

376

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
22 oktober 2014, nr. 201402671/1/V1,
ECLI:NL:RVS:2014:3867
(mr. Parkins-de Vin, mr. Van der Spoel, mr.
Van der Wiel)
Noot dr. C.A.F.M. Grütters, tevens behorend
bij «JV» 2014/377

Kinderen, langdurig verblijvende. Discriminatie. Inherente afwijkingsbevoegdheid. Privéleven. Mensenhandel.

[IVBPR art. 26; EVRM art. 8, 14; EVRM Twaalfde Protocol art. 1; Vc 2000 B22/3.1]

Kinderpardonregeling; gerechtvaardigd onderscheid tussen kinderen met en zonder asielachtergrond.

Gelet op het arrest Bah («JV» 2012/33) alsmede de vaste jurisprudentie van de Afdeling (o.a. 22 juli 2009, 200807914/1) volgt dat van discriminatie geen sprake is als er voor het maken van onderscheid in de behandeling van vergelijkbare gevallen in het licht van de doelen van de van toepassing zijnde regeling redelijke en objectieve gronden bestaan.

1. Het onderwerp van het onderscheid is niet de minderjarigheid van vreemdeling 1, maar het wel of niet hebben ingediend van een asielaanvraag. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, ligt daaraan een keuze ten grondslag. Vreemdeling 1 heeft er weliswaar niet zelf voor gekozen om geen asielaanvraag in te dienen, maar de voor hem gemaakte keuze van vreemdeling 2 kan hem worden toegerekend. Uit het arrest van Butt («JV» 2013/85) kan immers worden afgeleid dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid in beginsel aanleiding zijn een vreemdeling het gedrag van zijn ouders toe te rekenen ('identifying children with the conduct of their parents'). In het arrest Kaplan e.a. tegen Noorwegen («JV» 2014/320) is overwogen dat hiervan in elk geval sprake is indien het risico bestaat dat ouders gebruikmaken van ('exploit') de positie van hun kinderen om een verblijfsrecht te verkrijgen. Nu inwilliging van de aanvraag van vreemdeling 1 zou betekenen dat vreemdeling 2 ook in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning, doet die situatie zich voor. De overige door de vreemdelingen ingeroepen jurisprudentie van

het EHRM noopt niet tot een andere conclusie. Het onderscheid moet in dit geval bovendien worden beoordeeld tegen de achtergrond van de Regeling, die begunstigend beleid behelst en tot het instellen waarvan de SvV&J niet op grond van enige internationale of wettelijke verplichting was gehouden. Bij het vaststellen van de criteria van de Regeling heeft de SvV&J dan ook veel beleidsvrijheid.

2. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de SvV&J zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het gemaakte onderscheid is gerechtvaardigd. Het doel van het gemaakte onderscheid, het voeren van een effectief immigratiebeleid, is een legitiem doel en ten gevolge van het verschil in verblijfsdoel tussen asielzoekers en andere vreemdelingen, heeft de Staat verschillende verantwoordelijkheden voor deze groepen en verschilt hun positie dientengevolge. De door de vreemdeling aangehaalde jurisprudentie doet niet af aan voormelde verschillen in positie tussen asielzoekers en andere vreemdelingen.

3. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de mensenhandelprocedure een specifiek karakter kent en is toegesneden op een bijzondere categorie vreemdelingen, zodat ook de positie van vreemdelingen die die procedure hebben doorlopen niet vergelijkbaar is met die van vreemdelingen die een asielaanvraag hebben ingediend.

De vreemdelingen,

appellanten,
gemachtigde mr. A.C. de Klerk,
tegen

de uitspraak in zaak nr. AWB 13/25299 van de rechtbank Den Haag zp 's-Hertogenbosch, van 10 maart 2014 in het geding tussen
de vreemdelingen

en

de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
gemachtigden mr. W. Graafland en drs. H. Heinink.

Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 24 juli 2013 heeft de staatssecretaris de aanvraag van de vreemdelingen om hun een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen afgewezen.

Bij besluit van 23 september 2013 (hierna: het bestreden besluit) heeft de staatssecretaris het daartegen door de vreemdelingen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Bij uitspraak van 10 maart 2014 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdelingen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben de vreemdelingen hoger beroep ingesteld. Het hogerberoepschrift is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De vreemdelingen hebben een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak gelijktijdig met zaak nr. 201404129/1/V1 ter zitting behandeld op 16 juli 2014, waar vreemdeling 2, bijgestaan door mr. A.C. de Klerk, advocaat te Amsterdam, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. W. Graafland en drs. H. Heinink, beiden werkzaam bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie, zijn verschenen.

Overwegingen

1. De vreemdelingen hebben een aanvraag ingediend om verlening van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in het kader van de overgangsregeling van de Regeling langdurig verblijvende kinderen (hierna: de Regeling), ten tijde van de aanvraag neergelegd in paragraaf B22/3 van de Vreemdelingencirculaire 2000 (hierna: de Vc 2000).

De vreemdelingen hebben bij hun aanvraag vreemdeling 1 aangemerkt als hoofdaanvrager. Vreemdelingen 2 en 3, onderscheidenlijk de moeder en de zuster van vreemdeling 1, hebben zij aangemerkt als zijn gezinsleden.

2. Volgens paragraaf B22/3.1 van de Vc 2000, zoals luidend ten tijde van de aanvraag, verleent de staatssecretaris een verblijfsvergunning aan de vreemdeling die in het kader van de Regeling als hoofdpersoon kan worden beschouwd en die voldoet aan de onder a tot en met d weergegeven vereisten. Een van die vereisten (b) houdt in dat het moet gaan om een vreemdeling die zelf, dan wel ten behoeve van wie, op de startdatum van de peilperiode (29 oktober 2012) ten minste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd heeft, dan wel is, ingediend bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst en na die aanvraag tenminste vijf jaar in Nederland heeft verbleven.

De staatssecretaris verleent ook een verblijfsvergunning aan gezinsleden die deel uitmaken van het gezin van de vreemdeling (de hoofdpersoon) aan wie een verblijfsvergunning wordt verleend, tenzij de feitelijke gezinsband inmiddels is verbroken.

3. De rechtbank heeft, in hoger beroep onbestreden, overwogen dat door of namens de vreemdelingen nooit een aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd is ingediend en dat de staatssecretaris de onderhavige aanvraag heeft afgewezen omdat de vreemdelingen daardoor niet voldoen aan de in de Regeling gestelde vereisten.

