

Het ene gewortelde kind is het andere wél

Over de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het Kinderpardon*

In het regeerakkoord staat dat 'langdurig in Nederland verblijvende kinderen en alleenstaande minderjarige vreemdelingen' onder voorwaarden in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.¹ De daartoe getroffen regeling, ook wel Kinderpardon genoemd, maakt echter onderscheid tussen asielkinderen en niet-asielkinderen. Een analyse van dit onderscheid, aan de hand van de argumenten die een rol speelden in het politieke besluitvormingsproces en de relevante jurisprudentie bij de interpretatie van het EVRM² en het IVRK.

In een volgend nummer aandacht voor het Kinderpardon in relatie tot artikel 1F Vluchtelingenverdrag en onttrekking aan het toezicht.³

Doel en achtergrond van de Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen (Kinderpardon)⁴ is volgens de toelichting:

'Er zijn kinderen die al vele jaren in Nederland verblijven, zonder uitzicht op een verblijfsvergunning. De lange duur van het verblijf is te wijten aan procedures die in het verleden soms lang duurden, het niet meewerken aan vertrek en het stapelen van procedures door ouders, of een combinatie van deze factoren. Om te voorkomen dat deze jongeren hiervan de dupe worden, is door het kabinet besloten een definitieve regeling en een overgangsregeling te treffen op grond waarvan deze jongeren, onder bepaalde voorwaarden, als-

nog in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.⁵

De ratio van de regeling is dat het een onwenselijke situatie is dat er kinderen zijn die al vele jaren in Nederland verblijven en geen uitzicht hebben op een verblijfsvergunning, en dat deze jongeren hier niet 'de dupe' van mogen worden. Als consequentie neemt de overheid haar verantwoordelijkheid door een regeling te treffen op grond waarvan deze jongeren in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.⁶

Hoewel wordt gesteld dat 'rekening wordt gehouden met de bijzondere belangen van kinderen', blijkt uit de voorwaarden van de regeling dat de doelgroep beperkt is tot *asielkinderen* zonder dat enige inhoudelijke motivering wordt gegeven waar-

* Dit artikel is mede geïnspireerd op de nota 'All Inclusive' waaraan naast de auteurs van dit artikel ook mr Jorg Werner en mr Martin Vegter hebben meegewerkt. De nota is een brondocument voor advocaten die procederen over de uitsluiting van migranten kinderen bij het Kinderpardon en op te vragen bij: info@defenceforchildren.nl.

1 Bruggen slaan, Regeerakkoord VVD - PvdA, 29 oktober 2012 (Kabinet Rutte II), ve12002172.

2 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

3 Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

4 Zie voor een beschrijving van de Regeling voor langdurig verblijvende kinderen: M. van Riel, *A&MR* 2013/4, p. 207-210, ve13001179.

5 WBV 2013/1, wijziging Vreemdelingencirculaire d.d. 30 januari 2013, Stcrt 31 januari 2013, nr. 2573, ve13000188.

6 In de toelichting op het Kinderpardon wordt die verantwoordelijkheid nadrukkelijk benoemd: 'De definitieve regeling moet voorkomen dat er in de toekomst opnieuw discussies ontstaan over lang in Nederland verblijvende kinderen en de rol en verantwoordelijkheid van de overheid ten opzichte van deze, veelal uitgeprocedeerde, vreemdelingen. Door de invoering van de definitieve regeling komt er beleid waaraan deze verantwoordelijkheid van de overheid, alsmede de verantwoordelijkheid van de ouders, objectief kan worden getoetst.'

om *niet-asielkinderen* zijn uitgesloten. Dit onderscheid in procedurele achtergrond bij het beleid inzake het Kinderpardon lijkt een schending te zijn van het non-discriminatiebeginsel zoals neergelegd in artikel 2 IVRK en artikel 14 EVRM. De concrete vragen die daaruit voortvloeien zijn: in hoeverre is dit onderscheid aan de orde geweest in de politieke debatten over (de voorlopers van) de Regeling (paragraaf 1); in hoeverre speelt het 'belang van het kind', dat wil zeggen 'the best interest of the child' volgens het IVRK, een (hoofd)rol bij de Regeling en in hoeverre zou het deze rol moeten spelen (paragraaf 2). Ten slotte toetsen we de uitsluiting van niet-asielkinderen aan de genoemde bepalingen die de overheid verplichten tot handhaving van het non-discriminatiebeginsel en het handelen in 'the best interest of the child' (paragraaf 3).

1 Het debat over een 'wortelingsregeling'

Discussies over de uitzetting van langdurig in Nederland verblijvende kinderen, kortheidshalve door ons aangeduid als 'gewortelde kinderen', zijn niet van vandaag of gisteren. In de aanloop naar de Pardonregeling (2007) werd bijvoorbeeld met het filmproject '26000 gezichten' aandacht gevraagd voor onder meer de effecten van uitzetting op kinderen.⁷ Ook de recente documentaire serie 'Uitgezet' wees op de fundamentele belangen van kinderen die hierbij een rol spelen.⁸ Uit de documentaire blijkt dat uitgezette kinderen het niet redden in het land van hun ouders. Dat ligt niet zozeer aan de moeilijke omstandigheden in die landen, maar wordt met name veroorzaakt doordat de uitzetting een ernstige breuk markeert in de ontwikkeling van deze in Nederland gewortelde kinderen.⁹

1.1 Politieke debat over gewortelde kinderen

Aanleiding voor het debat omtrent de belangen van gewortelde kinderen zonder verblijfsvergunning is het toenemende besef dat 'the best interest of the child', uit het IVRK, geen loze belofte is maar een in rechte afdwingbare actieve verplichting betreft van partijen, zoals Nederland, bij dat verdrag.

Balkenende IV

In 2009 pleitten de Tweede Kamerleden Spekman (PvdA) en Anker (CU) bij het kabinet Balkenende IV voor een amendement op de Vreemdelingenwet:¹⁰

'Het doel van dit amendement dient de belangen van een kind van een vreemdeling, dat, afhankelijk van de ouders en de Nederlandse overheid, op een zeker moment in een situatie is gekomen dat het (grotendeels) opgegroeid en geworteld is in Nederland, en er allesbehalve bij gebaat is om terug te keren naar een onbekend, totaal verschillend, land.

7 Zie: www.26000gezichten.nl

8 Zie: uitgezet.vara.nl

9 Kalverboer en Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet* (15 april 2006), ve07001387.

10 Balkenende IV (coalitie van PvdA, CDA, CU): missionair van 22 feb. 2007 t/m 27 feb. 2010; demissionair t/m 14 okt. 2010. Het amendement was afkomstig van regeringsfracties.

