

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/140822>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-20 and may be subject to change.

NIJMEGEN SOCIOLOGY OF LAW WORKING PAPERS SERIES



2014/05

Miek Laemers

Illegaal verblijvende jongeren legaal
op stage

The Institute for Sociology of Law is part of the Law Faculty of the Radboud University Nijmegen. It has a long tradition of empirical research in the area of law and society. Special focuses are the legal professions, food safety regulation, migration law and anti-discrimination law. The researchers at the Institute have different disciplinary backgrounds (including law, sociology, anthropology, development studies, Middle Eastern studies) and much of their research is interdisciplinary.

The Nijmegen Sociology of Law Working Paper Series provides a vehicle for staff members, PhD students and fellows to rapidly disseminate their research results.

ISSN 2212-7844

Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series 2014/05

Faculty of Law
Radboud University Nijmegen
P.O. Box 9049
6500 KK Nijmegen
The Netherlands

Editors Dr. Tetty Havinga, t.havinga@jur.ru.nl
 Jos Hoevenaars MSc
 Dr. Anita Böcker

Lay-out Hannie van de Put

Cover photo Erik van 't Hullenaar

© 2014, Miek Laemers

url: www.ru.nl/rechten/SociologyofLawWorkingPapers

ILLEGAAL VERBLIJVENDE JONGEREN LEGAAL OP STAGE

Miek Laemers*

Abstract

The present paper has been written for professor Roel Fernhout at the occasion of his farewell of the law faculty of the Radboud University Nijmegen. The paper focuses on the meaning of the right to education (art. 2 First Protocol to the ECHR) in relation to the right of an undocumented student to do teaching practice.

By sketching the case of X, an undocumented student, it is shown that the initially forbidden apprenticeship became possible through a judgment of the Court of 's-Gravenhage on 2 May 2012. The Court decided that the restrictions of the Act on Labour of Immigrants are against the right to education. In accordance with this sentence the legislator decided to change the rules: in September 2013 the Decree on Labour of Immigrants has been changed in favor of undocumented students who have started their training before the age of 18, so that a working permit is no longer compulsory.

Keywords

Right to education (ECHR); undocumented immigrant students; Apprenticeship; Linking Act; Act on Labour of Immigrants

Op 23 mei 2011 liet de NOS een reportage zien over de niet rechtmatig in Nederland verblijvende jongen XX.¹ Hij zat toen in het derde jaar van een mbo-opleiding en wilde stage lopen om zo zijn opleiding af te kunnen ronden. Ondanks talloze pogingen bij banken, verzekeringsmaatschappijen en makelaars, lukte het hem niet een stageplaats te vinden. X's procedure voor een verblijfsvergunning (wegens medische redenen) liep nog en zolang die niet was afgegeven, bleek een stage uitgesloten. Stage werd immers gezien als werk. Werkgevers die een illegaal verblijvende jongere toch een stageplaats gaven, riskeerden een boete van 8.000 euro.² Het in het kabinet Rutte-I

* Miek Laemers is senior onderzoeker aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen en bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de VU.

Dit paper is eerder gepubliceerd in K. Groenendijk et al., *Issues that Matter. Mensenrechten, minderheden en migranten. Liber amicorum voor prof. mr. R. Fernhout*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 115-124.

1 De reportage 'Geen diploma voor illegalen door stageverbod' is (nog) te bekijken op www.nos.nl/op3/artikel/334000-geen-stageregeling-voor-illegale-jongeren.html.

2 In de politiek en in de media wordt vaak gesproken over 'illegale jongeren'. Aangevend zij dat de jongeren over wie het hier gaat – anders dan wordt gesuggereerd met de term illegale jongeren – niets verkeerd hebben gedaan. Omdat (alleen) hun verblijf

→

afgesproken beleid ten aanzien van 'illegalen', maakte een tegemoetkoming van CDA en VVD aan de scholieren zonder verblijfsvergunning tot een illusie. De PVV, met zijn sterke positie als gedoogpartij, verzette zich tegen elke maatregel die illegaal verblijf zou vergemakkelijken. Eind mei riepen werkgevers en de vakbeweging het kabinet op om stages mogelijk te maken voor niet rechtmatig verblijvende jongeren en Kamerlid Van Hijum (CDA) diende daartoe een motie in.³ Zonder succes. 'Er komt geen regeling voor illegaal in Nederland verblijvende jongeren die stage willen lopen', zo meldde de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Henk Kamp op 14 oktober 2011 in een brief aan de Tweede Kamer.⁴ In die brief schreef Kamp dat het aanpassen van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) in strijd zou zijn met de geest van het regeerakkoord, waarin staat dat illegaal verblijf strafbaar moet worden gesteld. De minister achtte hiermee niet te verenigen dat illegaal in Nederland verblijvende kinderen op legale wijze arbeid mogen verrichten. Voor X. betekende dat een droevig einde van zijn schoolcarrière.