4. De rechtbank heeft voorts overwogen dat de staatssecretaris aldus een onderscheid heeft gemaakt tussen vreemdelingen met en zonder een asielachtergrond. Volgens de rechtbank is dat onderscheid niet strijdig met het discriminatieverbod vervat in artikel 14 van Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM), artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Zij heeft daartoe in de eerste plaats overwogen dat de staatssecretaris ter zake een grote mate van vrijheid toekomt, nu de Regeling begunstigend beleid betreft en omdat het gemaakte onderscheid betrekking heeft op verblijfsstatus, die geen inherente eigenschap is maar een keuze-element impliceert. Dat vreemdelingen 1 en 3 gezien hun leeftijd niet zelf hun verblijfsstatus hebben kunnen kiezen, laat volgens de rechtbank onverlet dat de door vreemdeling 2 voor hen gemaakte keuze aan hen kan worden toegerekend. Gelet op de vrijheid van de staatssecretaris heeft de rechtbank terughoudend getoetst of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is. De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat de staatssecretaris het onderscheid tussen vreemdelingen met en zonder een asielachtergrond in redelijkheid heeft kunnen maken. Daarbij heeft zij betrokken dat de Staat een andere verantwoordelijkheid heeft voor asielzoekers dan voor andere vreemdelingen en de positie van deze groepen verschilt. Hierbij heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat de ontwikkeling van kinderen met een asielachtergrond anders verloopt dan die van de kinderen met een andere achtergrond als gevolg van hun verblijf in door de Staat gefaciliteerde asielzoekerscentra. Tot slot heeft de rechtbank bij haar oordeel betrokken dat de asielproce-

dure verschilt van de verblijfsprocedure voor slachtoffers van mensenhandel, die vreemdeling 2 heeft doorlopen, omdat deze procedure zeer kort en snel van aard is.

5. In grieven 1 tot en met 4 bestrijden de vreemdelingen de onder 4. weergegeven overwegingen van de rechtbank. Zij voeren in de eerste plaats aan dat de rechtbank heeft miskend dat de staatssecretaris een geringe mate van vrijheid toekomt en dat zij het gemaakte onderscheid dus juist indringend had moeten toetsen. Volgens de vreemdelingen volgt dit uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM), waaruit volgens hen bovendien naar voren komt dat de keuze van vreemdeling 2 om geen asielaanvraag in te dienen niet aan vreemdelingen 1 en 3 had mogen worden toegerekend. In dat verband wijzen zij er voorts op dat niet alleen hun verblijfsstatus, maar ook de minderjarigheid van vreemdeling 1 een relevante inherente eigenschap is.

Voorts voeren de vreemdelingen aan dat de rechtbank heeft miskend dat de staatssecretaris het door hem gemaakte onderscheid niet heeft gerechtvaardigd. Volgens hen heeft de Staat weliswaar een andere verantwoordelijkheid voor asielzoekers dan voor andere vreemdelingen, maar is de doelgroep van de Regeling afgewezen asielzoekers, wier positie niet verschilt van die van andere vreemdelingen. Bovendien heeft de Staat ook een specifieke verantwoordelijkheid voor slachtoffers van mensenhandel, zoals vreemdeling 2, aldus de vreemdelingen. Onder verwijzing naar het arrest van het EHRM van 6 november 2012, Hode en Abdi tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 22341/09 (te raadplegen op www.echr.coe.int, evenals de andere in deze uitspraak vermelde arresten van het EHRM), betogen zij dat het naleven van internationale verplichtingen tegenover asielzoekers op zichzelf geen rechtvaardiging vormt voor het gemaakte onderscheid. Zij wijzen er voorts op dat de opvangverplichting van de Staat zich niet beperkt tot asielzoekers, gezien de arresten van het gerechtshof 's-Gravenhage van 27 juli 2010 (ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164) en de Hoge Raad van 21 september 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW5328), alsmede een voorlopige beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (hierna: het ECSR) van 25 oktober 2013. Tot slot stellen de vreemdelingen dat de procedure voor slachtoffers van mensenhandel, inclusief intrekking van een verleende verblijfsver-

gunning en een procedure inzake voortgezet verblijf, langdurig en slepend kan zijn, net als de asielprocedure.

5.1. Bij de beoordeling of het hiervoor in 2. vermelde en met (b) aangeduide vereiste in strijd is met voormelde discriminatieverboden dient te worden uitgegaan van de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 14 van het EVRM. Uit die jurisprudentie (onder meer het arrest van 27 september 2011, Bah tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 56328/07) alsmede de vaste jurisprudentie van de Afdeling (uitspraken van 5 april 2006 in zaak nr. 200505679/1, van 22 juli 2009 in zaak nr. 200807914/1 en van 29 januari 2014 in zaken nrs. 201301696/1/A1 en 201302833/1/A1; www.raadvanstate.nl) volgt dat van discriminatie geen sprake is als er voor het maken van onderscheid in de behandeling van vergelijkbare gevallen in het licht van de doelen van de van toepassing zijnde regeling redelijke en objectieve gronden bestaan. Daargelaten of vreemdelingen met en zonder een asielachtergrond voldoende vergelijkbare gevallen zijn, dient de vraag te worden beantwoord of er voor het verschil in behandeling van deze categorieën vreemdelingen een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

5.2. Bij de rechtvaardiging van een verschil in behandeling komt de Staat volgens bedoelde jurisprudentie een 'margin of appreciation' toe. Hoe ruim die 'margin' is, is afhankelijk van de concrete omstandigheden, het onderwerp van het onderscheid en de achtergrond van de zaak. Gaat het om een inherente of onveranderlijke persoonlijke eigenschap, dan zal de 'margin' doorgaans minder ruim zijn dan bij een eigenschap als verblijfsstatus, dat vaak een keuze-element impliceert. Met name in geval van een onderscheid naar geslacht of ras zal de Staat zeer gewichtige redenen ('very weighty reasons') moeten aanvoeren ter rechtvaardiging daarvan.

Anders dan de vreemdelingen betogen, is het onderwerp van het onderscheid niet de minderjarigheid van vreemdeling 1, maar het wel of niet hebben ingediend van een asielaanvraag. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen ligt daaraan een keuze ten grondslag. Vreemdeling 1 heeft er weliswaar niet zelf voor gekozen om geen asielaanvraag in te dienen, maar de voor hem gemaakte keuze van vreemdeling 2 kan hem worden toegerekend. Uit het arrest van het EHRM van 4 december 2012, Butt tegen Noorwegen, nr. 47017/09, kan immers worden afgeleid dat zwaarwegende

