

Kinderpardon: een potje Afdelingspolitiek - Corrien Ullersma

Centraal in deze Opinie staat het Kinderpardon. De tijd is gevorderd en inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) oordelen geveld over de meeste fundamentele kritiekpunten op de Overgangsregeling Langdurig Verblijvende Kinderen; het Kinderpardon (WBV 2013/1; hierna ook: de Regeling). Tijd voor het opmaken van de balans dus. In deze opinie een deel daarvan. Hier volgt een terugblik en overzicht van het verloop van het Kinderpardon inzake het toezichtcriterium en worden in dat kader de vier uitspraken van de Afdeling van 4 maart 2015 besproken. Ik zal de conclusie maar meteen op tafel gooien; er is bijzonder weinig aan te bejubelen.

Kinderpardon - de voorwaarden

Het Kinderpardon is onderdeel van het regeerakkoord van 29 oktober 2012. Eerder verschenen artikelen in dit tijdschrift bespreken de inhoud en verwachte obstakels van de Regeling.¹ Hier worden in het kort de voorwaarden genoemd, zoals deze in de Regeling staan vermeld (WBV 2013/1; paragraaf B22/3 Vc 2000):

De IND verleent een vergunning aan de vreemdeling die in het kader van de regeling als hoofdpersoon kan worden beschouwd:

- a. die jonger is dan 21 jaar op de startdatum van de peilperiode;*
- b. die zelf, dan wel ten behoeve van wie, op de startdatum van de peilperiode tenminste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag als bedoeld in artikel 28 Vw (asielaanvraag) heeft, dan wel is, ingediend bij de IND en na die aanvraag tenminste vijf jaar in Nederland heeft verbleven;*
- c. die zich gedurende de periode van verblijf in Nederland niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden heeft onttrokken aan het toezicht van IND, DT&V, COA of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de meldplicht), of in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen, van voogdijinstelling Nidos; én*
- d. die, voor zover van toepassing, vooraf schriftelijk heeft aangegeven dat hij zijn lopende procedures onvoorwaardelijk intrekt bij verblijfsverlening op grond van de regeling.*

Daarnaast geldt een aantal contra-indicaties, die tot afwijzing leiden als deze van toepassing zijn op de hoofdpersoon óf een van zijn gezinsleden. Het gaat om het vormen van een gevaar voor de openbare orde (inclusief artikel 1F Vl) of nationale veiligheid, het al in bezit zijn van een verblijfsvergunning (behoudens enkele uitzonderingen), EU-onderdaan zijn, het twee of meer keer een onjuiste identiteit of nationaliteit hebben opgegeven, en het aantoonbaar hebben verlaten van de EU.

Aanvragen konden tot 1 mei 2013 worden ingediend. Naast het Kinderpardon is voorzien in een Definitieve Regeling voor langdurig verblijvende kinderen, eveneens bepaald in WBV 2013/1.

¹ Zie Asiel&Migrantenrecht 2013, nr. 4 - Pardon kinderen! De regeling langdurig verblijvende kinderen - M.L. van Riel, ve13001179; Asiel&Migrantenrecht 2013, nr. 7 - Het ene gewortelde kind is het andere wél - C.A.F.M. Grütters, E.C.C. van Os, ve13002122; Asiel&Migrantenrecht 2013, nr. 9 - De Regeling langdurig verblijvende kinderen: Tussen pardon en kinderrecht - C.J. Ullersma en J. Werner, ve13002487.

Het toezichtcriterium

Een groot pijnpunt in de uitvoering van het Kinderpardon is het toezichtcriterium; de onder c genoemde voorwaarde. De hoofdpersoon of een van zijn gezinsleden mag zich niet langer dan drie maanden hebben onttrokken aan het toezicht van de Rijksoverheid, gedefinieerd in vier instanties; IND, DT&V, COA en Vreemdelingenpolitie, en bij een alleenstaande minderjarige vreemdeling (amv) het Nidos. De voorwaarde is in de Regeling als volgt nader toegelicht²:

De IND neemt aan dat sprake is van niet langdurig onttrokken aan het toezicht indien de vreemdeling en zijn eventuele gezinsleden:

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

De datum 27 juli 2010 is gekozen naar aanleiding van het arrest van het Gerechtshof Den Haag van die datum, waarin werd vastgesteld dat de overheid geen gezinnen met minderjarige kinderen op straat mag zetten, waarna de gezinslocaties zijn ingesteld.³

Deze voorwaarde leidde al snel tot commotie. Anders dan velen hadden gedacht of erin hadden gelezen, bleek de staatssecretaris bij de uitvoering van de Regeling zeer streng vast te houden aan ‘Rijksoverheid’, waaronder dus alleen de genoemde instanties vallen. Gemeentelijk toezicht werd ervan uitgesloten. Het in de Regeling genoemde ‘onttrekken aan toezicht’ werd gelijkgesteld met ‘buiten beeld zijn’. Dat betekende in de praktijk dat een gezin dat bij de gemeente, scholen, sportclubs etcetera bekend was en nooit was ondergedoken, toch nul op het rekest kreeg.

Gemeenten roerden zich rap. In de aanloop naar het debat over het Kinderpardon in de Tweede Kamer op 12 maart 2013, bracht de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) hun knelpunt ten aanzien van het onderscheid tussen Rijks- en gemeentelijk in beeld zijn al schriftelijk onder de aandacht⁴. In dat debat hield staatssecretaris Teeven zonder een duimbreed toe te willen geven vast aan de voorwaarde van het Rijkstoezicht. Wel zegde hij toe dat hij het Kinderpardon wat betreft de toezichtvoorwaarde niet ‘als een kruidenier’ zou uitvoeren.⁵

Hoe anders bleek de werkelijkheid. In brieven van 27 september 2013 en 19 november 2013 gaf de staatssecretaris de actuele stand van de uitvoering van het

² WBV 2013/1, Stscrt. 2013, 2573, p. 6.

³ Gerechtshof Den Haag 27 juli 2010 (tussenvonnissen), LJN: BN2164, JV 2010/328, ve10001110) en Gerechtshof Den Haag 11 januari 2011 (einduitspraak), JV 2011/91, ve11000069, RV 2011/92, m.nt. Slingenberg en Werner.

⁴ Brief VNG 7 februari 2013, ve13000402.

⁵ TK 19637, HAN 60 - Debat Regeling langdurig verblijvende kinderen [ongecorrigeerd] op 12 maart 2013; ve13000497.

Kinderpardon weer.⁶ Die stemde niet al te hoopvol; er was op dat moment aan ongeveer 620 kinderen een pardonstatus verleend, ruimschoots meer dan de helft van het aantal aanvragen was afgewezen. De VNG en Kinderombudsman riepen tussentijds op om ook gemeentelijk toezicht te erkennen.⁷ Bij brief van 14 april 2014 werden de definitieve cijfers over het Kinderpardon gepresenteerd.⁸ Er bleken 675 kinderen onder te zijn gevallen. Er waren ongeveer 300 afwijzingen op basis van het toezichtcriterium.

Toen bleek de staatssecretaris veel méér de kruidenier te zijn geweest dan hij had beloofd. De cijfers waren het startsein voor een hevige protestbeweging, een inktvlek die steeds groter werd. Een dag na de presentatie, op 15 april 2014, vroeg de Kinderombudsman de staatssecretaris om opheldering vanwege het hoge aantal afwijzingen en de vrees dat de aanvragen niet vanuit de belangen van het kind waren beoordeeld. Toen de staatssecretaris het bestond de brief van dit Hoog College van Staat gewoonweg te negeren, publiceerde de Kinderombudsman een groot aantal dossiers. Burgemeester Ostendorp van de gemeente Bunnik nam daarnaast het voortouw in acties voor zijn op dit toezichtcriterium afgewezen gemeentebewonertje Shenjun. Hij schreef een brief over het in beeld zijn bij de gemeente, die als een lopend vuurtje door burgemeestersland ging en uiteindelijk door ongeveer 80% van de burgemeesters werd getekend.⁹ VNG en Landelijk Overleg Gemeentebesturen inzake Opvang- en terugkeerbeleid (LOGO) riepen hun achterban op zich te voegen in de initiatieven. Diverse hoogleraren klommen in de pen en verbaasden zich openlijk over het gebrek aan het gebrek aan aandacht voor kinderrechten bij de uitvoering van het Kinderpardon¹⁰. Het initiatief 'Eerlijk Kinderpardon!' voerde - en voert - ook actie.¹¹ Kortom; de maatschappelijke onrust én actiebereidheid was groot.