In bepaalde uitzonderlijke situaties moet het belang van het kind dan het zwaarste wegen, mede gelet op bepalingen in onder meer het IVRK en 8 EVRM (schending van privéleven).¹¹

Het belang van het gewortelde kind staat hier dus centraal en er staat in dit amendement geen enkele verwijzing naar een beperking van de doelgroep op grond van een procedurele achtergrond.¹² Het amendement wordt echter verworpen met 71 stemmen tegen en 70 voor.

Na de val van het kabinet Balkenende IV dienen Spekman en Anker in 2010 een motie in waarin de (demissionaire) regering wordt verzocht om in de Vreemdelingenwet 2000 en in het Vreemdelingenbesluit 2000 een beperking op te nemen op grond waarvan een minderjarig kind 'van een vreemdeling' een verblijfsvergunning kan krijgen als het kind geworteld is in de Nederlandse samenleving.¹³ Die motie wordt aangenomen met 70 stemmen voor en 67 tegen. Ook hier is geen beperking opgenomen op grond van de procedurele achtergrond van de verblijfsaanvraag.

Rutte I en II

Tijdens het kabinet Rutte I,¹⁴ presenteren de PvdA en de CU in 2012 het wetsvoorstel voor de 'versterking van de positie van in Nederland gewortelde minderjarige vreemdelingen': de zogenaamde 'Wortelingswet'.¹⁵ Het politieke onderhandelingsproces dat hieraan voorafgaat leidt tot een beperking van de doelgroep: alleen asielkinderen. Dit wetsvoorstel is de opvolger van de eerder genoemde motie Spekman/Anker en inhoudelijk bezien de voorloper van de huidige Regeling voor langdurig verblijvende minderjarige vreemdelingen. Twee maanden daarna valt het kabinet Rutte I en wordt de behandeling van het wetsvoorstel opgeschort. Het nieuwe kabinet (Rutte II)¹⁶ formuleert vervolgens het onderhavige Kinderpardon. In de Tweede Kamer stelt de staatssecretaris bij het debat over de Kinderpardonregeling dat het begrip 'wortelen' uit het wortelingswetsvoorstel niet bruikbaar is: 'het is nauwelijks in objectieve criteria te vangen'. Daarnaast wordt wel gediscussieerd over de uitsluiting van niet-asielkinderen, maar het enige 'argument' dat daarvoor wordt gegeven, is: 'In het regeerakkoord hebben we dat zo afgesproken'.¹⁷ In de afwijzende beschikking die we verderop beschrijven, stelt de staatssecretaris wel dat de uitsluiting van niet-asielkinderen in lijn is met het wetsvoorstel.

11 *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 994, nr. 26, 14 december 2009.

12 Het betreft hier de wijziging van de asielprocedure in 2011. Zie hiervoor de diverse kamerstukken met nummer 31 994.

13 *Kamerstukken II*, 2009/10, 19 637, nr. 1340. *Handelingen II*, 2009/10, nr. 80, p. 6864, 22 april 2010. Daarnaast formuleert deze motie een tweetal aanvullende voorwaarden: (1) als het kind, mede door toedoen van de Nederlandse overheid, meer dan acht jaren in Nederland heeft verbleven, en (2) het kind minimaal twee jaren rechtmatig verblijf in Nederland heeft gehad. Ook deze motie was afkomstig van regeringsfracties.

14 Rutte I (coalitie VVD, CDA): missionair van 14 okt. 2010 t/m 23 apr. 2012; demissionair t/m 5 nov. 2012.

15 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 068, nr. 2, 27 februari 2012, ve11002661 (Voorstel van wet van de leden Samsom en Voordewind tot wijziging van de Vw 2000 houdende versterking van de positie van in Nederland gewortelde minderjarige vreemdelingen). Dit wetsvoorstel was afkomstig van - inmiddels - de oppositie.

16 Rutte II (coalitie VVD, PvdA): missionair sinds 5 nov. 2012.

17 *Handelingen TK*, 2012-2013, nr. 60-26-90, en nr. 60-26-101.

Geen rol voor onderscheid in het politieke debat

In de toelichting op het Kinderpardon is niets te vinden over een mogelijk onderscheid dat gemaakt zou kunnen of moeten worden tussen kinderen met verschillende procedurele achtergronden. In het politieke debat voorafgaande aan de huidige Kinderpardonregeling zijn de begrippen 'asielzoeker' en 'vreemdeling' eveneens voortdurend naast en door elkaar gebruikt. Hoewel beide begrippen niet identiek zijn, is het al dan niet beoogde verschil in aanduiding nooit ter sprake gekomen. De Tweede Kamerfracties van GroenLinks en de SP hebben nog wel een motie ingediend tijdens het parlementaire debat,¹⁸ om het onderscheid tussen asielkinderen en niet-asielkinderen te laten vervallen en beide groepen onder de Regeling te laten vallen. Die motie werd echter verworpen.¹⁹

Geconstateerd kan derhalve worden dat zowel in de Wortelingswet als de Kinderpardonregeling in het politieke debat geen inhoudelijke argumenten zijn gegeven waarom deze regelingen uitsluitend gaan over asielkinderen en niet over niet-asielkinderen.

1.2 De Pardonregeling, het Kinderpardon en het drie-jarenbeleid

In juni 2007 kondigde het kabinet Balkenende IV de 'Regeling afwikkeling nalatenschap oude Vreemdelingenwet' (Pardonregeling) af, inhoudende dat ambtshalve een verblijfsvergunning kon worden verleend aan vreemdelingen die onder de oude Vreemdelingenwet (voor 1 april 2001) een asielaanvraag hadden ingediend en nog immer in Nederland waren.²⁰

Het drie-jarenbeleid was oorspronkelijk ook alleen bedoeld voor de afhandeling van asielzaken.

Hoewel het Kinderpardon, althans in naam, lijkt op de Pardonregeling uit 2007, zijn er grote principiële verschillen. De Pardonregeling was een regularisatieregeling die tot doel had om de achterstanden van rond de 30.000 asielzaken weg te werken. De Pardonregeling was daarmee een eenmalige regeling: indien de achterstanden zouden zijn weggewerkt, zouden nieuwe zaken voortaan in niet al te lange tijd kunnen worden afgehandeld en zouden achterstanden in het geheel niet meer kunnen ontstaan. Het Kinderpardon formuleert echter structureel beleid met betrekking tot langdurig in Nederland verblijvende kinderen zonder verblijfsvergunning, en zonder dat er sprake is van het wegwerken van grote achterstanden. Een overeenkomst tussen het Kinderpardon en de Pardonregeling is juist gelegen in de constatering, dat het onwenselijk is dat vreemdelingen lange tijd in onzekerheid verkeren omtrent hun verblijfsstatus in Nederland.