redenen van migratiebeleid in beginsel aanleiding zijn een vreemdeling het gedrag van zijn ouders toe te rekenen ('identifying children with the conduct of their parents'). In het arrest van 24 juli 2014, Kaplan e.a. tegen Noorwegen, nr. 32504/11, heeft het EHRM overwogen dat hiervan in elk geval sprake is indien het risico bestaat dat ouders gebruikmaken van ('exploit') de positie van hun kinderen om een verblijfsrecht te verkrijgen. Nu inwilliging van de aanvraag van vreemdeling 1 zou betekenen dat vreemdeling 2 ook in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning, doet die situatie zich voor. De overige door de vreemdelingen ingeroepen jurisprudentie van het EHRM noopt niet tot een andere conclusie. Dat het EHRM in het arrest van 14 juni 2011, Osman tegen Denemarken, nr. 38058/09, heeft overwogen dat de Staat bij het respecteren van het ouderlijk gezag niet voorbij kan gaan aan de belangen van het kind, laat immers onverlet hetgeen in de arresten Butt en Kaplan is overwogen over zwaarwegende redenen van migratiebeleid. Hetgeen het EHRM in het arrest van 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga tegen België, nr. 13178/03, heeft overwogen over de betekenis van het gedrag van ouders voor een kind, dient te worden bezien in de specifieke context van dat arrest, namelijk de detentie van een minderjarige. Anders dan de vreemdelingen betogen, volgt uit het arrest Bah niet dat in alle gevallen waarin het – anders dan in dat arrest – geen economische of sociale maatregelen betreft, de rechtvaardiging van een gemaakt onderscheid uitsluitend mag worden gebaseerd op zwaarwegende redenen en de Staat dus een geringe 'margin of appreciation' toekomt.

Het onderscheid moet in dit geval bovendien worden beoordeeld tegen de achtergrond van de Regeling, die begunstigend beleid behelst en tot het instellen waarvan de staatssecretaris niet op grond van enige internationale of wettelijke verplichting was gehouden. Bij het vaststellen van de criteria van de Regeling heeft de staatssecretaris dan ook veel beleidsvrijheid.

Hetgeen de vreemdelingen aanvoeren geeft dus geen aanleiding voor het oordeel dat de rechtbank een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd.

5.3. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het gemaakte onderscheid is gerechtvaardigd. Daartoe is in de eerste plaats van belang dat het doel van het ge-

maakte onderscheid, zoals de staatssecretaris heeft toegelicht, het voeren van een effectief immigratiebeleid is, waarbij zowel betekenis wordt toegekend aan het belang van het kind als aan het stellen van regels die de vrije toegang tot het grondgebied beperken. Zoals ook is af te leiden uit de jurisprudentie van het EHRM (onder meer de arresten van 28 juni 2011, Nunez tegen Noorwegen, nr. 55597/09, en 15 mei 2012, Nacic e.a. tegen Zweden, nr. 16567/10) is het reguleren van immigratie een legitiem doel van de Staat.

Voorts is daartoe van belang dat, zoals de staatssecretaris heeft aangevoerd en de rechtbank terecht bij haar oordeel heeft betrokken, ten gevolge van het verschil in verblijfsdoel tussen asielzoekers en andere vreemdelingen, de Staat verschillende verantwoordelijkheden voor deze groepen heeft en hun positie dientengevolge verschilt. Ter naleving van internationale verplichtingen heeft de Staat immers ten aanzien van asielzoekers specifieke verantwoordelijkheden op zich genomen die niet gelden voor vreemdelingen die toelating op andere verblijfsgronden beogen te verkrijgen. Zo hebben asielzoekers recht op opvang, een wettelijke financiële toelage en verzekering tegen ziektekosten van overheidswege, niet alleen voorafgaand aan de indiening van hun aanvraag, maar ook daarna. Ook is de asielprocedure anders ingericht dan andere verblijfsprocedures (zie overweging 12.2 tot en met 12.4 van de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2013 in zaak nr. 201110141/1/T1/V2; www.raadvanstate.nl).

De vreemdelingen stellen weliswaar terecht dat de doelgroep van de Regeling wordt gevormd door afgewezen asielzoekers, maar dat laat onverlet dat de positie van die groep, gelet op voorgaande verschillen, verschilt van die van andere vreemdelingen.

De door de vreemdelingen aangehaalde arresten van het gerechtshof 's-Gravenhage en de Hoge Raad zien op de verantwoordelijkheid van de Staat om onder omstandigheden voor kinderen in adequate opvang en verzorging te voorzien ter voorkoming van een humanitaire noodsituatie. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, doet die specifieke verantwoordelijkheid niet af aan voormelde verschillen in positie tussen asielzoekers en andere vreemdelingen. Daar komt nog bij dat, zoals de staatssecretaris in hoger beroep heeft toegelicht, voor afgewezen asielzoekers daarnaast onder omstandigheden de opvangmogelijkheden bestaan bedoeld in artikel 3, derde lid, aanhef en

onder m, n, en o, van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005, die niet ontstaan voor andere vreemdelingen.

Ook de voorlopige beslissing van het ECSR – daargelaten de vraag of deze juridisch bindend is – waarbij de Nederlandse regering is uitgenodigd om alle mogelijke maatregelen te nemen ten einde ernstige en onherstelbare schade te voorkomen aan de integriteit van personen die zich in een onmiddellijk gevaar van nood bevinden, ziet op een algemene verantwoordelijkheid die er niet aan afdoet dat sprake is van twee verschillende categorieën vreemdelingen die als gevolg van het verschil in verblijfsdoel niet in vergelijkbare posities verkeren.

Gelet op voormelde verschillen in positie tussen vreemdelingen met en zonder een asielachtergrond is ook geen sprake van een situatie als in het door de vreemdelingen ingeroepen arrest Hode en Abdi, waarin een enkele verwijzing naar internationale verplichtingen tegenover een bepaalde categorie vreemdelingen die was aangevoerd ter rechtvaardiging van een gemaakt onderscheid, door het EHRM onvoldoende is bevonden.

5.4. Over het onderscheid tussen vreemdelingen die een asielaanvraag hebben ingediend en vreemdelingen die een procedure voor vergunningverlening in het kader van mensenhandel hebben doorlopen, heeft de rechtbank terecht overwogen dat de procedure voor vergunningverlening in het kader van mensenhandel op zichzelf, daargelaten eventuele vervolgproudures, kort en snel van aard is. Vergunningverlening is in dat geval gekoppeld aan aangifte van mensenhandel en de bijbehorende strafrechtelijke procedure, waarbij opvang niet in asielzoekerscentra geschiedt. Als de aangifte niet leidt tot vervolging, wordt het verblijf bovendien beëindigd. Bedoelde procedure kent derhalve een specifiek karakter en is toegesneden op een bijzondere categorie vreemdelingen, zodat ook de positie van vreemdelingen die die procedure hebben doorlopen niet vergelijkbaar is met die van vreemdelingen die een asielaanvraag hebben ingediend. Dat, zoals de vreemdelingen betogen, de Staat ook bijzondere internationale verplichtingen heeft ten aanzien van vreemdelingen die vermoedelijk slachtoffer van mensenhandel zijn geworden maar geen asielaanvraag hebben ingediend, kan gelet op het voorgaande aan voormeld verschil niet afdoen, hetgeen de rechtbank heeft onderkend.

