te lang onttrokken zijn aan Rijkstoezicht, zie daarover paragraaf 2), valt op dat het de hoofdaanvragers van een verblijfsvergunning op basis van de Regeling vaak zal ontbreken aan een keuzemogelijkheid. Een kind met een ouder, broer of zus die als een gevaar voor de openbare orde wordt beschouwd, wordt op basis van de regeling uitgesloten. Er is aldus sprake van een kenmerk dat is bepaald door het recht en waaraan geen keu-

ze-element voorafgaat voor de betrokkene. Voor een uitsluiting van de Regeling op grond van openbare-orde-aspecten bij een gezinslid dienen daarom zeer zwaarwegende redenen aanwezig te zijn. Maar ook wanneer de toets niet zo streng zou zijn, dient voor het onderscheid een rechtvaardiging te bestaan.

Overige discriminatiebepalingen

De toetsing aan het discriminatieverbod uit artikel 14 EVRM wint aan relevantie door deze te bezien in het licht van twee andere discriminatieverboden: artikel 2 IVRK en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM.

Artikel 2 lid 1 IVRK verbiedt discriminatie bij de toepassing van de rechten uit het IVRK. Aangezien de Regeling valt in de sfeer van verschillende IVRK-rechten, is artikel 2 IVRK van toepassing.¹¹ In artikel 2 lid 2 IVRK is een specifiek verbod opgenomen van alle vormen van discriminatie die gebaseerd zijn op de status en activiteiten van ouders.

De aanvullende waarde van het discriminatieverbod uit artikel 2 IVRK ten opzichte van artikel 14 EVRM ligt met name in het kindgerichte karakter van de bepaling en de in het tweede lid weergegeven bescherming tegen de discriminatoire behandeling van kinderen op grond van de positie van hun ouders. Het EHRM gebruikt het IVRK vaak als (aanvullende) interpretatie

voor EVRM-rechten¹² zodat het verdedigbaar is dat artikel 2 IVRK ook een aanvullende betekenis kan hebben bij de interpretatie van artikel 14 EVRM.

In artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM is een algemeen discriminatieverbod opgenomen. Voor de uitleg van het discriminatiebegrip uit dit artikel dient aansluiting te worden gezocht bij de jurisprudentie van het EHRM over artikel 14 EVRM.¹³ Met betrekking tot de Regeling is de toegevoegde waarde van artikel 1 Twaalfde Protocol met name dat dit artikel expliciet is bedoeld voor situaties waarbij onderscheid wordt gemaakt bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid.¹⁴

7 EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, JV 2012/33, m.nt. Slingenbergh; RV 2011/85, m.nt. De Vries (*Bah t. het Verenigd Koninkrijk*).

8 EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, JV 2012/33, m.nt. Slingenbergh; RV 2011/85, m.nt. De Vries (*Bah t. het Verenigd Koninkrijk*) paras. 45-46. Zie ook: EHRM 6 november 2012, nr. 22341/09, JV 2013/1, m.nt. Van Walsum (*Hode en Abdi t. het Verenigd Koninkrijk*) par. 47.

9 EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, JV 2012/33, m.nt. Slingenbergh; RV 2011/85, m.nt. De Vries (*Bah t. het Verenigd Koninkrijk*) par. 47.

10 Zie bijvoorbeeld: EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, RV 1996/87 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*); EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98, RV 2003/81 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*) en EHRM 27 november 2007, nr. 77782/01 (*Luczak t. Polen*).

11 Hierbij kan in ieder geval gedacht worden aan artikel 3 IVRK, al was het maar omdat de Regeling volgens de toelichting in WBV 2013/1 rekening houdt met de bijzondere belangen van kinderen. Verder kan gedacht worden aan artikel 6 lid 2 IVRK, het recht op ontwikkeling, aangezien het verblijfsbelang van gewortelde kinderen nauw verbonden is met hun kansen om zich te ontwikkelen (zie: M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, 'De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet', *Migratiweb*: ve07001387, Rijksuniversiteit Groningen 2006). Tot slot zijn ook relevant artikel 8 IVRK, dat ieder kind het recht geeft om zijn/haar identiteit te behouden (zie: M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingerbroek (red.), *Commentaar Jeugdrecht*, commentaar bij artikel 2 IVRK, Den Haag: Sdu uitgevers 2012, p. 1445-1446) en artikel 16 IVRK dat het privéleven van het kind beschermt.

12 M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden', *Asiel & Migrantenrecht* 2011/08, p. 349-362.

13 Zie: Explanatory report, par. 18 en EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06 (*Sejdić en Finci t. Bosnië en Herzegovina*) paras. 55-56.

14 Zie: Explanatory report, par. 22.

1.4 Toetsing contra-indicatie openbare orde

Rechtvaardiging

Beoordeeld dient te worden in hoeverre er een rechtvaardiging bestaat voor het gemaakte onderscheid. In de Regeling staat vermeld:

‘Indien criminele antecedenten van (een van de) gezinsleden niet zouden worden tegengeworpen, dan zou het gezinslid met criminele antecedenten na verstrekking van de verblijfsvergunning aan de overige familieleden een beroep kunnen doen op artikel 8 EVRM om rechtmatig verblijf in Nederland te verkrijgen. Dit is onwenselijk.’¹⁵

Deze argumentatie kan om een aantal redenen niet overtuigen. Ten eerste staat het een ieder vrij om op basis van het recht op gezins- en/of privé-leven uit artikel 8 EVRM een verblijfsvergunning aan te vragen. Op basis van artikel 8 Vw heeft de aanvrager rechtmatig verblijf gedurende de aanvraagprocedure. Hetgeen volgens de hierboven geciteerde toelichting wordt getracht te voorkomen, wordt aldus met die uitsluiting niet bereikt.