Het geïntroduceerde beleid voor langdurig verblijvende kinderen heeft wel sterke overeenkomsten met een ander en ouder onderdeel van het vreemdelingenbeleid. In 1992 schreef de

toenmalige staatssecretaris van Justitie aan de voorzitter van de Adviescommissie Vreemdelingenzaken:²¹

'(I)n die gevallen waarin het voornamelijk of wellicht uitsluitend op effecten van bestuurlijk beleid is terug te voeren dat betrokkene lange tijd na binnenkomst nog geen definitieve beslissing op zijn verzoek om toelating heeft verkregen en in Nederland verblijft met medeweten van de autoriteiten, zal de overheid haar verantwoordelijkheid nemen door in het verblijf te berusten. Het kabinet heeft hier een periode op het oog van uiterlijk drie jaren die verstreken zijn na indiening van het toelatingsverzoek.'

Dit zogenaamde drie-jarenbeleid gold (tot de afschaffing ervan door het kabinet Balkenende I in 2002) als algemene leidraad voor het afdoen van vreemdelingenzaken. Een van de belangrijkste aspecten ervan was dat het fungeerde als een stok achter de deur: de overheid werd namelijk gedwongen om binnen een periode van drie 'procesjaren' op een aanvraag (tot toelating) te beslissen. Zo niet, dan 'nam de overheid haar verantwoordelijkheid' en kon de betrokken vreemdeling een verblijfsvergunning krijgen op grond van het drie-jarenbeleid. Van belang is tevens dat de ratio achter deze termijn van drie jaren was gelegen in de overweging dat de vreemdeling dan 'geacht moet worden binnen de Nederlandse sociale- en rechtsorde een definitieve plaats te hebben verworven'.²² Zowel het drie-jarenbeleid als het beleid voor langdurig verblijvende kinderen is daarmee gebaseerd op de overweging dat het

niet wenselijk is dat vreemdelingen langdurig in Nederland verblijven zonder verblijfsvergunning. Bij het drie-jarenbeleid lag daarbij het accent op de onzekerheid terwijl bij het Kinderpardon de bijzondere belangen van langdurig verblijvende kinderen voorop staan.

Het drie-jarenbeleid was oorspronkelijk ook alleen bedoeld voor de afhandeling van asielzaken net zoals de Kinderpardonregeling vooralsnog is beperkt tot asielkinderen. Na de invoering van het drie-jarenbeleid op 10 juli 1992 werd echter, na een briefwisseling met de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, dit beleid met ingang van 5 april 1994 verruimd tot zowel asielzaken als reguliere vreemdelingenzaken.²³ De motivering daarvan was dat met dit drie-jarenbeleid de achterstanden aan asielzaken effectief konden worden bestreden (en kennelijk het ontstaan van nieuwe achterstanden kon worden voorkomen). Daarom kon dit beleid tot 'algemene

18 *Kamerstukken II*, 2012/13, 19 637, nr. 1620, 12 maart 2013.

19 *Handelingen TK* 2012-2013, nr. 63-11-22.

20 De vergunning werd afgegeven op grond van artikel 3.6(2) Vb jo het nieuwe artikel 3.17a(c) VV. De Regeling zelf was neergelegd in *WBV* 2007/11, *Stcrt* 13 juni 2007, nr. 111, p. 12, ve07001122.

21 Brief van 11 september 1992 van Staatssecretaris Kosto van Justitie in het kabinet Lubbers III (1989-1994). Zie ook de zogenaamde 'Steendijkbrief' van 8 oktober 1993, *NAV* 1994, nr.3, p. 206 en *VK Rb Den Haag* 1 juni 1995, *AWB* 95/1866, ve11000712.

22 Deze overweging is afkomstig uit het briefadvies van de ACVZ van 2 december 2002 aan minister Nawijn omtrent de voorgenomen afschaffing van het drie-jarenbeleid.

23 *TBV* 1996/12, d.d. 3 december 1996 (voorwaarden driejarenbeleid); *VK Rb Den Haag* (REK) 1 juni 1995, *AWB* 95/1866.

leidraad' voor het afhandelen van (vreemdelingen)zaken worden gehanteerd. De vraag in hoeverre het voorheen gehanteerde onderscheid tussen reguliere zaken en asielzaken ook in rechte houdbaar zou zijn geweest is daarmee echter nooit beantwoord. Gesteld zou kunnen worden dat dit onderscheid, indien het zou zijn gehandhaafd, niet de rechterlijke toets zou hebben doorstaan en dat de staatssecretaris daarom, om pragmatische redenen, het onderscheid liet vervallen.

Beide regelingen onderkennen van het effect van langdurig verblijf, hetzij in de formulering van 'het verwerven van een plaats in de sociale of rechtsorde in Nederland' dan wel in de formulering van 'het geworteld zijn in Nederland' of 'de bijzondere belangen van kinderen'. Uitgaande van die ratio is er geen inhoudelijk argument dat het procedurele onderscheid (asiel versus regulier) rechtvaardigt. Dientengevolge zou het onderscheid dat vooralsnog in de Regeling wordt gehanteerd voor de rechter onhoudbaar kunnen blijken te zijn.

Benadrukt moet worden dat de eerder geciteerde toelichting bij het Kinderpardon begint met een correcte formulering van het probleem: 'Er zijn kinderen die al vele jaren in Nederland verblijven, zonder uitzicht op een verblijfsvergunning'. Terecht wordt geen onderscheid gemaakt naar procedurele achtergrond omdat de gesignaleerde problemen van deze kinderen niets te maken hebben met de ene of de andere procedure maar eenvoudigweg zijn te herleiden tot de 'langdurigheid' van het verblijf. De echte problemen beginnen pas bij de nadere uitwerking van de regeling, waarin als een duveltje uit een doosje de doelgroep wordt beperkt aan de hand van een niet-relevant criterium: de procedurele achtergrond. Het is alsof je besluit om een bepaald geneesmiddel voor chronische hoofdpijn alleen voor te schrijven aan patiënten die met het openbaar vervoer naar de dokter zijn gekomen.

1.3 Jurisprudentie over uitsluiting van niet-asielzaken bij de Pardonregeling

Bij de Pardonregeling is geprocedeerd over de uitsluiting van vreemdelingen die geen asielverzoek hadden ingediend maar op een andere grond verblijf hadden aangevraagd onder de oude Vreemdelingenwet. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich uitgesproken over de strekking en reikwijdte van de Pardonregeling en de toelaatbaarheid van de begrenzing van de doelgroep.