5.5. De grieven falen.

6. Hetgeen de vreemdelingen in de overige grieven aanvoeren kan evenmin tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Omdat het aldus aangevoerde geen vragen opwerpt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, wordt, gelet op artikel 91, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000, met dat oordeel volstaan.

7. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

NOOT

Inleiding

In het kader van het Kinderpardon heeft de ABRvS op 22 oktober 2014 (201404129/1/V1 en 201402671/1/V1) haar eerste twee uitspraken gedaan in twee gelijksoortige zaken in hoger beroep tegen een uitspraak van de VK Den Bosch van 10 maart 2014 (AWB 13/25299) respectievelijk de VK Den Haag van 17 april 2014 (AWB 13/29842 en 13/29844). Zowel de VK Den Bosch als de VK Den Haag hadden het beroep ongegrond verklaard. De ABRvS bevestigt beide uitspraken en volgt de argumentatie van de staatssecretaris. Het is onwaarschijnlijk dat de ABRvS kennis heeft kunnen nemen van de recente uitspraak van de VK Rotterdam van 9 oktober 2014 (AWB 13/31841) in een soortgelijke kinderpardonzaak waarin deze VK tot een volstrekt andere beoordeling komt van de vrijwel identieke argumenten van de staatssecretaris. De VK Rotterdam honoreerde namelijk het beroep wel en kwam bij de beroepsgronden tot een oordeel dat diametraal tegenover dat van de Bossche VK en de Haagse VK staat en nu dus ook van de ABRvS. Gezien het belang van de uitspraak van de ABRvS en de impact die deze naar verwachting zal kunnen hebben op een substantieel ge-

deelte van alle kinderpardonaanvragen,¹ zal ik in deze noot iets langer bij een aantal aspecten stil staan dan te doen gebruikelijk is in een annotatie. Vooralsnog is dit een beknopte analyse; een uitgebreidere versie zal ik in een apart artikel publiceren.

Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen

De Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen² is een direct gevolg van het regeerakkoord van 2012 en kent een zogenoemde overgangsregeling en een definitieve regeling.³ In beide regelingen staan in grote lijnen dezelfde voorwaarden.⁴ Alleen bij het Kinderpardon wordt een hogere leeftijdsgrens gehanteerd (21 i.p.v. 18) en in de definitieve regeling wordt ook vereist dat de vreemdeling moet hebben meegewerkt aan zijn vertrek.⁵ Beide regelingen zijn in de Vc opgenomen, dat wil zeggen, het Kinderpardon heeft 'even' in B22/3 Vc 2000 gestaan om vervolgens bij de invoering van de Vc 2013 op 1 april 2013 "geruisloos" te verdwijnen, waardoor het nog maar de vraag is op grond waarvan de in de maand april 2013 ingediende aanvragen zijn beoordeeld.⁶

De definitieve regeling was opgenomen in B22/2 Vc 2000 maar staat inmiddels in B9/6 Vc 2013.⁷ Ik hanteer bewust de terminologie Vc 2000 en Vc 2013 omdat beide circulaires volstrekt verschillend zijn: zowel qua omvang als inhoud.⁸

Formele inbedding

De regeling is merkwaardig vormgegeven. Het karakter van beide regelingen is dusdanig dat opname in een AMvB is geïndiceerd: er is immers sprake van een complete regeling op grond waarvan een zelfstandige verblijfsvergunning regulier zonder voorschriften kan worden verstrekt: een algemeen verbindend voorschrift dus. In de toelichting bij WBV 2013/1 staat dan ook dat de definitieve regeling "uiteindelijk zal worden opgenomen in het Vb". De praktische reden om de regeling in de Vc op te nemen is dat de staatssecretaris dan – simpel gezegd – snel zijn gang kan gaan en geen last heeft van adviezen van de Raad van State of inspraak door het parlement.⁹ De praktijk leert echter dat het herschrijven van de achtereenvolgende Vc's (Vc 1966, Vc 1982, Vc 1994 en Vc 2000) niet alleen noodzakelijk was omdat deze almaar omvangrijker werden, maar ook omdat de consistentie, juistheid en volledigheid te wensen overlieten.¹⁰ Het is daarmee de vraag of het voordeel van de snelheid opweegt tegen de nadelen die mogelijk onvolledige, onzorgvuldige en inconsistente beleidsregels opleveren.

1 Bij het Kinderpardon gaat het om een totaal van ongeveer 3280 personen.
 2 WBV 2013/1, wijziging B22 Vc 2000, *Stcrt.* 31 januari 2013 nr. 2573, i.w.tr. 1 februari 2013.
 3 Regeerakkoord Kabinet Rutte II, 29 oktober 2012.
 4 Carolus Grütters & Carla van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wél. Over de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het Kinderpardon', *Asiel & Migrantenrecht* 2013/7, p. 312-319.
 5 Daarnaast gelden in beide regelingen iets andere voorwaarden m.b.t. het al dan niet mogen hebben van een (andere) verblijfsvergunning onder beperkingen en m.b.t. Dublin-claimanten.
 6 Dit heeft te maken met het gegeven dat een aanvraag i.h.k.v. het Kinderpardon ingevolge B22/3.4 Vc 2000 *uiterlijk* drie maanden (d.w.z. 1 mei 2014) na inwerkingtreding van de overgangsregeling moest zijn ingediend bij de IND. Omdat de Vc 2013 reeds op 1 april 2013 in werking trad, had het in de rede gelegen om de overgangsregeling *ook* op te nemen in B9/5 Vc 2013. Dat is echter niet gebeurd en strikt genomen bestond de overgangsregeling na 1 april 2013 niet meer – althans niet in de Vc 2013.

7 Aanvankelijk stond de definitieve regeling in B9/5 Vc 2013. Maar door de toevoeging van verschillende andere opties in B9 Vc 2013, is de definitieve regeling 'verhuisd' naar B9/6 Vc 2013.
 8 Grütters, 'Nieuw, vreemd en onbekend. De 'Vreemdelingencirculaire 2013'', *Asiel & Migrantenrecht* 2013/4, p. 211-215.
 9 De Tweede Kamer is per brief van 21 december 2012 (*TK* 19 637, 1597) geïnformeerd – op de eerste dag van het Kerstreces. Daarna volgen nog twee brieven (*TK* 19 673, nr. 1601, brief van 31 januari 2013; *TK* 19 673, nr. 1603, brief van 12 februari 2013). Het debat met de Tweede Kamer vindt plaats op 12 maart 2013: zes weken na de formele inwerkingtreding.
 10 A.G.M. Böcker en A.B. Terlouw, *De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving in historisch en vergelijkend perspectief* (Serie Staat en Recht, 15), Deventer: Kluwer 2013.