Mijn bijdrage voor het boek van Roel Fernhout moet een wat gelukkiger afloop kennen dan het verhaal van X. Roels grote inzet gedurende vele jaren voor jonge vreemdelingen in het onderwijs rechtvaardigt dat ik aandacht besteed aan een klein succesverhaal te midden van de overwegend moeizame en deerniswekkende geschiedenissen van mensen die illegaal in Nederland verblijven, een lichtpuntje dat recent lijkt te zijn gaan gloeien. De jongste geschiedenis, die wordt gekenmerkt door politieke en maatschappelijke ontwikkelingen én door een belangrijke rechterlijke uitspraak, is als volgt.⁵

1. Uitgangspunt: recht op onderwijs

Hoezeer illegaal verblijvenden ook verstoken zijn van allerlei rechten omdat die zijn voorbehouden aan wie rechtmatig op het grondgebied van verdragsluitende staten verblijft, is het recht op onderwijs voor jongeren tot 18 jaar een sterk recht, dat toekomt aan eenieder, dus ook aan jongeren zonder geldige verblijfsstatus. Het recht op onderwijs staat niet in de Nederlandse Grondwet, maar is wel geformuleerd in enkele verdragen waarbij Nederland partij is, zoals het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (art. 28) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (art. 13). Voor het recht op onderwijs wordt veelal verwezen naar artikel 2, Eerste Protocol

illegaal is, hanteer ik de term 'illegaal verblijvende jongeren' of 'niet rechtmatig verblijvende jongeren'.

3 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 144, nr. 8.

4 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 144, nr. 10.

5 Zie voor de stand van zaken begin 2013: G. Lodder, 'Stages door illegale jongeren: een doorbraak?', *Ars Aequi*, januari 2013, p. 22- 26.

van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (art. 2 EP EVRM), waarin is vastgelegd dat 'niemand het recht op onderwijs zal worden ontzegd'.⁶ Het gaat hier om een eenieder verbindende verdragsbepaling als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Artikel 2 EP EVRM garandeert dat iedereen die zich bevindt binnen de jurisdictie van een verdragsstaat niet alleen het recht heeft van toegang tot de bestaande onderwijsvoorzieningen, maar ook van officiële erkenning van de studies die hij heeft voltooid.⁷ Ook de nationale rechter heeft zich herhaaldelijk uitgesproken over dit artikel. Zo oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat de eerste volzin van artikel 2 EP EVRM absoluut is geformuleerd en geen uitdrukkelijke beperkingenclausule kent. Aan het door artikel 2 gegarandeerde recht op onderwijs is echter inherent dat de effectuering ervan wordt gereguleerd. Bij die regulering mag het recht op onderwijs niet *in de kern* worden aangetast en mag er evenmin sprake zijn van schending van andere door het EVRM gegarandeerde rechten. Beperkingen van het recht op onderwijs moeten bovendien zijn gericht op een legitiem doel en er moet sprake zijn van proportionaliteit.⁸

Voor niet-rechtmatig in Nederland verblijvende jongeren geldt het recht op onderwijs, dat – in combinatie met de leerplicht en kwalificatieplicht⁹ – ruimte biedt om een eenmaal begonnen opleiding af te maken, evenzeer.¹⁰ Over het aantal jongeren dat valt onder de kwalificatie 'illegale jongeren in

-
- 6 Zie voor het recht op onderwijs met name in scholen voor primair en voortgezet onderwijs: Miek Laemers, 'Welkom in het Nederlandse onderwijs', in: A. Böcker e.a. (red.), *Migratierecht en rechtssociologie, gebundeld in Kees' studies*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 449-460.
 - 7 Eigen vertaling van r.o. 152 in EHRM 10 november 2005, Appl. no. 44774/98 (*Leyla Sahin*). In die r.o. wordt ter bevestiging van de zienswijze verwezen naar de uitspraken van het EHRM inzake de Belgische Taalzaken (EHRM 23 juli 1968, Series A, vol. 6) en *Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v. Denmark* (EHRM 7 december 1976, Series A, nr. 23).
 - 8 CRvB 27 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ6891, r.o. 5.3.4. In deze zaak, waarin het ging om de afwijzing van een aanvraag om studiefinanciering door illegaal in Nederland verblijvende studenten, achtte de Raad van belang dat de Verdragspartijen bij de aanwending van de algemene middelen een belangrijke mate van beoordelingsvrijheid toekomt, waarbij prioriteiten mogen worden gesteld en waarbij met name ook een belangrijk gewicht mag worden toegekend aan het al dan niet legale karakter van het verblijf van degene die een beroep doet op een verdragsrecht (r.o. 5.3.5).
 - 9 De kwalificatieplicht is in 2007 in de Leerplichtwet opgenomen en houdt in dat jongeren tot 18 jaar onderwijs moeten volgen tot zij een startkwalificatie hebben. Een startkwalificatie is een havo-diploma, vwo-diploma of een mbo-diploma op niveau 2 of hoger.
 - 10 Ik laat de reden voor het illegaal/niet-rechtmatig verblijvend zijn in deze bijdrage buiten beschouwing. Voor een uitgebreide beschrijving van verblijfssituaties die als illegaal kunnen worden bestempeld zie: A. Terlouw, 'Fundamentele rechten van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen: een fata morgana', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, nr. 1, p. 9-19.