In een uitspraak van 18 november 2010 oordeelt de Afdeling over de toelaatbaarheid van de uitsluiting van niet-asielzaken in de Pardonregeling.²⁴ In deze zaak werd het bezwaar ingebracht dat het onderscheid tussen enerzijds vreemdelingen die een asielaanvraag hadden ingediend vóór 1 april 2001 en anderzijds vreemdelingen die dat niet hadden gedaan, een schending van het non-discriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM was. De Afdeling behandelt de vraag of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd kan worden in het licht van artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.²⁵ Dit onderscheid had de Afdeling al eerder gerechtvaardigd geacht in de uitspraak van 10 november 2008.²⁶ In deze laatste uitspraak ba-

seert de Afdeling haar oordeel dat het gemaakte onderscheid niet ongerechtvaardigd was op twee argumenten.

In de eerste plaats is de Afdeling van oordeel dat er een verschil bestaat in de verantwoordelijkheid die de overheid heeft voor vreemdelingen die een asielaanvraag hebben ingediend en vreemdelingen die dat niet hebben gedaan. De verplichtingen die de overheid in verdragen (Vluchtelingenverdrag, EVRM) is aangegaan, betekenen dat de overheid tot taak heeft de opvang van vreemdelingen die een asielaanvraag hebben ingediend te organiseren. Deze verplichting bestaat echter niet ten aanzien van hen die geen asielaanvraag hebben ingediend, zo oordeelt de Afdeling.

Het tweede argument van de Afdeling is dat de problemen die aanleiding vormden tot het instellen van de Pardonregeling 'samenhangen met het vollopen van de (nood)opvang en het langdurige verblijf van de betreffende vreemdelingen'.²⁷ De ratio hiervan is, althans in de redenering van de Afdeling, dat er een oplossing gezocht moest worden voor de ontstane problemen die samenhangen met de groep van asielzoekers.

De uitsluitingsargumenten die bij de Pardonregeling zijn geaccepteerd, kunnen bij het Kinderpardon niet met succes naar voren gebracht worden. Het eerste argument van de andere verplichting van de overheid ten aanzien van de opvang van asielzoekers gaat niet op omdat de (internationaalrechtelijke) verplichtingen van de overheid immers betrekking hebben op alle minderjarigen (en hun gezinsleden). Het Gerechtshof Den Haag heeft in die context op 27 juli 2010 bepaald dat uitgeprocedeerde gezinnen met kinderen niet op straat mogen worden gezet.²⁸ Na deze uitspraak heeft de overheid de 'gezinslocaties' geïntroduceerd waar uitgeprocedeerde gezinnen met kinderen worden opgevangen. De verplichting voor de staat om kinderen (en hun ouders) opvang te bieden, bestaat zonder onderscheid naar de procedurele achtergrond van deze kinderen en hun ouders.²⁹

Het tweede argument over de eenmaligheid van de Pardonregeling vanwege de volle noodopvang en de grote achterstanden, gaat niet op omdat het Kinderpardon juist voorziet in een structurele maatregel; bovendien is er geen sprake van een achterstand van tienduizenden zaken.

Het onderscheid dat het Kinderpardon maakt tussen kinderen met een reguliere- en een asielachtergrond kan dus niet met de door de Afdeling genoemde argumenten rondom de Pardonregeling worden gerechtvaardigd. Het ligt meer voor de hand om de Afdeling en de voormalige Rechtseenheidkamer (REK) te volgen in analoge toepassing van het drie-jarenbeleid waarbij het onderscheid tussen asiel en regulier niet opportuun bleek.³⁰

27 De beschrijving van het karakter van de Pardonregeling door de Afdeling in de eerder aangehaalde uitspraak van 9 februari 2010 (JV 2010/111): "Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Regeling (Kamerstukken II 2007/08, 31 018) volgt dat ten aanzien van de groep vreemdelingen die voor 1 april 2001 een asielaanvraag hebben ingediend onder de Vw oud diverse problemen zijn ontstaan die samenhangen met de (nood)opvang en het verblijf van die vreemdelingen [...]"

28 Zie: Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juli 2010, JV 2010/328, ve10001110. en Gerechtshof 's-Gravenhage 11 januari 2011, RV 2011-92 m.nt. Slingenberg en Werner. Het oordeel van het Gerechtshof in voornoemde zaken is bevestigd door de Hoge Raad 21 september 2012, JV 2012/458, ve12001967, LJN: BW5328.

29 HR 21 september 2012, JV 2012/458, m.nt. Slingenberg (ve12001967); *Kamerstukken II*, 2011/12, 29 344 nr. 85, ve12000121.

30 TBV 1996/12, d.d. 3 december 1996 (voorwaarden driejarenbeleid); VK Rb Den Haag (REK) 1 juni 1995, AWB 95/1866.

24 ABRvS 18 november 2010, JV 2011/37, ve10002213; zie ook JV 2010/111 m.nt. C. Grütters, ve10000217.

25 internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten.

26 ABRvS 10 november 2008 JV 2009/13, ve08001864; zie ook JV 2010/111 m.nt. C. Grütters, ve10000217.

2 Het belang van het kind voorop

De toelichting op de regelingen voor langdurig verblijvende kinderen stelt dat zowel de overgangsregeling als de definitieve regeling rekening houdt met de belangen van kinderen. Die verplichting vormt een van de basisbeginselen uit het IVRK, te weten artikel 3(1) IVRK.³¹

Behalve dat de regeling zelf in lijn moet zijn met de belangen van kinderen, zal ook in elke individuele beslissing in het kader van het Kinderpardon een specifieke, kenbare belangenafweging moeten plaatsvinden. Het beroep dat gewortelde kinderen doen op het Kinderpardon is geënt op hun recht op respect voor hun privéleven, zoals beschermd in artikel 8 EVRM. De betekenis van artikel 3 IVRK wordt door het EHRM³²

In elke individuele beslissing in het kader van het Kinderpardon zal een specifieke, kenbare belangenafweging moeten plaatsvinden.

betrokken bij de beoordeling van artikel 8 EVRM. In meerdere zaken heeft het EHRM geoordeeld dat de materiële omvang van artikel 8 EVRM moet worden uitgebreid met het belang van de bij individuele zaken betrokken kinderen.³³ In de rechtspraak van zowel het EHRM als het HvJEU³⁴ is een duidelijke ontwikkeling zichtbaar die de belangen van kinderen centraal stelt.³⁵ Daarbij heeft de Hoge Raad in haar uitspraak van 21 september 2012 over de opvang van gezinnen met kinderen een uitvoerige samenvatting gegeven van de EHRM-uitspraken waarin wordt verwezen naar de verplichting 'dat de belangen van het kind de eerste overweging dienen te zijn bij alle maatregelen betreffende kinderen'.³⁶ Bij de aanvragen van alle kinderen die een beroep doen op de regeling voor langdurig verblijvende kinderen, zal met deze jurisprudentie rekening moeten worden gehouden.