Ook wanneer met het begrip ‘rechtmatig verblijf’ uit de toelichting bedoeld zou worden op het risico dat iemand een verblijfsvergunning kan krijgen, overtuigt de toelichting nog niet. Als een gezinslid met criminele antecedenten verblijfsrecht aanvraagt op grond van artikel 8 EVRM om bij zijn gezinsleden te verblijven die een vergunning op basis van de Regeling hebben, is die vrees moeilijk te duiden. Wanneer het

De staatssecretaris stelt expliciet het belang van de openbare orde boven het belang van het kind.

gezinsleven is aangegaan op het moment dat de verblijfsstatus van één van de betrokkenen onzeker was, kan dit slechts in ‘*exceptional circumstances*’ tot verblijfsaanvaarding op basis van artikel 8 EVRM leiden.¹⁶ Dit blijkt ook uit de praktijk, 1F-ers worden stevast uitgesloten van verblijfsrecht bij gezinsleden met een verblijfsvergunning.¹⁷

De door staatssecretaris Teeven in het Kamerdebat ingenomen stelling dat het verlenen van een vergunning aan een kind van een 1F-er, het 1F-beleid zou ondergraven omdat de ouder dan geen vergunning zou kunnen worden geweigerd,¹⁸ is gezien het voorgaande niet begrijpelijk. Aan een later in het debat ingediend verzoek om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is wel een vergunning aan de gezinsleden zonder veroordeling of 1F-status te verlenen en tegelijkertijd te voorkomen dat het ‘besmette’ gezinslid zich bij hen voegt op basis van gezinshereniging, weigerde de staatssecretaris te voldoen.

De staatssecretaris stelt expliciet het belang van de openbare orde boven het belang van het kind. Het is op dit punt interessant de vergelijking te maken met het 1F-beleid uit paragraaf C2/6.2.8 Vreemdelingen-circulaire. Toen dit beleid werd ingevoerd, schreven de toenmalig minister en staatssecretaris aan de Kamer:

‘Daarnaast achten wij een oplossing geboden voor de kinderen en gezinsleden van de vreemdelingen aan wie 1F Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen en die langdurig ononderbroken in Nederland verblijven. Ten aanzien van deze gezinsleden kan worden geconcludeerd dat na een bepaalde periode langdurig verblijf in Nederland zonder verblijfsvergunning het doel dat met het vigerende beleid ten aanzien van deze gezinsleden is beoogd, kennelijk niet kan worden bereikt. In dat geval achten wij het niet zinvol om dit instrument ten aanzien van die individuele gezinsleden nog langer in te zetten en wordt in lijn met de in het Internationale Verdrag inzake de rechten van het Kind (IVRK) en de jurisprudentie voorgeschreven belangenafweging aangenomen dat de belangen van de kinderen en gezinsleden zwaarder zijn gaan wegen dat het openbare orde-belang.’¹⁹

In dit kader is ook relevant dat kinderen van 1F-ers in een aantal gevallen wel degelijk een verblijfsvergunning krijgen, als zij zelfstandige asielgronden hadden, of bijvoorbeeld in het kader van de verwesterde-meisjesregeling.²⁰ In vergelijking met deze gronden is de categorische uitsluiting van deze kinderen van de werking van de Regeling des te onbegrijpelijker.²¹

De toelichting van Teeven tijdens het debat over de Regeling kan niet overtuigen nu hij tegelijkertijd beleid voert waarin het belang van het kind na tien jaar verblijf op juridische gronden juist als zwaarder wordt beschouwd dan het gestelde openbare-orde-belang.²²

Proportionaliteit

Als voor het gemaakte onderscheid tussen gezinsleden van 1F-ers onder de Regeling en gezinsleden van 1F-ers onder het algemeen vreemdelingenbeleid al een legitiem doel zou bestaan, kan deze de proportionaliteitstoets uit artikel 14 EVRM niet doorstaan. De gevolgen drukken immers buitenproportioneel zwaar op de gezinsleden van de 1F-er, terwijl (zeker) na langdurig verblijf getwijfeld kan worden over het nut ervan.

Voor het onderscheid tussen de consequenties voor gezinsleden van aanvragers met criminele antecedenten onder de Regeling en onder het gewone migratiebeleid, lijkt een vergelijkbare

15 WBV 2013/1, *Stcrt.* 2013, 2573, p.11.

16 Zie bijvoorbeeld: EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, *JV* 2012/170, m.nt. Van Walsum; *RV* 2012/18 m.nt. Werner (*Antwi t. Noorwegen*) paras. 89 en 103.

17 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 maart 2012, 201005037/1/V4.

18 *Handelingen II* 2012/13, 60, p. 92.

19 *Kamerstukken II* 2007/08, 200 VI, nr. 160, p. 6.

20 IND-Werkinstructie nr. 2011/8.

21 R. Bruin, ‘Individuele toelatingsgronden in asielzaken’, A&MR 2013/3, p. 153-165 – zie met name p. 154-155.

22 Zie eerdergenoemde par. C2.6.2.8 van de Vc 2000.

conclusie verdedigbaar. De rechtvaardiging voor de gemaakte keuzes lijkt ook op dit vlak op gespannen voet te staan met artikel 14 EVRM. Ook als het doel als legitiem bestempeld zou kunnen worden, namelijk bescherming van de openbare orde, voldoet het middel niet aan het vereiste van proportionaliteit nu de gevolgen van het beleid ook hier te zwaar rusten op de gezinsleden van degene die men met dit beleid wil uitsluiten.