het mbo' is weinig zekerheid te geven.¹¹ De NOS vermeldde in de hiervoor genoemde reportage van mei 2011 dat het zou gaan om zo'n honderd jongeren die illegaal in Nederland verblijven en die wel een opleiding volgen, maar geen stage kunnen lopen – en dus geen diploma kunnen halen.

2. De Koppelingswet

Het recht op onderwijs impliceert zowel de verplichting van de Nederlandse overheid om te zorgen voor kwalitatief goed onderwijs als de toegankelijkheid van dat onderwijs. De toegankelijkheid van het onderwijs kan alleen gerealiseerd worden als er geen sprake is van discriminatie van leerlingen en wanneer fysieke en economische belemmeringen voor schoolbezoek ontbreken. Voor wat betreft de condities met betrekking tot de toegankelijkheid van het onderwijs voor illegale leerlingen is een nadere beschouwing van de op 1 juli 1998 in werking getreden zogenoemde Koppelingswet van belang.¹² Als gevolg van deze wet bepaalt artikel 10, lid 1 Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) dat de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, geen aanspraak kan maken op toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan. Op basis van artikel 10, lid 2 Vw 2000 geldt echter een uitzondering voor het onderwijs.¹³ In de Wet op het primair onderwijs (WPO) is dat expliciet terug te vinden, waar artikel 40, lid 1 WPO bepaalt: 'De beslissing over toelating en verwijdering van leerlingen berust bij het bevoegd gezag. De toelating tot de school is niet afhankelijk van het houden van rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000'. In het (voortgezet) speciaal onderwijs en het voortgezet onderwijs beheersen respectievelijk artikel 40, lid 2 van de Wet op de Expertisecentra (WEC) en artikel 27, lid 1a van de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) het recht op toelating van illegaal verblijvende jongeren. Voor het middelbaar beroepsonderwijs, de onderwijssoort waarin onze X. zich

11 Richard Staring & José Aarts, *Jong en illegaal in Nederland, Een beschrijvende studie naar de komst en het verblijf van onrechtmatig verblijvende (voormalige) alleenstaande minderjarige vreemdelingen en hun visie op de toekomst*, Den Haag: WODC 2010. De in verschillende publicaties genoemde aantallen lopen uiteen van zo'n honderd tot vierhonderd mbo'ers. Volgens Pieter Hilhorst in zijn column in de *Volkscrant* van 10 mei 2011 zitten in Nederland 'honderden kinderen' in hetzelfde parket als X.

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

13 Noodzakelijke medische hulp en recht op rechtsbijstand vormen naast 'het recht op onderwijs tot de leeftijd van 18 jaar' de uitzonderingen op de regel van de Koppelingswet.

bevond, geldt de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB), waar artikel 8.1.1 lid 1 over inschrijving gaat:

‘Een ieder die gebruik wenst te kunnen maken van onderwijsvoorzieningen en examenvoorzieningen, dient zich door het bevoegd gezag als deelnemer te laten inschrijven. Voor die inschrijving is een vergoeding verschuldigd. De inschrijving voor een opleiding of een onderdeel van een opleiding staat uitsluitend open voor degene waarvan de ouders, voogden of verzorgers aantonen, dan wel, indien hij meerderjarig en handelingsbekwaam is, degene die aantoonst dat hij: a) de Nederlandse nationaliteit bezit of op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander wordt behandeld, b) vreemdeling is en jonger is dan 18 jaar op de eerste dag waarop de opleiding of het onderdeel van de opleiding begint waarvoor voor de eerste maal inschrijving wordt gewenst, c) vreemdeling is, 18 jaar of ouder is op de eerste dag waarop de opleiding of het onderdeel van de opleiding begint waarvoor voor de eerste maal inschrijving wordt gewenst en op die dag rechtmatig verblijft houdt in de zin van artikel 8 van de Vw 2000, of d) vreemdeling is, niet meer voldoet aan een van de voorwaarden genoemd onder b of c, en eerder in overeenstemming met een van die onderdelen is ingeschreven voor een opleiding of het onderdeel van de opleiding van een instelling, welke opleiding of welk onderdeel van de opleiding nog steeds wordt gevolgd en nog niet is voltooid.’