Artikel 3 IVRK, dat bepaalt dat de belangen van kinderen voorop moeten staan bij beslissingen die hen treffen, heeft een accessoir karakter.³⁷ Artikel 3 IVRK is nauw verbonden met artikel 6(2) IVRK, waarin het recht op ontwikkeling is neergelegd.³⁸ Voor elk kind, dus ook voor minderjarige vreemdelingen, is het zich kunnen ontwikkelen de essentie van het kind-zijn. Bij vreemdelingen is die ontwikkeling veelal verstoord door de vlucht of reguliere migratie naar Nederland. In Nederland staat tijdens de verblijfsprocedures die ontwikkeling vaak opnieuw

onder druk.³⁹ In een advies van de ACVZ⁴⁰ aan oud-minister Leers wordt de kwetsbare positie van gewortelde minderjarige vreemdelingen en de spanning die dit oplevert met het IVRK, benadrukt. Met name de schade die deze kinderen vaak in hun ontwikkeling oplopen wordt problematisch genoemd.⁴¹

In de memorie van toelichting op de voorloper van de huidige regeling, het oorspronkelijke wetsvoorstel van PvdA/ChristenUnie, is een overzicht gegeven van de literatuur die aantoonde dat kinderen schade (kunnen) oplopen als zij na lang verblijf nog gedwongen worden uitgezet.⁴² In deze literatuur wordt geen onderscheid gemaakt naar de aard van de procedures die ouders of alleenstaande minderjarigen ooit begonnen zijn in het land van ontvangst. Factoren die wel bepalend zijn voor de schade die kinderen op kunnen lopen zijn onder meer:

de duur van het verblijf in Nederland en mate van worteling, het aantal cultuurwisselingen dat zij doormaken, de conditie van de ouders en de kinderen.⁴³ De memorie van toelichting schrijft dan ook: 'De kern van het belang van deze kinderen dat deze wet wil beschermen is: het kunnen behouden van de eigen vertrouwde omgeving. De kern van het daarmee strijdige belang is: de mogelijke schade die deze kinderen oplopen als zij noodgedwongen uit die omgeving worden verwijderd'.⁴⁴ Door de intrekking van het wetsvoorstel is er echter in het parlement geen discussie gevoerd over een mogelijke rechtvaardiging van dit onderscheid; zoals dat overigens ook niet in het debat over de Kinderpardonregeling is gedaan.

3 Non-discriminatiebeginsel, verboden onderscheid

De Regeling voor langdurig verblijvende kinderen maakt onderscheid tussen gewortelde kinderen op grond van de procedure die (veelal) hun ouders hebben gekozen om hun verblijf te regulariseren. In artikel 2 IVRK staat echter dat kinderen niet gediscrimineerd mogen worden in de toegang tot hun rechten, ook niet op grond van de 'status' van hun ouders. Onder status kan ook de vreemdelingrechtelijke verblijfstitel – of het ontbreken daarvan – worden begrepen.⁴⁵ Ook andere mensenrechtenverdragen bevatten dit fundamentele recht.⁴⁶

31 Artikel 3(1) IVRK: Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.

32 Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

33 Zie bijvoorbeeld: EHRM 31 januari 2006 (Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands), nr. 50435/99, JV 2006/90 met noot van Boeles, ve06000165, NAV 2006/7 met noot van Bombeke; EHRM 12 oktober 2006 (Mubilanzila, Mayekaand, Kanika, Mitugna v. België) nr. 13178/03, JV 2007/29, ve06001361 en EHRM 28 juni 2011 (Nunez v. Norway), nr. 55597/09, JV 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum, ve11001542.

34 Hof van Justitie van de Europese Unie

35 M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden', A&MR, 2011, nr. 8, p. 349-362, ve11002529.

36 HR 21 september 2012, L/JN: BW5328, r.o. 3.5.3, JV 2012/458 nt C.H. Slingenberg, ve12001967.

37 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.

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

39 Zie daarover bijvoorbeeld: Kalverboer, M. E., A. E. Zijlstra, & E.J. Knorth, (2009). '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 (1), p. 41-67.

40 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken.

41 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *Om het maatschappelijk belang advies over het betrekken van het lokale bestuur en de lokale gemeenschap bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid*, Den Haag: ACVZ december 2011, p. 31, ve12001310.

42 *Kamerstukken II*, 33 068, nr. 6, ve12000519.

43 Kalverboer en Zijlstra, *De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet* (15 april 2006), *Migratieweb*: ve07001387.

44 *Kamerstukken II*, 33 068, nr. 6, p. 14, ve12000519.

45 C. van Os & D. Beltman (2012). 'Kinderrechten in het migratierecht'. In: M. Blaak e.a. (2012). *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children, p. 642.

46 Namelijk: art. 14 EVRM; art. 1 Twaalfde Protocol EVRM; art. 26 IVBPR; art. 2(2) IVESCR en art. 5 IVUR (Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van

3.1. Toetsing aan artikel 14 EVRM

Toepasselijkheid artikel 14 EVRM

Uit de tekst van artikel 14 EVRM⁴⁷ volgt geen zelfstandig discriminatieverbod.⁴⁸ Het verbod van discriminatie is verbonden met alle rechten die opgenomen zijn in het EVRM. Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat geen sprake hoeft te zijn van schending van een recht uit het EVRM, maar dat het voldoende is als de (potentiële) schending zich afspeelt in de sfeer van één van de artikelen van het EVRM.⁴⁹ De Regeling voor langdurig in Nederland verblijvende kinderen is erop gericht om bescherming te bieden aan minderjarige vreemdelingen die banden met de Nederlandse samenleving hebben opgebouwd in de jaren dat zij nog geen verblijfsvergunning hadden, maar hier wel opgroeiden. De toelichting op de Regeling stelt dan ook dat kinderen niet 'de dupe' mogen worden van die situatie.⁵⁰ De ratio van de regeling ligt hiermee in de sfeer van het recht op privé-leven zoals opgenomen in artikel 8 EVRM.⁵¹ Het recht op privé-leven biedt bescherming aan iemands sociale identiteit⁵² en omvat de netwerken die mensen uit persoonlijke, sociale of economische relaties van mensen opbouwen.⁵³ Daarmee is ook artikel 14 EVRM van toepassing: de discriminatie tussen asielkinderen en niet-asielkinderen speelt zich

De ratio van de regeling ligt in de sfeer van het recht op privé-leven zoals opgenomen in artikel 8 EVRM.

immers af in de sfeer van het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM. De jurisprudentie van de Afdeling naar aanleiding van de Pardonregeling ondersteunt deze stellingname.⁵⁴

Onderscheid op grond van 'andere status'

In artikel 14 EVRM is geen limitatieve opsomming gegeven van discriminatiegronden. In het artikel wordt gesteld dat het genot van rechten en vrijheden moet worden verzekerd *zonder enig onderscheid op welke grond ook*. De opsomming die daarop volgt begint met 'zoals', hetgeen impliceert dat de opsomming een niet uitputtende lijst is. Aan het eind van die lijst wordt een restcategorie geformuleerd: 'of andere status'.

Uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat onderscheid op basis van verblijfsstatus gekwalificeerd kan worden als vallende

onder de grond 'andere status'.⁵⁵ Heel precies beschouwd, is er in de Regeling geen sprake van onderscheid tussen verschillende verblijfsstatussen, maar wordt er onderscheid gemaakt tussen het verschil in voorgeschiedenis die tot dezelfde verblijfsstatus heeft geleid; namelijk uitgeprocedeerd zijn na een asiel- dan wel reguliere procedure. Hoewel daarmee de facto geen onderscheid is gemaakt in verblijfsstatus, blijkt uit het verschil in behandeling dat hun wel een andere status wordt toegekend die nauw is verbonden met de procedure.

Very weighty reasons

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat bij het ontbreken van een 'keuze-element' discriminatie op grond van 'status' de rechtvaardiging 'very weighty reasons' behoeft. In het arrest Bah waren geen 'very weighty reasons' vereist omdat mevrouw Bah geen vluchteling was en er daarom sprake was van een keuze-element in haar verblijfsstatus.⁵⁶ In het arrest Hode en Abdi zet het EHRM deze lijn voort.⁵⁷ De redenering van het EHRM over het keuze-element gaat ook op voor de bijzondere status van kinderen. Het EHRM heeft meermaals benadrukt dat lidstaten aan kinderen het handelen van hun ouders niet mogen tegenwerpen.⁵⁸ Ook in de zaak Ponomaryovi overweegt het EHRM expliciet dat het niet de keuze van de kinderen was

om zich in Bulgarije te vestigen en dat zij realistisch gezien niet konden kiezen om naar een ander land te gaan.⁵⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat ook bij de verblijfsstatus van kinderen een keuze-element ontbreekt. Dit betekent dat er waarschijnlijk volgens het EHRM 'very weighty reasons' vereist zijn voor een onderscheid.

Objectieve en redelijke rechtvaardiging

De toelichting in het WBV waarmee de regeling is ingevoerd bevat geen rechtvaardiging voor het onderscheid tussen langdurig verblijvende kinderen met een eerder doorlopen asielprocedure en kinderen die een dergelijke procedure niet hebben doorlopen.

In de eerste reacties op het Kinderpardon hebben auteurs al gewezen op het ontbreken van een rechtvaardiging voor het onderscheid dat in de Regeling wordt gemaakt.⁶⁰ De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken problematiseert

Alle Vormen van Rassendiscriminatie).

47 Art. 14 EVRM luidt: 'Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status'

48 Art. 14 EVRM luidt: 'Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status'

49 EHRM 27 september 2011, Bah v. het Verenigd Koninkrijk, JV 2012/33 m.nt. Slingenberg, r.o. 35, ve11002325, RV 2011/85 m.nt. De Vries.

50 WBV 2013/1, *Stcrt* 31 januari 2013, nr. 2573, Toelichting p. 11.

51 Zie hierover uitgebreid: B. Aarrass, 'Artikel 8 EVRM als middel tegen uitzetting: de moeizame integratie van 'privéleven' in migratiezaken', *A&MR* 2010-04, p. 176-184', ve10000789.

52 EHRM 29 april 2002, 2346/02, *Pretty v. het Verenigd Koninkrijk*, r.o. 61.

53 EHRM 9 oktober 2003, 48321/99, *Slivenko v. Letland*, r.o. 96, ve03001588 en EHRM 23 juni 2008, 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, r.o. 63, ve07000609.

54 ABRvS 10 november 2008 (200802244/1), JV 2009/13; ABRvS 18 november 2010 (201006514/1/V1), JV 2011/37.

55 EHRM 27 september 2011, Bah t. het Verenigd Koninkrijk, JV 2012/33 m.nt. Slingenberg, RV 2011/85 m.nt. De Vries, r.o. 45-46. EHRM 6 november 2012, Hode en Abdi t. het Verenigd Koninkrijk, JV 2013/01 m.nt. Van Walsum; EHRC 2013/35 m.nt. Boeles en RV 2012/20 m.nt. De Vries.

56 EHRM 27 september 2011, Bah v. het Verenigd Koninkrijk, JV 2012/33 m.nt. Slingenberg, r.o. 47, RV 2011/85 m.nt. De Vries.

57 Hode en Abdi v. het Verenigd Koninkrijk, JV 2013/1 m. nt. Van Walsum, ve12002227; EHRC 2013/35 m.nt. Boeles en RV 2012/20 m.nt. De Vries.

58 Zie bijvoorbeeld: EHRM 14 juni 2011, *Osman v. Denemarken*, JV 2011/331 m.nt. Van Walsum, ve11001345, RV 2011/19 m.nt. Arbaoui en EHRM 28 juni 2011, *Nunez v. Noorwegen*, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum, ve11001542, RV 2011/20 m.nt. Ismaili.

59 EHRM 21 juni 2011, 5335/05, *Ponomaryovi v. Bulgarije*, par. 61.

60 M. Graaff, 'Asielkinderenpardon', redactioneel, *Asiel & Migrantenrecht* 2013-01, p. 2, ve13000384; M.L. van Riel, 'Pardon Kinderen!', *Asiel & Migrantenrecht* 2013-04, p. 207-210, ve13001179.

dit gebrek ook aan de hand van het arrest Hode en Abdi.⁶¹ Gezien de hierboven gestelde eis van very weighty reasons zou een toetsing aan artikel 8 jo 14 EVRM volgens ons moeten leiden tot de vaststelling dat het Kinderpardon een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen kinderen van ouders die asiel hebben aangevraagd en kinderen van ouders die een reguliere procedure hebben doorlopen.

Argumenten in beslissing Kinderpardon

Er zijn bij Defence for Children enkele beschikkingen bekend waarin de overheid ingaat op het gemaakte onderscheid tussen asielkinderen en niet-asielkinderen.⁶² In de beschikkingen noemt de staatssecretaris vijf argumenten voor het gemaakte onderscheid:

- a het verschil in verantwoordelijkheden die de overheid heeft voor deze onderscheiden groepen;
- b de subjectieve vrees voor vervolging die asielzoekers wel en andere migranten niet zouden hebben;
- c de uitsluiting van niet-asiel kinderen in de Wortelingswet van Spekman/Anker;
- d de verruiming die het insluiten van niet-asielkinderen zou betekenen; en
- e omdat de verblijfsachtergrond van vreemdelingen geen 'inherente of onveranderlijke eigenschap' is, komt de Staat bij de toetsing aan artikel 14 EVRM een ruime beoordelingsmarge toe.