1.5 Artikel 8 EVRM

De uitsluiting op grond van openbare orde moet evenzeer tegen het licht van artikel 8 EVRM worden gehouden. Het Hof heeft in een bestendige jurisprudentielijn criteria vastgesteld waaraan een fair balance-toets op dit punt moet voldoen.²³ Denk aan de arresten Boultif,²⁴ Üner²⁵ en Maslov.²⁶ Hoewel het in die zaken ging om betrokkenen met een verblijfsrecht, zijn de overwegingen ook in dit geval van belang.²⁷

De overheid heeft bepaald dat verblijfsonzekerheid voor kinderen die hier langer dan vijf jaar zijn moet worden opgelost. Dat komt voort uit de idee dat die onzekerheid schade toebrengt aan een kind dat hier vanwege zijn langdurig verblijf geworteld is geraakt.²⁸ Het is een relevant uitgangspunt voor een fair balance-toets aan artikel 8 EVRM; hiermee heeft de staat immers zelf een ondergrens neergelegd, waartoe artikel 8 EVRM in algemene zin niet verplicht. Nu dit in de Regeling is bepaald, kan echter worden betoogd dat dit ook verplichtingen schept onder artikel 8 EVRM. Onzes inziens betekent de erkenning van de ondergrens in de Regeling dat de staat extra moet motiveren waarom ten aanzien van een kind dat hier langer dan vijf jaar verblijft en dus volgens de Regeling

Het valt op dat in het WBV wisselend wordt gesproken van ‘in beeld zijn’ en ‘onttrekken aan toezicht’.

in beginsel recht heeft op een oplossing, toch een fair balance zou bestaan wanneer zijn aanvraag wordt afgewezen op grond van het aan zijn gezinslid toegeschreven gevaar voor de openbare orde.

Vanuit die optiek komt aan de Boultif-criteria relevantie toe: het gedrag van de betrokkene, de vrees voor recidive, de na het strafbare feit verstreken tijd, et cetera.²⁹ Het is de vraag of een afwijzing van de aanvraag van een kind op grond van het gedrag van een gezinslid dan wel houdbaar is. Is er sprake van een fair balance als de staat enerzijds erkent dat een kind na vijf jaar feitelijk verblijf recht heeft op voortzetting van zijn verblijf in Nederland, maar hem dat ontnemt op grond van een gedraging van een gezinslid? Met name wanneer de

criminele antecedenten relatief licht zijn en niet gewelddadig waren, valt moeilijk in te zien dat die vraag bevestigend wordt beantwoord. Al evenzeer omdat de uitsluiting van deze kinderen alleen maar bedoeld is om te voorkomen dat de voor de openbare orde gevaarlijke ouder een beroep op artikel 8 EVRM zou kunnen doen.

2 Onttrekken aan toezicht

2.1 Inleiding

De naar onze inschatting meest voorkomende afwijzingsgrond is het ‘onttrekken aan toezicht’. In het regeerakkoord³⁰ staat dat de Regeling bedoeld is voor kinderen die zich niet langdurig aan het toezicht van de rijksoverheid onttrokken hebben. In WBV 2013/1³¹ is dit aldus uitgewerkt:

‘De IND neemt aan dat er geen sprake is van het langdurig onttrekken aan het toezicht indien de vreemdeling en zijn eventuele gezinsleden:

- sinds 27 juli 2010 bekend is bij de IND, DT&V, COA, Vreemdelingenpolitie (in het kader van de opgelegde meldplicht), of in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen voogdijinstelling Nidos; en
- niet langer dan een aaneengesloten periode van maximaal drie maanden uit beeld is geweest.’

De keuze voor deze peildatum, 27 juli 2010, is in de toelichting³² verklaard; het gaat om de periode vanaf het moment dat uitgeprocedeerde gezinnen met minderjarige kinderen

niet meer op straat gezet mochten worden op grond van de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 27 juli 2010.³³ Als gevolg van deze uitspraak zijn in 2011 de gezinslocaties geopend.³⁴

De voorwaarde is veelvuldig besproken in de Tweede Kamer.³⁵ De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat in het regeerakkoord is afgesproken dat het gaat om Rijkstoezicht: ‘Deze voorwaarde geldt, om te voorkomen dat vreemdelingen die zich hebben onttrokken aan het toezicht van de Rijksoverheid en een leven in de illegaliteit hebben verkozen, nu in aanmerking zouden kunnen komen voor de regeling.’³⁶ De staatssecretaris stelde dat vreemdelingen die gedurende drie maanden of langer niet in beeld zijn geweest van de vreemdelingenketen, niet in aanmerking komen voor een vergunning in het kader van de pardonregeling.³⁷

23 Zie hierover uitgebreider: M. Wijngaarden, ‘Kroniek Openbare orde’, *Asiel & Migrantenrecht* 2013/2, p. 95-96.

24 EHRM 2 augustus 2001, JV 2001/254 (*Boultif t. Zwitserland*).

25 EHRM 18 oktober 2006, JV 2006/417 (*Üner t. Nederland*).

26 EHRM 23 juni 2008, JV 2008/267 (*Maslov t. Oostenrijk*).

27 Dit lijkt zeker het geval te zijn voor aanvragers van een vergunning op basis van de Regeling waarbij een inreisverbod is opgelegd. Volgens Vc B9/11.2 gaat de IND in het kader van de toets aan het recht op privé-leven uit artikel 8 EVRM uit van inmenging wanneer een inreisverbod is opgelegd.