Op grond van dit artikel is er dus geen enkele discussie over het recht van de niet rechtmatig verblijvende jongere die nog geen 18 jaar is op het moment van inschrijving, om middelbaar beroepsonderwijs te mogen volgen. Dat een stage een integraal onderdeel is van de beroepsopleiding staat met zoveel woorden in art. 7.2.8 lid 1 WEB en in art. 7.4.3 WEB, dat gaat over de beroepspraktijkvorming (bpv) als noodzakelijk onderdeel voor het met goed gevolg kunnen afsluiten van de beroepsopleiding door middel van een examen. Met andere woorden: een stage is verplicht, niet als werk, niet om productieve arbeid te verrichten, maar om te leren wat je moet leren op school.¹⁴ Dat ook illegaal verblijvende jongeren bpv kunnen volgen op basis van een praktijkovereenkomst is onomwonden verklaard door de ten tijde van de totstandkoming van de Koppelingwet in functie zijnde staatssecretaris Schmitz.¹⁵ Zij stelde toen echter al vast dat het een groeiende praktijk was geworden dat naast

14 Aldus toenmalig wethouder van Amsterdam Asscher op 5 april 2012 in een debat met minister Kamp bij Pauw en Witteman naar aanleiding van de oproep om illegale jongeren een stageplek te bieden.

15 *Kamerstukken II 1996-1997, 24 233, nr. 16, p. 7.*

de onderwijs- en de praktijkovereenkomst tevens met de arbeidsorganisatie een arbeidsovereenkomst werd gesloten. Ze schreef hierover:

Hierdoor heeft de deelnemer aanspraak op de betaling van loon en is hij werknemer in de zin van de arbeidswetgeving. Voor een niet-rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling, die een opleiding volgt, betekent een en ander, ook nu al, dat hij wel zijn beroepspraktijkvorming in een bedrijf kan volgen waarvoor een praktijkovereenkomst is afgesloten, maar dat hij – omdat hij geen werkvergunning heeft – daarvoor geen arbeidsovereenkomst kan afsluiten en dus niet betaald kan worden. In dit laatste geval is er dan ook geen sprake van strijd tussen de ene wet (WEB) met de andere wet (Wav).

Het recht op onderwijs inclusief het recht op afronding van de opleiding door middel van een diploma vloeit voort uit (de jurisprudentie over) artikel 2 EP EVRM, althans zolang dit recht niet beperkt wordt. Beperkingen door de nationale wetgever zijn echter wel degelijk mogelijk, mits voldaan wordt aan een aantal vereisten. Deze variëren naar tijd en plaats, onder andere overeenkomstig de behoeften en middelen van het land en de onderscheiden onderwijsniveaus. Steeds geldt dat de beperkingen van het recht op onderwijs voorzienbaar moeten zijn doordat ze in de wet zijn vastgelegd. De wetgever moet het doel omschrijven en het proportionaliteitsvereiste in acht nemen.¹⁶ Daarbij is altijd sprake van een *margin of appreciation* voor de lidstaten, een beoordelingsmarge die op het terrein van het onderwijs groter wordt naarmate het onderwijsniveau stijgt.

De WEB werpt geen barrière op voor het realiseren van het recht op onderwijs inclusief de mogelijkheid om de opleiding af te ronden met een diploma. De vraag is of de Wav dat wel doet en zo ja, of een dergelijke barrière verenigbaar is met artikel 2 EP EVRM.

¹⁶ In de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof zijn weliswaar vaste vereisten geformuleerd, maar de invulling daarvan is niet exact voorgeschreven. Er moet in ieder geval een wettelijke basis zijn om mensenrechten te beperken of – zoals in EHRM 9 april 2002, Appl. no 46726/99 (*Podkolzina v. Letland*) waar een parlamentskandidate werd onderworpen aan een extra taaltoets – een van de wet afwijkende procedure te volgen, in casu om iemands taalkennis en -vaardigheid te beoordelen. ‘...the Court considers that in the absence of any guarantee of objectivity, and whatever the purpose of the second examination was, the procedure applied to the applicant was in any case incompatible with the requirements of procedural fairness and legal certainty to be satisfied in relation to candidates’ eligibility.’