Op 28 mei 2014 vond mede ingegeven door die commotie een hoorzitting in de Tweede Kamer plaats over het toezichtcriterium. De daar opgedane inzichten leidden bij de parlementsleden niet tot een eis van de meerderheid van hen aan de staatssecretaris om de uitvoering van het Kinderpardon te wijzigen. In het Algemeen Overleg (AO) van 4 juni 2014 zegde Teeven toe nog eens naar een aantal 'buiten beeld'-zaken te gaan kijken, als burgemeesters hem die, voorzien van nieuwe omstandigheden, zouden voorleggen¹². Dat betekende dus geen wijziging van de regeling, maar toepassing van de discretionaire bevoegdheid. Het grote probleem daarmee is, zoals Teeven tijdens het AO zelf zei: 'ik doe dit in stilte en aan de achterkant'. De beoordeling is dus niet te controleren, niet voor het parlement, niet voor de rechter. Dat werkt willekeur in de hand. Tegelijk is weinig begrijpelijk dat de staatssecretaris zo weinig gevoel toonde voor de maatschappelijke commotie, die zich in overweldigende aantallen (80% van de burgemeesters!) sterk maakte voor een aanpassing van een aantal pijnpunten van het Kinderpardon. De 'stille' beoordeling

⁶ TK 19637, 1724 - Aanbiedingsbrief en Rapportage Vreemdelingenketen periode januari-juni 2013, ve13001916 en TK 19637, 1756, ve13002413.

⁷ Zie bijvoorbeeld het persbericht van 20 november 2013; <http://www.vng.nl/persberichten/13-11-20/kinderombudsman-en-vng-pleiten-voor-rechtvaardige-uitvoering-kinderpardon>

⁸ TK 19637, 1809, ve14000675.

⁹ via <http://www.logogemeenten.nl/dossier-kinderpardon>.

¹⁰ Artikel De Volkskrant 17 juni 2014, De Staat als bedreiging voor de ontwikkeling van het kind', Bruning, Doek, Kalverboer, Liefwaard, Rodrigues.

¹¹ Gevormd door Defence for Children, Vluchtelingenwerk Nederland, Stichting INLIA, Kerk in Actie en Stichting LOS.

¹² TK 19637, 1874 - Verslag AO vreemdelingen en asielbeleid 4 juni 2014, ve14001307.

leverde op dat bij brief van 24 september 2014 bekend gemaakt werd dat er nog 50 gezinnen een status werd verleend.¹³ De gronden voor de gewijzigde conclusie in die zaken bleven grotendeels ongekend.

De uitspraken

Tot zover de maatschappelijke en bestuurlijke achtergrond en ontwikkelingen. Ondertussen waren er natuurlijk vele zaken aan de rechter voorgelegd om te oordelen over de juridische houdbaarheid van het toezichtcriterium. De uitspraken gingen alle kanten op. De blikken werden gericht op de Afdeling en deze beslechtte in vier uitspraken van 4 maart 2015 de geschillen over de toepassing van het toezichtcriterium. In elk van de uitspraken is een specifiek geschilpunt inzake het criterium behandeld. Het is in te delen in de volgende onderwerpen: rechterlijke toetsing en interpretatie terminologie ‘buiten beeld zijn’ en ‘onttrekken aan toezicht’; Rijks- versus gemeentelijk toezicht; (on)gerechtvaardigd onderscheid tussen kinderen in het kader van toezicht op grond van artikel 14 EVRM. Ik bespreek de zaken in die volgorde en zal daarbij per zaak enkele opmerkingen plaatsen.