De vraag is nu hoe sterk deze argumenten zijn.

ad (a): Verschil in verantwoordelijkheden

In het betoog over verschillende verantwoordelijkheden van de overheid voor asielzoekers en andere migranten verwijst de staatssecretaris naar de Afdelingsuitspraak van 10 november 2008.⁶³ In paragraaf 1.3 is echter aangegeven dat dit onderscheid juist in het kader van kinderen niet gemaakt kan worden. Ten overvloede zij verwezen naar de uitspraken van het Gerechtshof en de Hoge Raad op grond waarvan de overheid verplicht is om het belang van het kind voorop te stellen en dit niet afhankelijk mag laten zijn van een procedurele stand van zaken.⁶⁴ Het argument gaat daarmee niet op.

ad (b) Subjectieve vrees

De staatssecretaris stelt dat bij asielzoekers 'zolang de asielprocedure voortduurt' subjectieve vrees zou kunnen bestaan over terugkeer naar het land van herkomst. Vervolgens wordt gesteld: 'Juist voor kinderen van asielzoekers geldt daarbij dat (zij) zich niet altijd een reële inschatting kunnen vormen van de gegrondheid van de asielaanvraag van hun ouders en dat aldus gedurende de asielprocedure onzekerheid kan ontstaan omtrent de mogelijkheid om terug te keren naar het land van herkomst. Bij vreemdelingen met een reguliere achtergrond doet een dergelijke onzekerheid zich niet op vergelijkbare wijze voor.' De stelling van de staatssecretaris is dus dat asielkin-

deren onder meer onzekerheid lijden dan niet-asielkinderen. Als het juist is dat met name kinderen zich 'niet altijd een reële inschatting kunnen vormen van de gegrondheid' van de aanvraag tot verblijf van hun ouders, dan is het onwaarschijnlijk dat de daarvan afgeleide door kinderen gevoelde vrees voor terugkeer afhankelijk is van de procedurele context waarvan zij zich evenzeer geen 'reële inschatting' kunnen vormen. Het argument is dan ook volgens ons niet correct. Het gegeven argument lijkt ons eerder het tegenovergestelde te onderschrijven: juist voor kinderen geldt dat zij zich geen reële inschatting kunnen vormen van de gegrondheid van vrees voor een dreigende terugkeer. Het onderscheid naar procedurele context is daarmee, juist in het licht van de subjectieve vrees van kinderen, voor die kinderen betekenisloos.

ad (c) Uitsluiting in de wortelingswet

De staatssecretaris noemt als derde argument dat niet-asielkinderen ook bij de Wortelingswet al waren uitgesloten.⁶⁵ In paragraaf 1.1 beschreven wij dat deze uitsluiting niet logisch volgt uit de onderbouwing van de schade die bij kinderen kan optreden als ze na langdurig verblijf worden uitgezet en dat het inderdaad gemaakte onderscheid ook in deze Wortelingswet niet wordt gerechtvaardigd.⁶⁶ Ook dit argument gaat dus niet op.

ad (d) Substantiële verruiming

De staatssecretaris beschrijft in de genoemde beschikking dat het loslaten van het uitgangspunt dat het Kinderpardon alleen voor kinderen met een asielachtergrond bedoeld is 'zou kunnen leiden tot een substantiële verruiming van de regeling, zonder dat daar politiek draagvlak voor is'. De aantallen kinderen die onder het Kinderpardon vallen zijn volgens de staatssecretaris beperkt, variërend van enkele honderden bij de overgangsregeling tot jaarlijks enkele tientallen bij de permanente regeling. De criteria zijn dermate streng dat niet valt in te zien dat dit ineens heel anders zou liggen als het zou gaan om kinderen die een reguliere procedure zouden hebben doorlopen.⁶⁷ Bovendien is politiek draagvlak niet van belang als het onderscheid juridisch niet houdbaar blijkt. Ook dit argument lijkt daarmee niet op te gaan.

ad (e) Ruime beoordelingsmarge

De staatssecretaris verwijst ten slotte naar de EHRM uitspraak in de zaak Bah⁶⁸ om te betogen dat de verblijfsachtergrond geen 'inherente of onveranderlijke eigenschap is' en daarom niet valt onder het toetsingskader van 'very weighty reasons'. We hebben in paragraaf 3.1 uiteengezet dat het EHRM hierbij het 'vrije keuze element' als beslissend beschouwd en dat dit juist bij kinderen afwezig is waardoor toch de toets aan artikel 14 EVRM volgens de doctrine van 'very weighty reasons' moet plaatsvinden. Kinderen hebben doorgaans part noch deel aan de beslissing die ouders nemen om te vluchten of te migreren,

61 Brief van de ACVZ aangaande de Regeling langdurig verblijvende kinderen d.d. 26 februari 2013, p. 4, ve13000399.

62 Voorbeeld: beschikking dd. 15 juli 2013, migratiweb: ve13001702 en vluchtweb.

63 ABRvS 10 november 2008 (200802244/1), JV 2009/13, ve08001864.

64 Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juli 2010, JV 2010/328, ve10001110; Gerechtshof 's-Gravenhage 11 januari 2011, RV 2011-92 m.nt. Slingenberg en Werner. Hoge Raad 21 september 2012, JV 2012/458, ve12001967, LJN: BW5328.

65 Dat wil zeggen het wetsvoorstel van Spekman en Anker, ve11002661.

66 Opmerkelijk is dat de staatssecretaris in het parlementaire debat uitdrukkelijk aangaf dat de Kinderpardonregeling *niets* te maken had met de Wortelingswet.

67 De belangrijkste verschillen tussen de overgangsregeling en de definitieve regeling zijn de leeftijd (21 resp. 18 jaar) en de meewerkplicht met betrekking tot de terugkeer, die niet in de overgangsregeling maar wel in de definitieve regeling is opgenomen. De overige voorwaarden en contra-indicaties zijn min of meer even streng.

68 EHRM 27 september 2011, Bah v. het Verenigd Koninkrijk, JV 2012/33 m.nt. Slingenberg, r.o. 35, ve11002325, RV 2011/85 m.nt. De Vries.

laat staan de keuze voor een bepaald type verblijfsprocedure. Bovendien heeft het EHRM bepaald dat kinderen de keuzes van hun ouders niet mag worden nagedragen.⁶⁹ Ook dit vijfde en laatste argument gaat dus niet op.