3. De Wet arbeid vreemdelingen

Artikel 2 lid 1 van de Wav verbiedt de werkgever om een vreemdeling arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Die vergunning wordt geweigerd als de vreemdeling niet over een verblijfsvergunning beschikt (art. 8 lid 1, sub c Wav). Het doel dat de staat nastreeft met deze bepaling is dat vreemdelingen zonder verblijfsstatus geen arbeid verrichten. In het recente verleden zijn stages in het kader van een mbo- of universitaire opleiding door verschillende bewindslieden én in de rechtspraak aangemerkt als arbeid in de zin van de Wav.¹⁷ De vraag is of dat terecht is en of jongeren zonder verblijfsvergunning stage ontzegd mag worden op grond van de Wav, terwijl de WEB, en de (jurisprudentie aangaande) verdragsartikelen met betrekking tot het recht op onderwijs uitgaan van de mogelijkheid om stage te lopen als wezenlijk onderdeel van de opleiding. Voor een antwoord op die vraag is de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 2 mei 2012 in de kwestie X. van groot belang gebleken. Geholpen door allerlei maatschappelijke ontwikkelingen, zoals het gemeentelijk beleid ten aanzien van het aanbieden van de mogelijkheid tot het lopen van stage door illegale jongeren en het optreden van het steunfonds Stout – heeft de uitspraak voor een stroomversnelling gezorgd in de discussie over het verrichten van stages door illegaal verblijvende jongeren.¹⁸

4. De rechtspraak

In zijn uitspraak van 2 mei 2012 oordeelde de rechtbank Den Haag dat de uit de Wav volgende beperkingen voor vreemdelingen zonder verblijfsstatus om (in het kader van een mbo-opleiding) stage te lopen, in strijd zijn met het recht op onderwijs als neergelegd in artikel 2 EP EVRM.¹⁹ De rechter oordeelde dat de staat, door het voor X. onmogelijk te maken zijn diploma te behalen, in

17 Bijvoorbeeld gebeurde dat door de ABRvS in zijn uitspraken van 5 augustus 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ4620), van 24 juni 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BI9709) en 12 januari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP0558). In eerstgenoemde uitspraak ging het over een stagiair bij een autobedrijf. Geoordeeld werd dat uit het ruime werkgeversbegrip van de Wav volgt dat het voor het aanmerken van een onderwijsinstelling als werkgever in de zin van de Wav voldoende is dat zij de leerling feitelijk arbeid laat verrichten. Het is niet vereist dat de instelling de stagiair bedrijfsmatig arbeid laat verrichten, of hiertoe opdracht geeft. In de tweede uitspraak meende de Afdeling dat het leereffect aan de verrichte handelingen niet het arbeidskarakter ontnemt. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State op 4 april 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BW0790) was er echter geen tewerkstellingsvergunning nodig voor een Iraanse student tandheelkunde die in afwachting was van een verblijfsvergunning en in het kader van haar co-schappen arbeid zou hebben verricht in een ziekenhuis.

18 Het Stoutfonds werd opgericht om boetes te betalen die stageaanbieders krijgen als ze jongeren zonder permanente verblijfsvergunning stage laten lopen.

19 Rechtbank Den Haag, 5 mei 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4736).

strijd handelde met artikel 2 EP en daarmee onrechtmatig jegens X. Dat de beperking voor het lopen van stage voortvloeit uit een wet in formele zin (de Wav) doet daaraan niet af, nu de rechter wetten in formele zin kan toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen. De Haagse rechter verwees daarvoor naar de zaak *Leyla Sahin tegen Turkije*,²⁰ waarin het Europese Hof onder meer als volgt heeft overwogen:

'The right to education, as set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, guarantees everyone within the jurisdiction of the Contracting States "a right of access to educational institutions existing at a given time", but such access constitutes only a part of the right to education. For that right "to be effective, it is further necessary that, inter alia, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed".'

In deze passage lezen we het recht op *official recognition*, in het geval van X te begrijpen als het recht om een diploma te behalen. Er kunnen, zo haalt de rechtbank de *Leyla Sahin* uitspraak verder aan, beperkingen aangebracht worden op het recht op onderwijs, maar hoewel verdragsstaten daarin een zekere mate van beoordelingsvrijheid hebben (*a certain margin of appreciation*) zal het EHRM erop toezien dat deze beperkingen er niet toe leiden dat het wezen van het recht op onderwijs wordt aangetast en het van haar doeltreffendheid (*effectiveness*) wordt beroofd. Beperkingen moeten voorzienbaar (*foreseeable*) zijn voor degenen die het betreft en ze moeten een legitiem doel (*legitimate aim*) dienen. Het gaat daarbij niet om een uitputtende lijst van doelen.

