

## De eisen die artikel 8 EVRM stelt aan het Kinderpardon en de toezichtsexceptie

Bij beantwoording van de vraag of de waarborgen van artikel 8 EVRM enige betekenis hebben voor deze Overgangsregeling (WBV 2013/1) en de uitleg van B22/3.1 Vc dienen de volgende aspecten te worden betrokken.

Dat het Kinderpardon binnen het bereik van artikel 8 EVRM valt, staat volgens alle betrokkenen buiten twijfel. Bovendien toetst de IND bij een afwijzing, volgens hun eigen standpunt, door aan artikel 8 EVRM.<sup>1</sup> Aangezien de rechter in verschillende uitspraken ook aan artikel 8 EVRM heeft getoetst, is er derhalve geen punt van geschil. Het artikel heeft immers een brede reikwijdte. Het gaat daarbij om zowel privé-leven als familielevens. Bij privé-leven moet onder andere gedacht worden aan het recht op persoonlijke ontwikkeling, uiteraard ook van kinderen. Zie bijvoorbeeld Grote Kamer EHRM *S. and Marper v. United Kingdom* (4 december 2008, 30562/04, 30566/04, § 66):

*“66. The Court notes that the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III, and Y.F. v. Turkey, no. 24209/94, § 33, ECHR 2003-IX). It can therefore embrace multiple aspects of the person’s physical and social identity.... Beyond a person’s name, his or her private and family life may include other means of personal identification and of linking to a family (see, mutatis mutandis, Burghartz v. Switzerland, 22 February 1994, § 24, Series A no. 280-B, and Ünal Tekeli v. Turkey, no. 29865/96, § 42, ECHR 2004-X)....”*

Volgens het EHRM maakt ook het geheel van de sociale banden tussen gewortelde migranten en de gemeenschap waarin zij leven deel uit van het concept 'private life' in de zin van artikel 8 EVRM.<sup>2</sup> Het familieleven hoeft in dit kader niet leidend te zijn; migranten ontleen reeds zelfstandige bescherming onder het kopje privé-leven van artikel 8 EVRM. Als in de *Useinov v the Netherlands* uitspraak (11 april 2006, 61292/00) wordt benadrukt dat ook in de periode dat de vreemdeling in procedure is en niet wordt uitgezet, er familielevens kan ontstaan, is de stap naar uitgeprocedeerde asielzoekers die niet worden uitgezet en die evenmin zijn ondergedoken, klein. Het EHRM heeft overigens bij de beoordeling van migratiezaken binnen het kader van artikel 8 EVRM in verschillende uitspraken benadrukt dat het rubriceren van omstandigheden onder privé- of familielevens in beide gevallen vereist dat er een 'fair balance' toets wordt aangelegd. Daarnaast heeft het EHRM meerdere malen bevestigd dat aan het onderscheid tussen privé-leven en familielevens op zichzelf geen doorslaggevende betekenis moet worden gehecht.

Het is uiteraard zo dat de *fair balance*-toets bij een eerste toelating niet hetzelfde is als bij voortgezet verblijf. Daarnaast heeft de staat een ruime *margin of appreciation* bij het vaststellen van de regels, zeker bij een pardonregeling. Het EHRM heeft meerdere malen bevestigd dat een staat het recht heeft om de toegang van vreemdelingen tot haar grondgebied en hun verblijf aldaar te controleren.<sup>3</sup> Niettemin kunnen de maatregelen die een staat neemt in de sfeer van het migratierecht ook bij eerste toelating een schending opleveren van artikel 8 EVRM, met name wanneer de betrokken personen sterke persoonlijke of familiebanden hebben met het betreffende land, welke bedreigd worden door de te nemen maatregelen. Het EHRM geeft stelselmatig aan dat het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen

---

<sup>1</sup> Standpunt IND tijdens de zitting van 16 juli 2014 bij de Raad van State

<sup>2</sup> zie bijvoorbeeld *Üner v. the Netherlands*, 46410/99, para. 59

<sup>3</sup> zie bijvoorbeeld *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, para. 39

(inmenging versus eerste toelating) diffuus is en niet zwart-wit.<sup>4</sup> Een dergelijke inmenging is in strijd met artikel 8 EVRM, tenzij deze 'in accordance with the law' is, één of meerdere 'legitimate aims' nastreeft en deze 'necessary in a democratic society' is. Er moet een 'pressing social need' zijn om de inbreuk te rechtvaardigen. Tenslotte spelen 'legitimate expectations' daarbij een rol.