28 Zie: M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, ‘De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet’, Migratiweb: ve07001387, Rijksuniversiteit Groningen 2006.

29 EHRM 2 augustus 2001, JV 2001/254 (*Boultif*), par. 48.

30 ‘Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD - PvdA’, <www.rijksoverheid.nl/regering/regeerakkoord> (geraadpleegd op 13 oktober 2013).

31 WBV 2013/1, *Stort.* 2013, 2573, p. 6.

32 WBV 2013/1, *Stort.* 2013, 2573, p. 10.

33 Hof Den Haag 27 juli 2010 (tussenvonnissen), LJV: BN2164, JV 2010/328, ve10001110) en Hof Den Haag 11 januari 2011 (einduitspraak), JV 2011/91, ve11000069, RV 2011/92, m.nt. Slingenbergh en Werner.

34 *Kamerstukken II* 2011/2, 29 344, nr. 85.

35 *Kamerstukken II* 12 februari 2013, kenmerk 2013ZO2756.

36 *Kamerstukken II* 22 februari 2013, kenmerk 2013-0000098660.

37 *Kamerstukken II* 2 april 2013, kenmerk 2013-0000165725.

2.2 Invulling definitie 'rijksoverheid' en 'in beeld zijn': overheid is overheid

De vraag is hoe tot de afbakening van de genoemde overheidsorganen is gekomen en wanneer een betrokkene daar in beeld is. Het valt op dat in het WBV wisselend wordt gesproken van 'in beeld zijn' en 'onttrekken aan toezicht'. Ook in de Kamerdiscussie komt dat terug. Daarin zit een relevant verschil. In beeld zijn kan worden geduid als passief. Onttrekken echter vergt een actieve handeling; iemand 'verstoppt' zich. Dat laatste heeft de staatssecretaris bedoeld uit te sluiten.

Het WBV geeft een limitatieve opsomming van de instanties waarbij een betrokkene in beeld kan zijn: IND, DT&V, COA, Vreemdelingenpolitie en Nidos. In het regeerakkoord wordt echter in het algemeen 'rijksoverheid' genoemd, een veel

De betrokken instanties hebben toegang tot vele overheidsdiensten waarmee kan worden vastgesteld of iemand in beeld is.

breder begrip. Waarom zou het dan niet voldoende zijn dat de betrokkene GBA³⁸-geregistreerd staat? Het relevante verschil is niet duidelijk. In beide gevallen is de betrokkene in beeld bij de overheid, uiteindelijk ook bij de Rijksoverheid omdat het ministerie van Binnenlandse Zaken over alle GBA-registraties beschikt. Voor de vraag op welke manier een gezin 'in beeld' is, is dus ook relevant over welke informatie de in het WBV genoemde instanties beschikken.

Zo oordeelde onder meer ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem:

'De voorzieningenrechter stelt voorop dat verweerder niet heeft bestreden dat de IND, DT&V en de Vreemdelingenpolitie via de GBA van informatie worden voorzien omtrent adresmutaties van in de GBA beschreven vreemdelingen. Voorts is niet bestreden dat verzoekers gedurende voornoemde periode stonden ingeschreven in de GBA in hun woonplaats. Dit brengt mee dat niet is bestreden dat genoemde instanties gedurende de tegengeworpen periode over informatie omtrent de verblijfplaats van verzoekers beschikten.'³⁹

De conclusie luidde dat verweerder niet aannemelijk had gemaakt dat verzoekers niet in beeld zouden zijn geweest in de relevante periode.

Dit oordeel wordt ondersteund door de idee van de Koppelingswet,⁴⁰ op grond waarvan iemand alleen aanspraak kan maken op overheidsvoorzieningen en uitkeringen bij rechtmatig verblijf in Nederland. Het doel ervan is het uitsluiten van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen van voorzieningen en het ontmoedigen van illegaal verblijf.

Instanties controleren of een vreemdeling recht heeft op de voorziening die hij aanvraagt door middel van een check van gekoppelde systemen van diverse bestuurlijke instanties, zoals het Vreemdelingen Administratie Systeem (VAS) van de Vreemdelingenpolitie en de GBA. Dit betekent dat de in het WBV genoemde instanties toegang hebben tot vele overheidsdiensten waarmee kan worden vastgesteld of een betrokkene in beeld is, al was hij vreemdelingenrechtelijk niet actief.

Daarbij geldt dat onttrekken aan toezicht veronderstelt dat er toezicht werd uitgeoefend. Als een betrokkene in de peilperiode echter geen meldplicht werd opgelegd, of DT&V de terugkeer niet ter hand nam, is moeilijk verdedigbaar dat een betrokkene zich onttrok aan toezicht, als hij bij die diensten wel op andere wijze in beeld was. Het is vreemd dat de verantwoor-

delijkheid geheel bij het individu wordt gelegd zonder hierbij de opstelling van de DT&V te betrekken. Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de overheid verantwoordelijkheid draagt voor werken aan vertrek en dat het EHRM dat tegenwerpt als dat niet is gebeurd.⁴¹