Grondslag regeling

De grondslag van de vergunningverlening van zowel de overgangsregeling als de definitieve regeling is bijzonder geconstrueerd. De minister (van Justitie¹¹) is bevoegd o.g.v. art. 14(1)(a) Vw een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning in te willigen. Een dergelijke vergunning wordt *slechts* ingewilligd (art. 13 Vw) indien dat – kort gezegd – moet. Het is opmerkelijk dat in art. 14(3) Vw staat dat er in het Vb *alleen* regels kunnen worden gesteld over: (a) de ambtshalve verlening, (b) de wijziging, (c) de verlenging, (d) de beperkingen en (e) de voorschriften, van verblijfsvergunningen. Gezien deze limitatieve opsomming is er dus *geen* mogelijkheid om in het Vb regels op te nemen met betrekking tot de *verlening op aanvraag* van een verblijfsvergunning. En in het kader van de regeling gaat het juist om een *aanvraagprocedure*.

Onbevoegdheid

Dit leidt tot de – voor mij althans – onthutsende conclusie dat er *geen* bevoegdheid in de Vw is gecreëerd tot het stellen van nadere regels omtrent de *verlening* van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd (op aanvraag). De ‘escape’ hiervoor wordt gevormd door art. 16(2) en 17(1)(g) Vw waarin de mogelijkheid wordt geboden om (nadere) regels te stellen (in het Vb) over de toepassing van de facultatieve en imperatieve *afwijzingsgronden*, waarbij de redenering wordt gehanteerd dat het formuleren van regels voor *afwijzingsgronden* impliciet betekent dat daarmee ook de *voorwaarden* voor het niet-afwijzen en dus het verlenen van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd mogen worden geformuleerd. De tweede mogelijkheid is dat art. 13 Vw dusdanig is geformuleerd dat er in het geheel geen regeling in het Vb aan te pas hoeft te komen. Vooralsnog lijken me beide mogelijkheden een oneigenlijke constructie.

11 Formeel berust de bevoegdheid bij de minister van Justitie. Het ministerie van Justitie is weliswaar ‘hernoemd’ bij eerdere kabinetsformaties in Veiligheid & Justitie, maar formeel is het de minister van Justitie die de bevoegdheid heeft en door de staatssecretaris laat uitoefenen.

Stel dat er wel een grondslag is

In het navolgende ga ik ervan uit dat mijn hiervoor geformuleerde conclusie onjuist is, althans dat er wel degelijk een wettelijke bevoegdheid is om ‘iets’ te regelen aangaande voorwaarden voor het verlenen van een verblijfsvergunning regulier op aanvraag voor bepaalde tijd bij AMvB. Voor de onderhavige regeling is art. 17(1)(g) Vw van belang op grond waarvan een aanvraag niet wordt afgewezen wegens het ontbreken van een mvv¹² als de vreemdeling behoort tot een categorie die bij AMvB is aangegeven. De in art. 17(1)(g) Vw genoemde categorieën zijn nader omschreven in art. 3.71(2) Vb. De kinderen uit de onderhavige regeling worden echter niet in de daar omschreven categorieën genoemd.

Maar de opstellers van de regeling zijn creatief geweest. In art. 3.71(3) Vb staat namelijk de zogenoemde hardheidsclausule. In B22/3.3 Vc 2000 is daaromtrent bepaald dat: “in aanvulling op het bepaalde in paragraaf B1/4.1.1 de IND de groep vreemdelingen die voldoet aan de voorwaarden van de regeling aanmerkt als bijzondere groep aan wie in het kader van de hardheidsclausule vrijstelling van het mvv-vereiste wordt verleend”. Sluitend verhaal – zo zou je kunnen zeggen – maar ik vind het vreemd.

De IND

Ten eerste is het storend dat de suggestie wordt gewekt dat de IND hier enige zelfstandige bevoegdheid zou hebben. De IND beoordeelt weliswaar alle verzoeken maar doet dit slechts *namens* de staatssecretaris. Deze verandering van stijl – of leesbaarheid – is overigens in de gehele Vc 2013 doorgevoerd: daar waar voorheen in de Vc 2000 nog werd gemeld dat een vergunning al dan niet “wordt verleend”, is in de Vc 2013 overal consequent de formulering gehanteerd dat de IND een vergunning wel of niet verleent; alsof de IND inmiddels is bevorderd tot een zelfstandig bestuursorgaan – quod non.

Hardheidsclausule

In de tweede plaats is in paragraaf B22/3.3 Vc 2000 op wonderlijke wijze het begrip hardheidsclausule opgerekt. De betekenis van de hard-

12 Art. 2i(3) en 2(k) Vw.

heidsclausule is gelegen in de omstandigheid dat zich in de praktijk altijd situaties kunnen voordoen waarvoor de regels kennelijk niet zijn geschreven en waarin – bij toepassing van de regels – de uitkomst onrechtvaardig of ongewenst is. Maar als art. 3.71(3) Vb is bedoeld voor onvoorziene omstandigheden, dan valt dat moeilijk te rijmen met het hier kennelijk gehanteerde uitgangspunt dat er *vooraf* groepen vreemdelingen kunnen worden omschreven van wie derhalve *bij voorbaat* al vaststaat dat zij voldoen aan de criteria van de hardheidsclausule, dat wil zeggen onvoorziene gevallen.

Discretionair en beperkt van omvang

In de derde plaats is in het Kinderpardon, voor wat betreft de aanmerking van de groep van vreemdelingen in het kader van de hardheidsclausule als “bijzondere groep”, eerst in B22/3.3 Vc 2000 verwezen naar B1/4.1.1 Vc 2000, waar het beleid m.b.t. de hardheidsclausule nader is uitgewerkt. In het Sdu-commentaar op art. 3.71 Vb van Arjun Sharma staat dat als beleidsuitgangspunt is opgenomen “dat een beroep op de hardheidsclausule slechts in zeer uitzonderlijke individuele gevallen wordt gehonoreerd”.¹³ Bovendien is deze bevoegdheid *discretionair en beperkt van omvang*.

Dit uitgangspunt – uitzonderlijke individuele gevallen, discretionair en beperkte omvang – verdraagt zich niet met de onderhavige situatie waarin *vooraf* een groep van gevallen is omschreven die onder deze clausule zal vallen (van ruim 3000 personen).¹⁴ In B1/4.1.1 Vc 2000 is bepaald: “Onder de Vw is het wel mogelijk om categorieën vreemdelingen onder de werking van de hardheidsclausule te brengen”, maar deze toelichting in de Vc heeft mijns inziens geen overtuigende zeggingskracht als het gaat om de bevoegdheid daartoe.