Zoals meerdere malen bevestigd door het EHRM, houdt het principe 'in accordance with the law', in de zin van artikel 8 EVRM, in dat de inmenging niet alleen een basis in het nationale recht dient te hebben, maar dat er ook een zekere 'quality of the law' vereist is.<sup>5</sup> Overigens moet 'law' niet nauw worden geïnterpreteerd. De betreffende 'wet' moet 'adequately accessible and foreseeable' zijn. Het foreseeability-criterium vereist dat de betreffende wet of regeling is 'formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct'.<sup>6</sup> Volgens het EHRM ziet deze waarborg ook op regeling van discretionaire bevoegdheden.<sup>7</sup>

Het voorzienbaarheidsvereiste betekent niet dat er volledige of absolute zekerheid geboden dient te worden in de wet, dat is immers onmogelijk. Het EHRM heeft in vaste rechtspraak benadrukt dat de vereiste mate van precisie afhankelijk is van 'the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed'.<sup>8</sup> In de literatuur wordt het voorzienbaarheidsvereiste gekoppeld aan het beginsel van rechtszekerheid,<sup>9</sup> het leerstuk van 'legitieme verwachting' en het verbod op willekeur.

Indien deze maatstaven worden toegepast op de vraag of gewortelde kinderen hun verdere bestaan in Nederland mogen opbouwen of (terug) moeten naar het land van herkomst, dan kan geconcludeerd worden dat de noodzaak van precisie van deze regelgeving groot is. Gezien de zwaarwegende belangen van de betrokkenen, maar ook gezien het feit dat het om aanzienlijk aantal mensen gaat, mogen zekere eisen worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de wetgeving en de rechtszekerheid die deze moet bieden

## **De betekenis van artikel 8 EVRM voor de uitleg van B22/3.1 onder c Vc**

In de uitspraken van de meervoudige kamers van de rechtbanken Zwolle (AWB 13/29485) en Arnhem (AWB 14/2512) heeft de staatssecretaris zich op het standpunt gesteld dat gezinnen met minderjarige kinderen die op 27 juli 2010<sup>10</sup> niet (meer) in de rijksopvang verbleven, ondanks de uitspraak van de Hoge Raad van 21 september 2012,<sup>11</sup> niet zonder meer in aanmerking kwamen voor rijksopvang. Gezinnen die reeds in gemeentelijke (nood)opvang verbleven, kwamen dus niet in aanmerking voor rijksopvang.<sup>12</sup> Deze gezinnen wordt nu

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld de eerder genoemde Useinov uitspraak

<sup>5</sup> Philip Leach, "Take a case to the European Court of Human Rights", (2005.), p.165: "This means that, ..., where the domestic law confers a discretion, it should also indicate the scope of that discretion.

<sup>6</sup> Sunday Times v. UK (no. 1), 6538/74, para. 49, maar ook o.a. Rotaru, 28341/95 para. 55 en Amann, 27798/95, para. 56.

<sup>7</sup> Harris, O'Boyle & Warwick "Law of the European Convention on Human Rights", p. 509; Ostrovar v. Moldova (2005) 44EHRR 378.

<sup>8</sup> Vogt v. Germany, 17851/91, para. 48.

<sup>9</sup> Philip Leach, "Take a case to the European Court of Human Rights", (2005.), p.163: "The degree of certainty required will differ depending upon the nature of the right being exercised and the nature of the interference".

<sup>10</sup> Datum (tussen)uitspraak Gerechtshof, zaaknr 200.063.511/01, JV 2011/91

<sup>11</sup> 11/01153, JV 2012/458.