Een ander interessant systeem in dit verband betreft het Basisregister Onderwijs (BRON), waarin in beginsel alle leerplichtige kinderen staan ingeschreven. De Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) beheert het BRON, gebruikt onder meer het BSN voor de registraties en levert gegevens aan onder andere het ministerie van OCW.⁴² Een rijksregistratie(dienst) dus. Met dit systeem is van minderjarige leerplichtige kinderen gemakkelijk na te gaan of zij langer dan drie maanden buiten beeld van de school waren. Op het moment dat een leerplichtig kind niet komt opdagen op school, behoort er binnen korte tijd een leerplichtambtenaar op de stoep te staan en moet van de afwezigheid melding worden gemaakt. Toezicht pur sang. Dit rijksstoezicht moet vallen binnen de kaders van het regeerakkoord, waarin staat dat het gaat om toezicht van de rijksoverheid. Waar dat knelt met de invulling in de Regeling, dient het regeerakkoord als leidend te worden beschouwd. Daarover is de staatssecretaris bij herhaling helder geweest, zoals in het Kamerdebat van 12 maart 2013, waarin hij zei: 'Ik laat dat principe niet los. Rijksoverheid is rijksoverheid, dat staat in het regeerakkoord.'⁴³

2.3 Opvangplicht Staat per 27 juli 2010

In de Regeling is op het punt van toezicht aangeknoopt bij de opvangplicht die ontstond door het eerdergenoemde arrest van het Gerechtshof van 27 juli 2010.⁴⁴ Het Hof achtte het on-

38 Gemeentelijke Basisadministratie.

39 Rb. Haarlem (vzr.) 18 september 2013, AWB 13/15377, 13/15379, 13/15380 en 13/15381, r.o. 5.2 en 5.3.

40 Wet van 26 maart 1998 tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland, Stb. 1998, 203.

41 Zie onder meer: EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum (*Nunez t. Noorwegen*), r.o. 82; EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, JV 2011/484, m.nt. Van Walsum (*A.A. t. het Verenigd Koninkrijk*), r.o. 61 en EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, JV 2012/85, m.nt. Stronks (*Butt t. Noorwegen*), r.o. 84.

42 Dienst Uitvoering Onderwijs, 'BRON algemeen', www.duo.nl/zakelijk/PO/BRON/algemeen.asp (geraadpleegd op 7 november 2013).

43 *Handelingen II* 2012/13, 60, p. 88.

44 Hof Den Haag 27 juli 2010 (tussenvonnissen) LJN: BN2164, JV 2010/328,

rechtmatig uitgeprocedeerde kinderen op straat te zetten die onder hoede staan van een ouder die zelf niet de financiële middelen heeft om haar kinderen een adequate verzorging en huisvesting te geven en zonder dat andere opvang van de kinderen geborgd is. De uitspraak werd bij arrest van 21 september 2012 door de Hoge Raad bevestigd.⁴⁵ In reactie op de uitspraak van het Gerechtshof zijn de gezinslocaties tot stand gebracht. De uitspraak en daaruit voortvloeiende opvangplicht vormt gezien de toelichting op en peildatum van de pardonregeling de grondslag van de voorwaarde om in beeld te zijn bij de rijksoverheid. Relevant is daarom wie voor deze opvang in aanmerking kwamen en komen.

De opvang die de staat vanaf 27 juli 2010 op grond van de uitspraak is gaan verlenen, was beperkt tot niet rechtmatig verblijvende gezinnen met minderjarige kinderen die in een regulier asielzoekerscentrum (AZC) of vrijheidsbeperkende locatie (VBL) verbleven, en die daaruit moesten vertrekken omdat zij

arrest gesteld dat deze laatste uitspraak betekenis heeft voor alle minderjarige vreemdelingen die in Nederland verblijven zonder opvang.⁴⁹ Daarmee is de interpretatie door de overheid van het arrest van de Hoge Raad dus ruimer dan die van de uitspraak van het Gerechtshof. Aangezien het verschil in interpretatie niet uit de uitspraken verklaard kan worden, moeten we aannemen dat de staat aanvankelijk ten onrechte geen opvang heeft verleend aan veel kinderen die nu niet voor de Regeling in aanmerking komen omdat zij te lang buiten beeld van de overheid hebben verbleven doordat ze niet in de COA-opvang werden toegelaten.

De gekozen invulling van de toezichtsvoorwaarde leidt ertoe dat gezinnen met minderjarige kinderen die asielrechtelijk uitgeprocedeed waren en vanaf 27 juli 2010 in een net opgerichte gezinslocatie konden verblijven, onder de Regeling vallen. Zij waren in beeld bij de 'juiste' instanties. Gezinnen die

De VNG verzet zich tegen het feit dat gemeenten zijn buitengesloten van de Regeling.

geen wettelijk recht op opvang meer hadden. Onrechtmatig verblijvende gezinnen die geen wettelijk opvangrecht hadden gehad of die zelf uit die opvang waren vertrokken, kregen dus geen opvang aangeboden op grond van de uitspraak van het Hof.⁴⁶

Dit betekent dat een uitgeprocedeed gezin met minderjarige kinderen dat op 26 juli 2010 al op straat stond, de opvang niet in kwam. Een gezin met een in de verkorte procedure afgewezen tweede of volgende asielaanvraag kwam ook na 27 juli 2010 de gezinslocatie niet in. Een uitgeprocedeed gezin dat zelf onderdak had gevonden na de beëindiging van de wettelijke opvang, omdat zij een sociaal netwerk hadden bijvoorbeeld, ook niet. Men kan zich afvragen of deze lijn wel strookt met het oordeel van het Hof. Wij denken van niet. Het Hof heeft met duidelijke verwijzingen naar verdragsverplichtingen geoordeeld dat de Staat een zorgplicht heeft ten aanzien van minderjarige kinderen die zich op het grondgebied bevinden en die op straat komen te staan. Of dat nu een kind is dat (nog) wettelijke opvang had, of niet. Op de uitvoering van de uitspraak van het Hof is dergelijke kritiek al vaker geuit.⁴⁷

Dit is van belang voor de beoordeling van aanvragen van de Regeling. Als de overheid onrechtmatige beperkingen hanteert op het recht op opvang zoals dat tot in de hoogste rechterlijke instantie is bepaald, is het onaanvaardbaar dat zij een aanvraag in het kader van de Regeling afwijst omdat men niet aan de voorwaarde zou hebben voldaan wegens het buiten die opvang verblijven.