In rechtsoverweging 4.6 stelt de rechtbank vast dat uit de ruim geciteerde uitspraak volgt dat het recht op onderwijs, wil dat recht *effective* zijn als vereist door artikel 2 EP EVRM, meebrengt dat de personen die onderwijs volgen een officiële erkenning kunnen krijgen van het feit dat zij hun opleiding hebben voltooid. In het Nederlandse onderwijs moet een diploma als een officiële erkenning worden aangemerkt. De onmogelijkheid van het kunnen volgen van een stage treft het recht op onderwijs in het hart. Nu de Wav onmogelijk maakt dat een diploma wordt behaald, moet deze wet beoordeeld worden naar de maatstaven die gelden voor beperking van het recht op onderwijs. Eén daarvan is de eis van proportionaliteit. Volgens de rechter is die eis geschonden nu het gaat om een stage die niet leidt tot 'extra geworteldheid' en

²⁰ EHRM 10 november 2005, Appl. no. 44774/98.

er geen sprake is van een verkapte arbeidsplaats, nu aard en duur van de stage worden omschreven in het curriculum en het volgen van de stage onder supervisie staat van de mbo-opleiding in kwestie. De rechter achtte de toegepaste Wav-bepalingen onrechtmatig jegens X. en bepaalde dat deze buiten toepassing gelaten moesten worden. Na deze uitspraak lag de weg open voor elke illegaal verblijvende jongere om in het kader van zijn mbo-opleiding stage te volgen. Kamp, de verantwoordelijke bewindsman, was echter nog niet zo ver en hij stelde hoger beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank.

5. Politieke ontwikkelingen en de uitspraak inzake X.

Jarenlang is door verschillende partijen geijverd voor het opheffen van het verbod om kinderen zonder rechtmatig verblijf in het kader van hun opleiding stage te laten lopen. Toezeggingen van bewindslieden om stages ook voor deze jongeren mogelijk te maken werden door de regering echter ingetrokken.²¹ Minister Kamp van Sociale Zaken en Werkgelegenheid liet het gemeentebestuur van Amsterdam in april 2012 per brief weten dat de Inspectie SZW de Wav streng zal handhaven als mbo-studenten die illegaal in Nederland verblijven op een stageplaats gaan werken.²² Zijn redenering was even simpel als ontluisterend: op grond van de Wav is voor een stage door leerlingen van buiten de Europese Unie een tewerkstellingsvergunning nodig en zo'n vergunning wordt niet afgegeven als iemand illegaal in Nederland verblijft. De gedachtegang van Kamp was dat het onderwijs opleidt voor de arbeidsmarkt, maar omdat leerlingen zonder verblijfsvergunning toch niet terecht kunnen op die arbeidsmarkt hoef je ze ook niet op te leiden. Kamp bleef kennelijk ook na de uitspraak volharden in deze visie en ging in hoger beroep. Door diverse partijen werden moties ingediend die er onder meer toe moesten leiden dat de minister in ieder geval niet sanctionerend zou optreden in de periode tot de uitspraak in het hoger beroep.²³ Dat zegde de minister toe maar hij herhaalde

21 Toenmalig minister van Onderwijs, Marja van Bijsterveldt, heeft eind 2010 beloofd het probleem op te lossen, omdat haar standpunt was dat iedereen die een opleiding volgt, ook stage moet kunnen lopen.

22 Brief d.d. 4 april 2012 aan College van B en W Amsterdam, kenmerk AV/SDA/2012/5514. In die brief reageert Kamp op de steun die het college van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam heeft uitgesproken voor het initiatief om aan illegalen stages beschikbaar te stellen. Kamps boetebedreigingen zijn fors: aanbieders van stageplekken kunnen elk worden beboet met een boete van € 8.000,- en met ingang van 1 januari 2013 wordt dit € 12.000. Dit bedrag wordt bij recidive verdubbeld, zo kondigt hij aan.

23 Zie de motie Hamer, Koser Kaya, Grashoff en Ulenbelt d.d. 5 juli 2012, *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 144, nr. 17 waarin de regering werd verzocht het hoger beroep tegen de uitspraak van rechtbank Den Haag te beperken tot die elementen die volgens haar een principiële en wezenlijke doorkruising van het beleid zouden kunnen betekenen, en zich neer te leggen bij het element van de uitspraak dat bepaalt dat illegale jongeren

→

zijn standpunt dat er sprake was van een conflicterende situatie. Hij refereerde aan de spanning tussen het recht op onderwijs voor eenieder, ongeacht verblijfsstatus en de wens van de regering om illegaal verblijf in Nederland effectief tegen te gaan. Kamp betoogde dat de uitspraak van de rechtbank Den Haag inhoudt dat de regering een zorgvuldige afweging tussen deze conflicterende belangen moet kunnen maken en dat de noodzaak bestaat om aan beide recht te doen. Hij stelde zich op het standpunt dat de regering wat betreft het tweede element, het tegengaan van illegaal verblijf, op een onaanvaardbare wijze werd beperkt door de Haagse rechter.