<sup>12</sup> In zijn schriftelijke reactie van 25 maart 2014 stelt de staatssecretaris: 'Of er een verantwoordelijkheid van de Staat bestaat in een individuele zaak is afhankelijk van de uitkomst van de beoordeling of een gezin in een

tegengeworpen dat zij zich hebben onttrokken aan het rijkstoezicht. De staatssecretaris stelt vervolgens dat ook een vreemdeling die buiten de rijksopvang verblijft, in beeld kan zijn bij de rijksoverheid. Hij kan zich immers zelf wenden tot de IND, DT&V of Vreemdelingenpolitie.<sup>13</sup>

Beide rechtbanken overwegen dat een vreemdeling niet voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning op grond van de Regeling, indien hij zich door eigen handelen actief heeft afgekeerd van het rijkstoezicht en daarmee een bewuste keuze heeft gemaakt om niet uit Nederland te vertrekken maar hier illegaal te verblijven. De stelling van de staatssecretaris dat deze gezinnen een eigen verantwoordelijkheid hadden om de DT&V, etc., te benaderen, is volgens de rechtbank een onjuiste uitleg van het in de Overgangsregeling neergelegde beleid.<sup>14</sup>

Ook de Overgangsregeling en dus het ‘onttrekken aan toezicht’-criterium dienen te voldoen aan het voorzienbaarheidsvereiste, en dus te stroken met het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op willekeur, hetgeen natuurlijk ook nationaal bestuursrechtelijke beginselen zijn. De uitleg die de IND aan deze retroactieve exceptie geeft, is echter moeilijk te rijmen met de eerdergenoemde kwaliteitskeurmerken van regelgeving. Het criterium had daarom met dusdanige precisie geformuleerd moeten worden dat de gevolgen ervan voorzienbaar zijn en een ieder zijn of haar gedrag erop had kunnen aanpassen. Zoals ook erkend door de rechtbanken Arnhem en Zwolle blijkt uit de formulering en de totstandkomingsgeschiedenis van de Overgangsregeling dat bedoeld is dat alleen indien men de bewuste keuze heeft gemaakt voor een leven in de illegaliteit, niet voldaan wordt aan de voorwaarden uit de Overgangsregeling. Het was dan namelijk *foreseeable* (voorzienbaar) geweest dat het consequenties zou hebben. Ergo, men kan betogen dat vreemdelingen die zich altijd netjes aan de op hen opgelegde toezichtsmaatregelen hebben gehouden en niet in de centrale maar gemeentelijke opvang verbleven, bij de totstandkoming van de Overgangsregeling de ‘*legitimate expectation*’ hadden dat aan hen onderduikexceptie niet zou worden tegengeworpen. Zij voldeden immers onmiskenbaar aan de ratio van de Overgangsregeling, zeker ook gezien de ontstaansgeschiedenis van dit beleid waarin nimmer ruimte is geweest voor langdurige onderduikers maar de worteling van kinderen terecht voorop stond. Begrijpelijk; als je actief onderduikt en je verstopt voor de overheid, kun je ervan uitgaan dat dat consequenties kan hebben. En andersom; als je door de overheid uit de rijksopvang bent gezet, omdat je daar geen recht op zou hebben, dan heeft de overheid jouw in beeld zijn zelf beëindigd, en niet jij. Het is daarbij bepaald cru om de afwijzigingsgrond ‘buiten beeld’ tegengeworpen te krijgen nu genoegzaam vaststaat dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld door die gezinnen op straat te zetten en hen niet weer in de opvang op te nemen, in weerwil van de Hoge Raad uitspraak.

De uitleg van de rechtbanken is dus in overeenstemming met de vereisten onder artikel 8 lid 2 EVRM. Niet alleen dient sprake te zijn van *foreseeability*, maar ook van *legal certainty*. De vereiste mate van precisie van regelgeving is, zoals hierboven besproken, afhankelijk van verschillende factoren, waaronder het aantal mensen waarop de regeling betrekking heeft en hun status. Nu de Overgangsregeling betrekking heeft op een grote groep mensen die van de

---

humanitaire nood situatie terecht komt bij gebrek aan optreden van de Staat. Een oplossing zal dan ook steeds afhankelijk zijn van de individuele omstandigheden. Gezinnen met minderjarige kinderen die op 27 juli 2010 niet (meer) in de rijksopvang verbleven, komen ook sedertdien derhalve niet zonder meer in aanmerking voor rijksopvang’. Rechtbank Zwolle (MK), AWB 13/29485, r.o. 10.