De Hoge Raad heeft het cassatieberoep van de overheid tegen de uitspraak van het Hof in zijn arrest van 21 september 2012 verworpen.⁴⁸ Daarbij is de Hoge Raad niet specifiek op dit aspect ingegaan. Toch heeft de minister in zijn reactie op dit

niet tot de gezinslocaties werden toegelaten, moesten echter actief zijn om in beeld te blijven bij de overheid; zij dienen op andere wijze in het zicht van de vreemdelingenketen te zijn geweest. Ofwel door het starten van een nieuwe procedure, ofwel door zich tot DT&V te hebben gewend. Zij waren de facto verplicht om aan terugkeer te werken om in aanmerking te komen voor een vergunning in het kader van de Regeling. Dit criterium is nu juist precies hetgeen de Definitieve regeling onderscheidt van de Overgangsregeling. Het kan bovendien ook als een bonus voor het stapelen van procedures worden gezien, daarmee bleef men immers ook in beeld bij de rijksoverheid.

In de jaren dat gezinnen met kinderen op straat werden gezet en in de periode dat sommige uitgeprocedeerde gezinnen niet tot de gezinslocaties werden toegelaten hebben talloze gemeenten zich over deze gezinnen ontfermd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat juist de VNG zich verzet tegen het feit dat gemeenten zijn buitengesloten van de Regeling. De overheid is ondeelbaar, ook gemeenten behoren tot de overheid, het is niet meer dan logisch dat zij stem hebben bij het bepalen of een gezin in beeld is geweest.

3 Leeftijdscriterium

3.1 Inleiding

De Overgangsregeling bevat een leeftijdscriterium: een hoofdaanvrager mag bij de start van de peilperiode niet 21 jaar of ouder zijn. De keuze voor dit leeftijdscriterium is opvallend. De Regeling richt zich primair op kinderen, zoals onder andere uit de naam van de Regeling blijkt. Toch is er met de Overgangsregeling voor gekozen om ook een beperkte groep

ve10001110; Hof Den Haag 11 januari 2011 (einduitspraak), *JV* 2011/91, ve11000069, *RV* 2011/92, m.nt. Slingenberg en Werner.

45 HR 21 september 2012, 11/01153, *JV* 2012/458, m.nt. Slingenberg; *AB* 2013/30, m.nt. De Vries en *RV* 2012/88, m.nt. Werner.

46 *Aanhangsel Handelingen II* 2009/2010, nr. 3037.

47 Zie de noot van Slingenberg en Werner in *RV* 2011/92.

48 HR 21 september 2012, 11/01153, *JV* 2012/458, m.nt. Slingenberg; *AB* 2013/30, m.nt. De Vries en *RV* 2012/88, m.nt. Werner.

49 *Kamerstukken II* 2012/13, 19637, nr. 1587, p.2: 'De rechtsplicht die de Hoge Raad voorziet voor de Staat bij het in gebreke blijven van de ouders is evenwel ruimer en ziet op alle minderjarige vreemdelingen die zich op zijn grondgebied bevinden en geen onderdak hebben, ook daar waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel en die niet eerder opvang of onderdak kregen van de overheid.'

jong volwassenen onder de Regeling te brengen. Ook met het leeftijds criterium in de Overgangsregeling rijzen er echter vragen over de legitimiteit van de gestelde grens. In deze paragraaf wordt hier nader op ingegaan.

3.2 Onderscheid, rechtvaardiging, willekeur?

Gelet op de kindgerichtheid van de Regeling zou het op zichzelf voorstelbaar zijn dat de Regeling beperkt zou zijn tot minderjarigen en hun gezinsleden. Dan zou er een consistente lijn zijn getrokken waarbij doel en uitvoering met elkaar in overeenstemming zijn. De Regeling houdt echter - terecht - rekening met de situatie dat iemand gedurende zijn minderjarigheid geworteld is geraakt in Nederland, maar inmiddels meerderjarig is.

Het centrale criterium van de Regeling ziet immers nog steeds op een situatie die ontstaan is tijdens de minderjarigheid van de hoofdaanvrager; vijf jaar verblijf gedurende zijn minderjarigheid is het uitgangspunt. Hoewel dit criterium niet is toegelicht, lijkt het te zijn gebaseerd op pedagogisch onderzoek dat aantoonde dat het voor een minderjarige migrant na vijf jaar verblijf schadelijk is om gedwongen te moeten terugkeren naar het land van herkomst.⁵⁰ De uitkomsten van dit onderzoek speelden een grote rol in de debatten over de positie van gewortelde kinderen en de wenselijkheid om daar een regeling voor te treffen.⁵¹ Aan de genoemde schade komt uiteraard geen einde op het moment dat iemand meerderjarig is. Daarom is het positief dat er met de Overgangsregeling voor is gekozen om ook een groep meerderjarigen onder de Regeling te brengen.