De val van het kabinet Rutte I in april 2012 bracht een oplossing naderbij: snel werd duidelijk dat de nieuw aangetreden bewindsman, Asscher, een uitzondering wilde maken op de tewerkstellingsvergunningplicht voor illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen die voor hun achttiende jaar aan een beroepsopleidende leerweg in het mbo zijn begonnen en die verplicht stage moeten lopen om hun opleiding te kunnen voltooien.²⁴ Stage lopen wordt volgens de nieuwe minister mogelijk onder de volgende voorwaarden: 1) de stage is verplicht om een opleiding te kunnen voltooien; 2) de illegaal verblijvende vreemdeling is voor zijn achttiende levensjaar aan deze opleiding begonnen; 3) de opleiding valt onder de beroepsopleidende leerweg (bol) in het mbo-onderwijs; 4) de stage is onbezoldigd. Minister Asscher kondigde aan deze uitzondering op te nemen in het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en hij verklaarde dat deze uitzondering op 1 juli 2013 in werking zou kunnen treden. Hij merkte nadrukkelijk op dat aan de stage geen verblijfsrecht zou kunnen worden ontleend en dat de stage niet in de weg zou staan van de vertrekplicht op grond van de Vreemdelingenwet.²⁵ Tot de wijziging zou de huidige praktijk, waarin door de Inspectie SZW niet actief wordt gehandhaafd, worden voortgezet en het hoger beroep zou worden ingetrokken. Dat laatste is gebeurd, maar er zijn eind juli 2013 helaas nog geen tekenen van realisering van de aangekondigde wijziging van het Besluit.²⁶

het recht hebben om in het kader van het volwaardig afronden van een beroepsopleiding, stage te lopen.

24 *Kamerstukken II* 2012-2013, 32 144, nr. 21.

25 Het is nog onduidelijk of jongeren die voor hun 18e aan een hbo-opleiding zijn begonnen, ook stage mogen lopen. Zie het advies ter zake van Defence for Children op www.ilegaalkind.nl: jongeren die problemen ondervinden tijdens hun hbo-opleiding, kunnen op zoek gaan naar een stageplaats waar geen tewerkstellingsvergunning wordt gevraagd, of een vervangende stage doen zoals een onderzoeksstage. Hierbij is meestal geen tewerkstellingsvergunning nodig.

26 Kennelijk was het in juni 2013 gepubliceerde Besluit houdende tijdelijke wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen dat verband houdt met een uitzondering op het verbod om een vreemdeling te laten werken zonder tewerkstellingsvergunning

→

De spagaat waarin ook dit kabinet verzeild lijkt te raken door de moeilijk te verenigen beleidsdoelstelling om illegaliteit te bestrijden aan de ene kant en het recht op onderwijs te waarborgen aan de andere kant is mogelijk debet aan het gebrek aan voortgang rond dit thema. Begin 2013 laaide er nog discussie op over de vraag of binnen het kabinetsbeleid bij een opleiding in de beroepsbegeleidende leerweg (bbl) primair sprake is van onderwijs (werkend leren) of van arbeid (lerend werken).²⁷ De ministers van OCW en van SZW constateren dat bij een bbl-opleiding sprake is van lerend werken. Dat betekent dat in tegenstelling tot illegaal in Nederland verblijvende jongeren die een opleiding in de beroepsopleidende leerweg volgen, voor jongeren die een bbl-opleiding volgen geen uitzondering wordt gemaakt op de tewerkstellingsvergunningplicht.²⁸ Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen mbo'ers zonder een verblijfsstatus die een beroepsopleidende leerweg (bol) of een beroepsbegeleidende leerweg (bbl) volgen, als het gaat om de mogelijkheid om stage te lopen was voor Heerma c.s. aanleiding tot indiening van een motie die beoogde dit onderscheid ongedaan te maken.²⁹ Zijn motie is verworpen.³⁰