<sup>13</sup> Rechtbank Zwolle (MK), AWB 13/29485, r.o. 10.

<sup>14</sup> Rechtbank Zwolle (MK), AWB 13/29485, r.o. 14; Rechtbank Arnhem (MK), AWB 14/2512, r.o. 14.

regeling afhankelijk zijn voor hun verblijf in Nederland, mag een grotere mate van precisie en dus kwaliteit vereist worden. Te meer daar vele vreemdelingen nimmer op de hoogte zijn gebracht van het feit dat zij uit de GBA werden geschreven, de COA geen beëindigingsbesluiten neemt ten aanzien van opvang en DT&V niet meldt dat een dossier wordt gesloten. Willekeur ligt daarenboven onmiskenbaar op de loer nu toelating tot de Overgangsregeling afhankelijk is gemaakt van het moment dat de overheid ophield te registreren zonder dat de vreemdeling er iets van kon weten.

De reactie van de staatssecretaris dat de vreemdeling had moeten begrijpen dat hij zich dan maar spontaan elke week bij de vreemdelingenpolitie moest melden, moet in redelijkheid wordt aangemerkt als een overspannen verwachting, te meer als de gangbare uitleg van het Vreemdelingenbesluit behelst dat de meldplicht alleen op vordering van de politie wordt opgelegd.<sup>15</sup> Zelfs bij discretionaire bevoegdheden moet er -vooraf- een zekere mate van voorzienbaarheid zijn, volgens vaste EHRM rechtspraak.<sup>16</sup> De staatssecretaris heeft ontegenzeggelijk een ruime discretionaire bevoegdheid bij het vaststellen wie onder deze regeling vallen, maar die is niet onbegrensd, ook niet bij verwante pardonregelingen of 14/1 brieven, volgens de Afdeling. Net als het EHRM benadrukt de Afdeling het verbod op willekeur, en rechtszekerheid en rechtsbescherming in de uitspraak van 21 december 2006 (JV 2007/36).<sup>17</sup> Of aan deze rechtsbeginselen wordt voldaan door het scheppen van deugdelijk beleid in het algemeen of door een uitgebreide motivering laat de Afdeling over aan de staatssecretaris. De meervoudige kamers in Arnhem en Zwolle hebben exact gedaan wat de Raad van State van hen vergt: ze hebben op heldere en inzichtelijke wijze gemotiveerd waarom de restrictieve uitleg van dit specifieke onderdeel van de Overgangsregeling niet deugt. De IND kan zich niet verenigen met de uitleg van de rechtbanken van deze discretionaire bevoegdheid, maar die uitleg komt wel dichterbij in de buurt van hetgeen door artikel 8 EVRM wordt vereist dan het 'buiten beeld'-criterium in enge zin dat door de IND wordt gehanteerd.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Zie toelichting in het Staatsblad bij artikelen 4:39 en 4.51 Vb

<sup>16</sup> *Al Nashif v Bulgaria*, para 119-23, *Gorzeli v Poland*, (GC 2004-1; 40, EHRR76, para 64-71) en *Ostrovar v. Moldova* (2005) 44EHRR 378, *Kopp v. Switzerland*, 23224/94, 25 maart 1998 [GC], § 55; *Amann v. Switzerland*, 27798/95 [GC], 16 februari 2000, § 50; *Slivenko v. Latvia*, 48321/99 [GC], 9 oktober 2003, § 100.

<sup>17</sup> In de noten bij deze uitspraak komt naar voren dat het bewaken van consistentie bij uitstek de verantwoordelijkheid is van het bestuur ter voorkoming van willekeur.

<sup>18</sup> Willekeur kan worden uitgelegd aan de hand van de VBL of gezinslocatiecasus alsmede de omstandigheid dat kennelijk het COA en DT&V nimmer meldden dat zij een dossier hadden gesloten. Dat betekent dat vreemdelingen zonder beschikking met een bestuurlijk los eindje te maken hadden, waaraan de IND dus kennelijk nu vastknoopt dat zij daaruit hadden moeten kunnen bevroeden dat zij daarmee hun aanspraak op een Kinderpardonstatus in gevaar brachten.