De vraag is waarom gekozen is voor het leeftijds criterium van 21 jaar. In de toelichting bij de Overgangsregeling⁵² is hierover niets te vinden. In het Kamerdebat heeft de staatsse-

ontvangen is een uitgebreidere standaardargumentatie gegeven voor het leeftijds criterium:

'Uitgangspunt voor de Staatssecretaris is dat de Regeling aanspraken op verblijf geeft voor minderjarige (en net meerderjarig geworden) kinderen. Voor meerderjarige vreemdelingen geldt een andere verantwoordelijkheid dan voor minderjarige kinderen. Zo worden meerderjarigen gelet op artikel 3:32, lid 1 BW jo artikel 1:233 BW handelingsbekwaam, waarmee zij tevens voor hun eigen keuzes verantwoordelijk worden. Ook geldt dat de in het IVRK [neergelegde rechten] gelet op artikel 1 van dat verdrag niet ziet op hen die de meerderjarige leeftijd hebben bereikt. De Staatssecretaris meent in het licht van het vorenstaande dat het gemaakte onderscheid in leeftijd in het kader van de Regeling gerechtvaardigd is.'

De rechtvaardiging die wordt gegeven voor het gemaakte leeftijds onderscheid kan om een aantal redenen niet overtuigen. Ten eerste is het opvallend dat er argumenten worden gegeven die zien op het principiële verschil tussen minder- en meerderjarigen, terwijl het feitelijk gemaakte onderscheid een onderscheid tussen meerderjarigen onderling is. Bovendien is het niet uitgesloten dat rechten die wel exclusief op minderjarigen zien, in uitzonderlijke situaties toch op meerderjarigen van toepassing kunnen zijn. Zo wordt in de literatuur over artikel 1 IVRK de doorwerking van kinderrechten voor achttienplussers niet per definitie door dit verdragsartikel uitgesloten.⁵⁴ Ook de jurisprudentie wijst in deze richting. Zo past het EHRM in het Maslov-arrest, dat over de uitzetting van een in Oostenrijk gewortelde jongen gaat, artikelen uit het IVRK toe op een inmiddels meerderjarige jongen.⁵⁵ Het VN-Mensenrechtencomité doet in haar uitspraken iets vergelijkbaars, het past in de zaak XHL artikel 24 IVBPR – dat minder-

Het is positief dat er met de Overgangsregeling voor is gekozen om ook een groep meerderjarigen onder de Regeling te brengen.

cretaris keer op keer herhaald dat er nu eenmaal ergens een grens getrokken moest worden en verwezen naar de politieke verhoudingen in de coalitie die een compromis noodzakelijk maakten.⁵³

Het politieke compromis waar Teeven naar verwijst is weliswaar een verklaring, maar nog geen rechtvaardiging. In verschillende afwijzende beschikkingen die 21-plussers hebben

jarigen recht geeft op beschermende maatregelen – toe op een in Nederland gewortelde ex-amv-er.⁵⁶ De leidende gedachte in beide uitspraken lijkt te zijn dat de toepassing van kinderrechten op volwassenen gerelateerd moet zijn aan aspecten die voortvloeien uit de jeugd van de betrokken persoon. Ook in sommige Nederlandse rechtsgebieden wordt een flexibele omgang met de leeftijdsgrens rondom meerderjarigheid betracht. Essentieel voor die meer flexibele omgang zijn wetenschappelijke inzichten over de hersenontwikkeling bij jongeren.⁵⁷

50 M.E. Kalverboer, A.E. Zijlstra en E.J. Knorth, 'The developmental consequences for asylum-seeking children living with the prospect for five years or more of enforced return to their home country', *European Journal of Migration and Law*, 2009-11, p. 41-67 en M.E. Kalverboer, A.E. Zijlstra, 'De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet', *Migratieweb*: ve07001387, Rijksuniversiteit Groningen 2006.

51 Het hiervoor aangehaalde rapport van Kalverboer en Zijlstra werd bijvoorbeeld aangehaald in: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), 'Om het maatschappelijk belang', 2011, p. 31; Kinderombudsman, 'Wachten op je toekomst', 2012, p. 32 en in de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor een wortelingswet van de PvdA en de ChristenUnie: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 068, nr. 6, p. 9 en 15.

52 WBV 2013/1, *Stcrt.* 2013, 2573.

53 *Handelingen II* 2012/13, 60, p. 92.

54 Zie: M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingebroek (red.), *Commentaar Jeugdrecht*, commentaar bij artikel 1 IVRK, Den Haag: Sdu uitgevers 2012, p. 1419.

55 EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, JV 2008/267, m.nt. Boeles (*Maslov tegen Oostenrijk*) par. 82.

56 VN-Mensenrechtencomité 22 juli 2011, JV 2012/38, m.nt. Forder en RV 2011/30, m.nt. Werner (*XHL t. Nederland*).

57 Zie bijv. het wetsvoorstel voor een adolescentenstrafrecht. Staatssecretaris Teeven benadrukt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat persoonlijke omstandigheden van de dader en zijn/haar ontwikkelingsfase aanleiding kunnen zijn om de biologische leeftijd van de dader niet altijd de doorslag te laten geven. Concreet wordt met het wetsvoorstel het leeftijds criterium uit artikel 77c Wetboek van Strafrecht verhoogd van 21 naar 23 jaar

Het leeftijdscriterium en de onderbouwing daarvan staan op gespannen voet met artikel 14 EVRM. Leeftijd valt onder het bereik van 'andere status' uit artikel 14 EVRM als zijnde een 'personal characteristic'.⁵⁸ Door de staatssecretaris is op verschillende manieren geprobeerd om een rechtvaardiging te geven voor de gekozen leeftijdsgrens. Gezien de hierboven gegeven kritiek lijkt een objectieve rechtvaardiging in de zin van artikel 14 EVRM te ontbreken.