3.2 Kinderen en het (niet) handelen van ouders

Het besef dat kinderen op een bepaald moment vrijgesteld moeten worden van de consequenties die lange procedures met zich meebrengen heeft langzamerhand geleid tot de totstandkoming van de regeling voor langdurig verblijvende kinderen. In essentie komt dit neer op de erkenning van het kind als zelfstandig drager van rechten, een van de uitgangspunten van het IVRK.⁷⁰

Met name de overgangsregeling voor langdurig verblijvende kinderen geeft kinderen het recht op een verblijfsvergunning ook als hun ouders vele procedures hebben gevoerd of niet actief hebben meegewerkt aan hun vertrek. Dat kinderen niet de dupe mogen worden van het handelen of juist nalaten van hun ouders heeft de Hoge Raad erkend in een uitspraak van 21 september 2012.⁷¹ Het EHRM heeft in meerdere arresten een soortgelijke redenering gevolgd.⁷² Ook de ACVZ benadrukt in haar advies over de regeling dat kinderen de daden van hun ouders niet toegerekend mogen worden.⁷³ En cynisch genoeg heeft de

Politiek draagvlak is niet van belang als het onderscheid juridisch niet houdbaar blijkt.

staatssecretaris bij de toelichting op het Kinderpardon expliciet aangegeven dat kinderen niet de dupe mogen worden van het handelen dan wel nalaten van hun ouders.

Artikel 2(2) IVRK⁷⁴ verbiedt expliciet het onderscheid in behandeling van kinderen op grond van de status of activiteiten van hun ouders. Kinderen zijn op bepaalde momenten in verblijfsprocedures natuurlijk wel afhankelijk van de gedragingen van hun ouders. Als een ouder zonder gegronde vrees voor vervolging asiel aanvraagt, dan draagt het kind ook de consequentie van het afwijzingsbesluit: het gezin komt niet aanmerking voor een asielvergunning en moet terugkeren naar het land van herkomst. Het verschil met het niet verlenen van een vergunning op basis van de Regeling voor langdurig verblijvende kinderen is echter dat de zelfstandige belangen van het kind worden ingeperkt door hetgeen de ouders wel of niet gedaan hebben en dat is evident in strijd met de essentie van het Kinderrechtenverdrag. Bovendien valt niet in te zien waarom niet-asielkinderen minder in hun ontwikkeling geschaad zouden worden dan wel-asielkinderen.

De Kinderpardonregeling maakt onderscheid voor de behandeling van kinderen waarbij dat onderscheid een gevolg is van de omstandigheden of activiteiten van de ouders. Die koppeling van gedrag of omstandigheden van de ouders aan een verschillende behandeling van de kinderen is daarmee in strijd met het IVRK.

Conclusie

De onderzoeksvraag in dit artikel was in hoeverre het in het Kinderpardon gemaakte onderscheid tussen langdurig verblijvende asielkinderen en niet-asielkinderen te rechtvaardigen is. In de Regeling zelf is niets te vinden over een rechtvaardiging voor het onderscheid. In de besproken Kinderpardonbeschikking worden, voor het eerst, argumenten gegeven voor de rechtvaardiging van het gehanteerde onderscheid. Die argumenten zijn echter niet overtuigend en gaan bovendien niet uitdrukkelijk in op de kern van de zaak: de bescherming van het kind en de plicht van de overheid om in gevolge het IVRK bij alle maatregelen 'the best interest of the child' voorop te stellen en zwaar te laten wegen.

Kinderen die geen asielachtergrond hebben worden voorals-

nog uitgesloten van de Regeling voor langdurig verblijvende kinderen. Als zij alleen reguliere verblijfsprocedures hebben doorlopen maar voor het overige aan alle criteria van de Regeling voldoen, is het daaruit resulterende onderscheid in behandeling in strijd met de non-discriminatiebepalingen uit het IVRK en EVRM. Kinderen van reguliere migranten kunnen net zo geworteld zijn in de Nederlandse samenleving als kinderen met een asielachtergrond en de schade die zij in hun ontwikkeling oplopen als zij na langdurig verblijf alsnog worden uitgezet, is even ernstig en evenzeer in strijd met hun belangen en dus in strijd met het IVRK. Het belang van de Staat om een restrictief migratiebeleid te voeren kan niet tegen dit onderscheid opwegen. Bovendien hebben kinderen geen keuze in de aard van de verblijfsrechtelijke procedure die hun ouders hebben gestart, zij zijn daarin volledig afhankelijk van hun ouders. Indien minderjarige vreemdelingen die reguliere procedures hebben doorlopen de rekening wordt gepresenteerd voor de keuze van hun ouders is dat in strijd met het beginsel dat kinderen zelfstandige dragers van rechten zijn, zoals ook de Regeling voor langdurig verblijvende kinderen voorstaat.

Bij de toepassing van het drie-jarenbeleid werd het onderscheid tussen vreemdelingen in een asielprocedure en vreemdelingen in een reguliere procedure niet opportuun geacht. De essentie van dat beleid was dat de overheid haar verantwoordelijkheid nam als vreemdelingen te lang zonder verblijfsvergunning in het land zijn. Los van de overweging dat het drie-jarenbeleid wellicht opnieuw zou moeten worden geïntroduceerd, verdient het aanbeveling om de ratio van het drie-jarenbeleid ook toe te passen bij het Kinderpardon.

69 Zie bijvoorbeeld: EHRM 14 juni 2011, *Osman v. Denemarken*, JV 2011/331 m.nt. Van Walsum, ve11001345, RV 2011/19 m.nt. Arbaoui; EHRM 28 juni 2011, *Nunez v. Noorwegen*, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum, ve11001542, RV 2011/20 m.nt. Ismaili

70 M. Blaak e.a. (2012). *Handboek Internationaal Jeugdrecht*. Leiden: Defence for Children, p. 35.

71 HR 21 september 2012, LJN: BW5328, JV 2012/458, m.nt. Slingenberg.

72 EHRM 14 juni 2011, *Osman v. Denemarken*, JV 2011/331 m.nt. Van Walsum, ve11001345, RV 2011/19 m.nt. Arbaoui; EHRM 28 juni 2011, *Nunez v. Noorwegen*, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum, RV 2011/20 m.nt. Ismaili.

73 Brief van de ACVZ aangaande de Regeling langdurig verblijvende kinderen d.d. 26 februari 2013, p. 2, ve13000399.

74 Art. 2(2) IVRK luidt: 'De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de omstandigheden of de activiteiten van, de meningen geuit door of de overtuigingen van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.'