Verplichting om hardheidsclausule niet te toepassen

Opmerkelijk is ook het beleid in de Vc omtrent de hardheidsclausule. Er staat niet alleen in de Vc welke bijzondere gevallen *wel* onder deze

clausule vallen, maar ook welke niet-bijzondere gevallen er *in ieder geval niet* onder vallen. En één van die niet-bijzondere gevallen waarin dus “in ieder geval niet” de hardheidsclausule wordt toegepast, betreft de vreemdeling die: (a) asielgerelateerde gronden aanvoert, of (b) als asielzoeker is uitgeprocedeerd. Dit is daarom merkwaardig omdat één van de voorwaarden in de regeling nu juist is dat er sprake moet zijn van een eerder ingediend asielverzoek. Het aantal kinderen dat aldus in aanmerking komt voor een vergunning o.g.v. de regeling is dan nul.

Voorlopige conclusie

Als ik het slagveld in formele zin overzie, dan kom ik tot de navolgende vijf mogelijkheden.

- (1) De Vw biedt wel een grondslag omdat de onderhavige regeling direct onder art. 13(c) Vw valt: dwingende reden van humanitaire aard.
- (2) De Vw biedt geen grondslag voor de regeling: de staatssecretaris is onbevoegd.
- (3) De Vw biedt wel een indirecte grondslag voor de regeling maar blijft ‘steken’ op de onmogelijkheid om groepen uitzonderingsgevallen vooraf te omschrijven en daarvoor discretionair zijn bevoegdheid te gebruiken: de staatssecretaris is onbevoegd.
- (4) De Vw biedt wel een grondslag voor de regeling, ook voor de uitzonderingsgroepen, maar heeft tot resultaat dat niemand daadwerkelijk in aanmerking komt vanwege het niet uitgeprocedeerd mogen zijn als asielzoeker en het tegelijkertijd wel ingediend moeten hebben van een asielverzoek.
- (5) Ik hanteer een (te) extreem formalistische benadering.

De ratio van het Kinderpardon

De ratio van de regeling is volgens de toelichting op WBV 2013/1:

“Doel en achtergrond van de regelingen. 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 duren, 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

¹³ Brief van de staatssecretaris van Justitie aan de Tweede Kamer, van 19 september 1997 (TK 1997-/1998, 24 544, nr. 16, p. 1).

¹⁴ TK 2000-2001, nr. 7, p. 108-109.

waarvan deze jongeren, onder bepaalde voorwaarden, alsnog in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning."

Let wel: in deze ratio wordt voornamelijk *niet* gesproken over asielkinderen. De belangrijkste begrippen zijn: (a) langdurig verblijvende kinderen; (b) zonder uitzicht op een verblijfsvergunning; en (c) verschillende oorzaken van de lange duur van het verblijf. De kernoverweging wordt echter als laatste genoemd: (d) het voorkomen dat deze jongeren hiervan de dupe worden.

De voorwaarden van het Kinderpardon

Het Kinderpardon kent een aantal voorwaarden (B22/3.1 Vc 2000). De terminologie is dat het kind wordt aangemerkt als "de hoofdpersoon". Die hoofdpersoon: (a) moet jonger dan 21 jaar zijn op 1 februari 2013; (b) moet uiterlijk op zijn 13e verjaardag een asielaanvraag hebben ingediend (of dat moet mede ten behoeve van hem zijn gedaan); (c) moet sinds het indienen van die asielaanvraag tenminste vijf jaar in Nederland hebben verbleven; en (d) mag zich niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden hebben onttrokken aan het toezicht van IND, COA, DT&V of Vreemdelingenpolitie in het kader van de meldplicht; en (e) moet, voor zover toepasselijk, vooraf schriftelijk hebben aangegeven dat hij zijn lopende procedures onvoorwaardelijk intrekt bij verblijfsverlening op grond van de regeling. Daarnaast geldt het standaardvereiste dat er geen sprake mag zijn van een van de contra-indicaties zoals geformuleerd in B22/3.2 Vc 2000.

Eerdere jurisprudentie

In een aantal zaken is inmiddels door vreemdelingenkamers op uiteenlopende wijze geoordeeld over de interpretatie van de regeling en de wijze waarop daar door de staatssecretaris invulling aan is gegeven. Voornamelijk gaat het om een viertal groepen waarbij het volgende aspect centraal staat: (a) het overschrijden van het leeftijdsvereiste; (b) er is geen asielaanvraag ingediend; (c) er is sprake van onttrekking aan het toezicht, of (d) overige problemen zoals contra-indicaties.

Daarnaast speelt er nog een ander aspect een belangrijke rol. Bij de beoordeling van de kinderpardonaanvragen wordt namelijk ook gekeken naar de mogelijkheid of de hoofdpersoon in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning

indien een vrijstelling van het mvv-vereiste moet worden verleend omdat een mogelijke uitzetting in strijd zou zijn met art. 8 EVRM (art. 3.71(2)(l) Vb en art. 17(1)(g) Vw).

Speculeren op verlies

De staatssecretaris heeft inmiddels niet alleen verblijfsvergunningen verleend op grond van de regeling maar ook: (a) als er weliswaar niet werd voldaan aan de voorwaarden van de regeling maar art. 8 EVRM een uitzettingsbeletsel zou kunnen opleveren; of (b) als de staatssecretaris aanleiding zag om van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik te maken; of (c) als alsnog bleek dat een asielvergunning moest worden verleend.

Op woensdag 24 september 2014 stuurde de staatssecretaris een brief aan de Kamer waarin hij onder meer rapporteerde over het (opnieuw) beoordelen van de zogenoemde "buiten beeldzaken".¹⁵ Deze groep van zaken heeft één gemeenschappelijk kenmerk: de aanvraag was afgewezen op grond van het niet voldoen aan het toezichtsvereiste.

Van belang is dat deze brief gedateerd is op precies één dag ná de behandeling in hoger beroep van een zaak waarin de VK Arnhem eerder had geoordeeld dat de toepassing van de staatssecretaris van het toezichtsvereiste niet door de beugel kon.¹⁶ In deze brief loopt de staatssecretaris alvast vooruit op het mogelijke oordeel van de ABRvS waarvan de behandeling net had plaats gevonden: "Wanneer de ABRvS de rechtbank Arnhem volgt, dan hou ik er rekening mee dat er circa 25 gezinnen alsnog onder het bereik van de regeling komen".

Merkwaardig is ook dat de brief niet aan de betrokken gezinnen van kinderpardoners is gericht, maar aan de voorzitter van de Tweede Kamer. Aan het eind van de brief meldt de staatssecretaris dat hij "de vreemdelingen die het betreft deze week nog op de hoogte zal stellen, als zij in aanmerking komen voor een vergunning".