Naast een toets aan artikel 14 EVRM is het de vraag hoe het leeftijdscriterium zich verhoudt tot het verbod van willekeur. Het verbod van willekeur is een algemeen beginsel van be-

keuze voor de gemaakte begrenzing is dat niet.⁶¹ De bestuursrechter dient zich in het kader van het willekeurverbod ook de vraag te stellen of er een redelijk alternatief denkbaar is dat binnen de grenzen van de doelstelling blijft.⁶²

VluchtelingenWerk Nederland en Defence for Children hebben in reactie op de Overgangsregeling een alternatief leeftijdscriterium bedacht.⁶³ Uitgaande van de peildatum van 29 oktober 2012 stelden de organisaties een leeftijdsgrens van 24 jaar en 7 maanden voor. De ratio daarvan is dat de groep van in Nederland gewortelde jongeren weer is gaan groeien vanaf 1 april 2001. Jongeren die langer in Nederland zijn, vielen

Het leeftijdscriterium en de onderbouwing daarvan staan op gespannen voet met artikel 14 EVRM.

hoorlijk bestuur. De betekenis van het willekeurverbod ligt erin de uitoefening van bestuurlijke discretie te toetsen aan een rechtmatigheidsnorm, zonder dat de beleidsvrijheid van het bestuur wordt aangetast.⁵⁹ Het willekeurverbod bestaat uit twee rechtsnormen. Artikel 3:4 lid 1 Awb verplicht het bestuursorgaan tot een daadwerkelijke afweging van de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen. Artikel 3:4 lid 2 Awb verplicht tot een niet onevenredige afweging van belangen in het licht van de doelen van het besluit. Bij deze variant van het willekeurverbod zijn de belangen wel afgewogen, maar niet op een evenredige manier.⁶⁰

Het leeftijdscriterium uit de Overgangsregeling is onzes inziens strijdig met artikel 3:4 lid 2 Awb. Uit het Kamerdebat en de toelichting die in een aantal beschikkingen is terug te lezen, blijkt dat de staatssecretaris zich ervan bewust is dat hij een groep uitsluit. Enerzijds is dit besluit gebaseerd op een politiek compromis, anderzijds op de wens om de Overgangsregeling die primair op minderjarigen ziet niet veel verder uit te breiden dan die primaire groep.

Wetten en regels stellen altijd grenzen en verlenen vaak een bepaalde mate van vrijheid aan het bestuur. Een doel van het stellen van beleidsregels is ervoor te zorgen dat die vrijheid niet willekeurig gebruikt wordt. Essentieel is daarbij echter dat het beleid zelf niet een willekeurige keuze bevat. Bij het huidige leeftijdscriterium kan die vraag worden gesteld. De doelen van begrenzing van het beleid mogen helder zijn, de

immers onder de RANOV.⁶⁴ De alternatieve leeftijdsgrens gaat uit van de maximale leeftijd van een jongere die net buiten de RANOV viel en verder wel aan het vereiste van vijf jaar verblijf gedurende minderjarigheid voldoet. Dit alternatief schept enerzijds een duidelijke grens aan de Regeling en geeft tegelijkertijd een rechtvaardiging voor die grens.

4 Conclusie

Dat de Regeling voor langdurig verblijvende kinderen er is gekomen, is zonder meer een vooruitgang te noemen. De Regeling kent tekortkomingen in de inhoud en de toepassing, die tot gevolg hebben dat naar onze inschatting een aanzienlijk aantal kinderen en hun gezinsleden ten onrechte wordt uitgesloten van een verblijfsrecht. De afwijzingsgronden openbare orde, onttrekken aan toezicht en het leeftijdscriterium ogen op een aantal punten willekeurig en in strijd met het beleid van de staatssecretaris, met normen van internationaal recht waaronder artikel 8 en 14 EVRM, en zelfs met de tekst van het regeerakkoord.

(Kamerstukken II 2012-2013, 33 498, nr. 3, p. 2). Zie voor de relatie tussen dit voorstel en uitkomsten van hedendaags onderzoek naar hersenontwikkeling: I. Weijers, 'De leeftijdsgrenzen' in: I. Weijers en F. Imkamp, *Jeugdstrafrecht In internationaal perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 154-155. Aangezien het ontwikkelingsperspectief van groot belang is bij de problematiek van gewortelde kinderen (zie: M.E. Kalverboer, A.E. Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet*, Rijksuniversiteit Groningen 2006, *Migratieweb*: ve07001387), lijkt die invalshoek ook relevant voor een vergelijking met de Regeling.

58 J. Gerards, 'The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention of Human Rights', *Human Rights Law Review*, p. 16.

59 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 408.

60 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 412.

61 De vraag kan bijvoorbeeld worden gesteld of het leeftijdscriterium op Mauro is afgestemd. Opvallend is dat staatssecretaris Teeven, die nooit op individuele gevallen ingaat, bij de persconferentie over de regeling zei te verwachten dat Mauro een vergunning op basis van de regeling zou krijgen (zie: NOS 21 december 2012, 'Teeven: verblijfsvergunning voor Mauro', nos.nl/video/454388-teeven-verblijfsvergunning-voor-mauro.html).

62 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 413.

63 Brief van VluchtelingenWerk Nederland en Defence for Children aan Vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid Tweede Kamer, p. 1-2, d.d. 20 februari 2013, zie: <http://www.defenceforchildren.nl/images/69/2163.pdf>

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