Wel heeft minister Asscher op 26 juni 2013 zijn toezegging om de mogelijkheden te onderzoeken om illegaal in Nederland verblijvende jongeren in het land van herkomst stage te laten lopen bij terugkeer gestand gedaan. Mede namens de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie moest hij de Kamer echter meedelen dat stages volgen in het land van herkomst geen heilzame weg is: het kabinet ziet geen mogelijkheid om vreemdelingen na vertrek uit Nederland alsnog onderwijs of stages aan te bieden. Het aanbieden van onderwijs is dan de verantwoordelijkheid van het land van herkomst.³¹

Tot slot

In deze bijdrage stond de positie van de 'illegale' mbo'er centraal. Het verdragsrechtelijke recht op onderwijs, het nationale onderwijsrecht dat voorschrijft dat jongeren voor hun achttiende ongeacht op welke wijze ze hier verblijven recht op onderwijs hebben, de WEB, die onderwijs en praktijk onlosmakelijk aan elkaar verbindt en de Wav, die zegt dat zonder verblijfspapieren

ning bij het produceren van goederen waarbij de afnemer intensief betrokken is, eenvoudiger te realiseren (*Stb.* 2013, 263).

27 Dat gebeurde tijdens het algemeen overleg van 22 januari 2013 (*Handelingen II* 2012-2013, nr. 42, item 22, p. 43-47).

28 *Kamerstukken II* 2012-2013, 32 144, nr. 22.

29 *Kamerstukken II* 2012-2013, 29 544, nr. 450.

30 *Handelingen II* 2012 -2013, nr. 90 (Stemmingen arbeidsmarktbeleid 4 juni 2013 TK 90-9-20).

31 *Kamerstukken II* 2012-2013, 32 144, nr. 23.

geen arbeid verricht mag worden, zijn de elementen die om voorrang strijden in dit dossier. Veel maatschappelijke organisaties hebben in de afgelopen jaren kenbaar gemaakt dat ze willen dat illegalen stage kunnen lopen. Ook de Stichting voor Vluchteling-Studenten UAF die zich ten doel stelt hoger opgeleide vluchtelingen (vanaf mbo niveau 3) te ondersteunen bij het verwerven van een passende maatschappelijke positie door hen te steunen bij het realiseren van hun studieplannen en bij het verwerven van een plaats op de arbeidsmarkt die aansluit bij hun opleiding en capaciteiten, heeft zich beijverd om stages voor illegaal verblijvende asielzoekers (dat wil zeggen asielzoekers van wie nog niet beoordeeld is of ze vluchteling zijn) mogelijk te maken.³²

Hoewel X. de nodige drempels over moest om een procedure aan te spannen, heeft hij dit met succes gedaan. Allereerst heeft de rechtbank Den Haag geoordeeld dat het volgen van een stage onder het recht op onderwijs valt. De opvolger van Kamp als minister van SZW, Asscher, die als wethouder in Amsterdam al tegenover Kamp had gestaan waar het ging om het aanbieden van stages, besloot eind 2012 om het hoger beroep tegen die uitspraak in te trekken. Hij zegde toe dat de uitzonderingspositie in het Besluit uitvoering Wav per 1 juli 2013 geregeld kon zijn. Bij het afronden van deze bijdrage ligt het concept wijzigingsbesluit nog bij de Raad van State voor advisering. Bij een kabinetsbeleid dat gericht is op het zo onaantrekkelijk mogelijk maken van de positie van illegalen door het illegaal zijn zelfs met straf te bedreigen, is het kennelijk geen eenvoudige opgave om een eind te maken aan een bizarre situatie door dit dossier in het voordeel van illegaal verblijvende studenten af te sluiten. Het wachten is op het *Staatsblad* waarin het Besluit staat dat bevestigt dat het tegengaan van illegaliteit in zaken zoals die van X. het onderspit moet delven ten opzichte van de taak van de overheid om illegaal verblijvende jongeren de gelegenheid te geven hun recht op onderwijs ten volle te realiseren. Alleen dat kan een *happy end* betekenen voor de onderwijscarrière van de X'en in Nederland.

Nawoord

XX heeft op 18 december 2012 zijn stageperiode afgesloten met een presentatie. Zijn begeleiders waren hierbij aanwezig. Op 31 januari 2013 is het MBO-diploma aan X. uitgereikt. X. zou daarna naar zijn geboorteland vertrekken om aldaar een verblijfsvergunning voor Nederland aan te vragen. Hij heeft

³² Zie de brief van UAF d.d. 6 december 2012 terzake van de begrotingsbehandeling SZW (www.uaf.nl). Wellicht ten overvloede zij vermeld dat Roel Fernhout bestuurslid is van de UAF.

zich ingeschreven voor een HBO-studie in Nederland. Of dat ook een succesverhaal wordt, is thans nog ongewis.