¹⁵ TK 19 637, nr. 1893, brief d.d. 24 september 2014.

¹⁶ VK Arnhem 1 juli 2014; Awb 14/2512, «JV» 2014/253.

Not amused

Deze brief van de staatssecretaris is de ABRvS niet ontgaan. Uit een uitnodigingsbrief van eind oktober 2014 van de ABRvS voor de zitting van enkele kinderpardonzaken blijkt dat de ABRvS uitdrukkelijk wenst te worden voorgelicht over het standpunt van de staatssecretaris in hoger beroep enerzijds en het standpunt van de staatssecretaris zoals dat blijkt uit de eerder genoemde brief anderzijds. Kennelijk is er, zo stelt de ABRvS, een verschil in uitleg van de voorwaarde van het toezichtsvereiste. Het is derhalve de vraag of dit verschil tussen de regeling en het toepassen van de discretionaire bevoegdheid niet in strijd is met het verbod op discriminatie.

Oordelen in beroep

In de twee ABRvS uitspraken staat het vereiste dat een asielverzoek moet zijn ingediend centraal. De vraag is derhalve of het daardoor gemaakte onderscheid in de regeling tussen kinderen met en kinderen zonder een (procedurele) asielachtergrond in strijd is met het verbod op discriminatie. Zowel de VK Den Bosch als de VK Den Haag oordeelden dat dit niet het geval was.

VK Den Bosch

In de Bossche zaak oordeelt de rechtbank allereerst dat de Kinderpardonregeling "begunstigend beleid" is waarbij inderdaad onderscheid wordt gemaakt tussen aanvragers met en zonder asielachtergrond (r.o. 5). Vervolgens oordeelt de VK Den Bosch dat uit de EHRM-arresten *Hode & Abd*¹⁷ en *Bah*¹⁸ volgt dat de verblijfsachtergrond van een persoon onder de reikwijdte van het anti-discriminatieverbod van art. 14 EVRM valt, hoewel dit geen inherente of onveranderlijke eigenschap is en een keuze-element bevat (r.o. 5.1). Daarna oordeelt de VK dat uit het EHRM-arrest *Butt*¹⁹ volgt dat het gedrag van de ouders (om geen asielverzoek in te dienen) aan de kinderen is toe te rekenen in verband met het risico dat ouders de positie van hun kinderen misbruiken om een (afgeleide) verblijfsvergunning te verkrijgen.

Alhoewel voor het maken van een onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging moet bestaan, zal de vereiste rechtvaardiging "niet zo zwaarwegend" zijn als bij een onderscheid op grond van bijvoorbeeld nationaliteit. De staatssecretaris heeft volgens de VK Den Bosch zelfs een grote mate van vrijheid (r.o. 5.2): "Dit maakt dat niet licht kan worden geoordeeld dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het onderscheid dat daarmee ontstaat tussen vreemdelingen die wel en vreemdelingen die niet onder het beleid vallen".

Vervolgens onderschrijft de VK Den Bosch volledig het standpunt van de staatssecretaris dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging aanwezig is voor het gemaakte onderscheid (r.o. 6). De rechtbank noemt het verschil in verantwoordelijkheid van de overheid voor asielzoekers en andere vreemdelingen, mede in het licht van internationale verplichtingen en de daaruit voortgevloeide verschillen in opvangmodaliteiten. In de beroepsgronden is weliswaar verwezen naar de uitspraak van de HR van 21 september 2012 waarin de opvang van kinderen (van vreemdelingen) dwingend werd voorgeschreven, maar ook dat mag niet baten. Het verschil in de *verantwoordelijkheid* voor de opvang is van belang ter rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid.

VK Den Haag

De Haagsche VK overweegt allereerst in iets andere bewoordingen dat er een onderscheid wordt gemaakt "naar de status van kinderen voor of door wie in het verleden een verblijfsvergunning asiel is aangevraagd en kinderen voor wie dat niet is gebeurd." Dit is subtiel. De VK Den Bosch gaat uit van een verschil tussen aanvragers met of zonder *asielachtergrond*, terwijl de VK Den Haag de voorwaarde uit de regeling herformuleert als een onderscheid naar de *status* van de kinderen. Strikt genomen is de kwalificatie van de VK Den Haag een veel formelere: wat is de vreemdelingenrechtelijke status van de kinderen nu. Dat levert dan wel een probleem op omdat de feitelijke status van alle kinderpardonkinderen er een is van een vreemdeling *zonder* verblijfsvergunning is. Zo bezien valt het onderscheid eigenlijk weg: met of zonder asielverleden. De VK Den Haag komt echter on-

17 EHRM 6 november 2012, nr. 22341/09.

18 EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07.

19 EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09.

der verwijzing naar het EHRM-arrest Bah evenals de VK Den Bosch, tot de conclusie dat er een ruime "margin of appreciation is".

Dan maakt de VK Den Haag een tweede slipper: "Verweerder heeft dan ook een ruime 'margin of appreciation' daar waar het gaat om het vaststellen van een rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van de groepen kinderen die een geslaagd beroep kunnen doen op de regeling" (r.o. 8). Als je dit goed leest dan staat er dat het gaat om onderscheid tussen groepen kinderen, die een *geslaagd* beroep kunnen doen op de regeling. Nou, dat is simpel: dat zijn vooralsnog alleen de kinderen die een asielachtergrond hebben. En dan ontgaat het mij hoe er sprake kan zijn van een *ongelijke behandeling* van groepen kinderen, die allemaal voldoen aan de voorwaarden van de regeling. Laat ik er van uitgaan dat het een 'onhandige' formulering is van de rechtbank.

Kalverboer & Zijlstra

De VK Den Haag blinkt overigens ook uit in het onzorgvuldig lezen en selectief presenteren van gegevens van deskundigen. Prof. dr. Kalverboer en dr. Zijlstra hebben uitgebreid onderzoek gedaan naar de effecten van gedwongen uitzettingen op kinderen. Hun deskundigheid op dit terrein wordt door niemand in twijfel getrokken. Toch waagde de staatssecretaris zich eraan om het belang van hun onderzoek te minimaliseren. In het onderzoek van de beide deskundigen wordt namelijk gesproken van "asielkinderen". De advocaat van het gezin in de Haagse zaak had bij het beroepschrift een memo overlegd van Kalverboer & Zijlstra waarin zij zeer duidelijk schreven dat hun onderzoek zich niet heeft beperkt tot asielkinderen en dat de conclusies die zij hebben geformuleerd in hun eerdere onderzoek niet asiel-specifiek zijn. De schade die kinderen oplopen zien de experts zowel bij kinderen met als kinderen zonder een asielachtergrond. Zo niet de VK Den Haag. Die bestaat het om de navolgende redenering op papier te krijgen: "Onder verwijzing naar de memo van Kalverboer & Zijlstra (...) overweegt de rechtbank dat de bevindingen in dit memo in het geheel niet onderbouwd zijn zodat deze memo niet noopt tot het oordeel dat de conclusies die in de eerdere rapporten zijn getrokken ten aanzien van kinderen van asielzoekers evenzeer van toepassing zijn op kinderen met een reguliere achtergrond".

Het oordeel van de ABRvS

In de Bossche zaak maakt de ABRvS de volgende interessante opmerking: "Daargelaten of vreemdelingen met en zonder een asielachtergrond voldoende vergelijkbare gevallen zijn (...)". Dat is juist. Naast het benoemen van het onderscheid en het kwalificeren van dat onderscheid als wel of niet rechtvaardig, moet het wel gaan om "voldoende vergelijkbare gevallen" en dat laatste dient als eerste geadresseerd te worden.

Het EHRM gaat ook op een dergelijke wijze te werk. Het is echter opvallend dat de ABRvS dit aspect alleen benoemt en verder niet de vraag beantwoordt of hier sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen. De ABRvS oordeelt slechts dat de rechtbank geen onjuiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd en terecht heeft overwogen dat de staatssecretaris zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat het gemaakte onderscheid is gerechtvaardigd. Daarmee hanteert de ABRvS mijns inziens een onjuist althans onvolledig toetsingskader omdat niet uitdrukkelijk de vraag wordt beantwoord of en zo ja in hoeverre kinderen met en kinderen zonder asielachtergrond vergelijkbare gevallen zijn en op grond waarvan.

De strategie achter de redenering van de staatssecretaris is dat het voldoende is om een of ander formeel verschil aan te wijzen tussen beide groepen. Het probleem hierbij is dat de aangevoerde verschillen niet zozeer onjuist zijn, als wel irrelevant en dat komt doordat de vraag naar de vergelijkbaarheid van de gevallen niet uitdrukkelijk is beantwoord. Als dat wel het geval zou zijn geweest, dan had de ABRvS kunnen oordelen dat de kinderen vergelijkbaar zijn met betrekking tot de lange duur van hun verblijf in Nederland zonder uitzicht op een verblijfsvergunning.

Zowel de VK als de ABRvS verzuimen echter deze stap te nemen en dientengevolge worden alle grieven op eenzelfde wijze tegemoet getreden. Relevante argumenten om het onderscheid (asiel versus niet-asiel) als minimaal te kwalificeren worden terzijde geschoven omdat er andere argumenten zijn die het verschil levensgroot maken. Jammer dat die argumenten irrelevant zijn en daardoor geen rechtvaardiging kunnen vormen voor het door de staatssecretaris gehanteerde onderscheid.

Langdurig verblijvende kinderen

Ook het argument, dat in de Haagse zaak wordt aangevoerd, dat het gaat om twee kinderen die al veel langer dan vijf jaar in Nederland zijn, kan de ABRvS niet vermurwen (r.o. 7). Maar als je het doel van de regeling centraal zet, dan is het *zeer* relevant om te stellen dat het raar is dat een verblijfsduur van vijf jaar reeds voldoende is om in aanmerking te komen voor het Kinderpardon, terwijl voor deze beide kinderen een verblijfsduur in Nederland van 14 en 16 jaar van toepassing is. In dat licht doet de advocaat een beroep op art. 4:84 Abw: de staatssecretaris had van zijn inherente afwijkingsbevoegdheid gebruik moeten maken.

Het bedreovende is dat de ABRvS dat argument niet eens onderzoekt: dit is een "omstandigheid is die moet worden geacht door de staatssecretaris bij de vaststelling van de regeling zijn betrokken". Hoezo? Uit niets blijkt dat de staatssecretaris een afweging heeft gemaakt om *zeer* lang verblijvende kinderen *niet* onder de regeling te laten vallen als hun ouders alleen een verzoek tot regulier verblijf hebben ingediend. Zouden die kinderen dan niet "de dupe" worden? Als er al één voorbeeld zou kunnen worden gegeven waaruit blijkt dat er op zijn minst iets niet klopt, dan is het deze casus wel. En wonderwel past art. 4:84 Awb naadloos op deze casus. Ook met voorbijgaan aan alle mogelijke discriminatoire aspecten van de regeling, zou *juist* een zeer relevante vraag aan de staatssecretaris zijn: heeft u rekening gehouden met dit soort van zeer veel langer verblijvende kinderen? En waarom zouden zij *niet* de dupe worden van langdurig verblijf zonder uitzicht op een verblijfsvergunning?

Conclusie

De regeling is onvolledig, innerlijk tegenstrijdig, discriminerend en – hoogst waarschijnlijk – zonder (voldoende) rechtsgrondslag. Dat had allemaal voorkomen kunnen worden als de regeling van het begin af aan was beschouwd als iets dat in het Vb had moeten worden geregeld. De procedure die dan zou hebben plaats gevonden, met inbegrip van de advisering door de Afdeling Advisering van de Raad van State, had vrijwel zeker tot een veel beter, werkbaarder en vooral rechtvaardiger resultaat geleid.

Ongetwijfeld zou het ietsje langer hebben geduurd voordat de regeling in werking zou zijn getreden. Maar daar zou – denk ik – tegenover hebben gestaan dat veel minder procedures zouden zijn gevoerd en hetgeen eigenlijk het belangrijkste in deze is: er zouden veel minder kinderen de dupe zijn geworden.

Maar er is nog hoop. De VK Rotterdam oordeelde op 9 oktober 2014 dat het gehanteerde onderscheid (asiel versus niet-asiel) niet door de beugel kan. Daarbij oordeelde de VK Rotterdam dat de argumenten van de staatssecretaris weliswaar juist waren, maar niet relevant in de context waarin ze werden gehanteerd. Voor het geval dat deze Rotterdamse zaak ook door de ABRvS zal worden beoordeeld, zou ik de ABRvS willen wijzen op de navolgende instructienorm: *In all actions concerning children, undertaken by (...) courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*²⁰

C.A.F.M. Grütters
Radboud Universiteit Nijmegen

377

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
22 oktober 2014, nr. 201404129/1/V1,
ECLI:NL:RVS:2014:3890
(mr. Parkings-de Vin, mr. Van der Spoel, mr. Van der Wiel)
Noot dr. C.A.F.M. Grütters onder «JV» 2014/376

Kinderen, langdurig verblijvende. Discriminatie. Inherente afwijkingsbevoegdheid. Discretionaire bevoegdheid. Privé-leven.

[IVBPR art. 26; EVRM art. 14; Vc 2000 B22/2, B22/3]

Kinderpardonregeling; gerechtvaardigd onderscheid tussen kinderen met en zonder asielachtergrond.

²⁰ Art. 3(1) IVRK.