Terminologie Regeling en intensiteit rechterlijke toetsing

In deze uitspraak wordt het kader omtrent de duiding van het toezichtcriterium geformuleerd, waarnaar in de andere zaken wordt verwezen. Het gaat om de wijze van rechterlijke toetsing en om de invulling van en verhouding tussen de begrippen ‘onttrekken aan toezicht’ en ‘buiten beeld zijn’.¹⁴

Casus

De zaak gaat om een hoofdpersoon en twee gezinsleden die volgens verweerder buiten beeld zijn geraakt toen DT&V hun dossier op 28 januari 2010 afsloot. In de toetsperiode, gerekend vanaf 27 juli 2010, voldeden zij dus niet aan het toezichtcriterium en is hun aanvraag afgewezen. De rechtbank Arnhem toetst vol (r.o. 12) en oordeelt op grond van de tekst en bespreking van de Regeling in de Tweede Kamer dat ‘buiten beeld zijn’ en ‘onttrekken aan toezicht’ dezelfde inhoud heeft, en zo moet worden begrepen dat daarmee is bedoeld de vreemdeling uit te sluiten ‘indien hij zich door eigen handelen actief heeft afgekeerd van het uitgeoefende toezicht van het rijksorgaan, en daarmee een bewuste keuze heeft gemaakt om niet uit Nederland te vertrekken maar hier illegaal te verblijven’ (r.o. 13 en 14).¹⁵ Om te kunnen spreken van ‘onttrekken aan toezicht’ dient volgens de rechtbank sprake te zijn van een actieve handeling of bewust nalaten.

De Afdeling oordeelt anders. Allereerst acht de Afdeling niet zonder meer duidelijk welke betekenis aan de begrippen ‘onttrekken aan toezicht’ en ‘uit beeld zijn’ toekomt, zodat deze ‘nadere invulling behoeven van de staatssecretaris’ en de rechtbank terughoudend in haar toets dient te zijn (r.o. 4.1). Die marginale toets wordt vervolgens op de volgende wijze toegepast:

¹³ 23 op discretionaire gronden, vanwege individuele schrijnende omstandigheden en 27 op andere gronden waaronder asiel.

¹⁴ ABRvS 4 maart 2015, 201405813/1/V1, ve15000396.

¹⁵ Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Arnhem, 1 juli 2014, AWB 14/2512, ECLI:NL:RBDHA:2014:8015.

5.1. Nu de staatssecretaris in het beleid aan het begrip 'onttrekken aan het toezicht' de betekenis 'uit beeld zijn' heeft toegekend, heeft hij in de context van de Regeling in redelijkheid voor de uitleg van het eerste begrip kunnen aansluiten bij de uitleg van dat laatste begrip. Daarbij heeft hij in redelijkheid de eis kunnen stellen dat een niet rechtmatig hier te lande verblijvende vreemdeling inspanningen verricht om in beeld te blijven bij de in de Regeling vermelde instanties in de vreemdelingenketen.

De Afdeling draait het dus om; waar de rechtbank zei dat 'buiten beeld zijn' hetzelfde dient te zijn als 'onttrekken aan toezicht' en onttrekken een handeling vergt, zegt de Afdeling dat 'onttrekken' is ingevuld als 'buiten beeld zijn', en dat dit dus van de vreemdeling inspanningen vergt om IN beeld te zijn.

In deze zaak kan die uitleg de staatssecretaris overigens niet baten, omdat het sluiten van een dossier door DT&V zonder melding daarvan aan de betrokken vreemdeling, betekent dat die vreemdeling niet op de hoogte is dat zij of hij buiten beeld is geraakt. Het beroep bleef daarom gegrond, maar op verbeterde gronden, zoals dat heet.

Opmerkingen

1. De rechterlijke toets

Over deze uitspraak valt veel te zeggen. Te beginnen met de wijze waarop wordt omgegaan met het toetsen van besluiten genomen op grond van een discretionaire regeling. Ik begrijp in zijn algemeenheid dat een discretionaire regeling, 'tot het instellen waarvan de staatssecretaris niet gehouden is op grond van enige internationale of wettelijke verplichting',¹⁶ een zekere mate van vrijheid impliceert bij het opstellen van de regels voor die regeling. Maar het gevaar van willekeur en onaantastbaarheid van keuzes ligt op de loer.

Tegen die achtergrond rijst de vraag naar de wijze van toetsing van de opgestelde beleidsregels.¹⁷ In het algemeen geldt dat het bestuur, de politiek, het beleid vaststelt. De rechter zal niet zijn eigen mening daarover geven – of hij het eens is met het beleid speelt in zijn toetsing geen rol; hij moet het recht uitleggen. Of het vastgestelde beleid redelijk is, zal de rechter daarom marginaal toetsen. De vraag is hoe de rechter de interpretatie van een beleidsregel toetst. De Afdeling heeft daarover geoordeeld: 'Wat het beleid inhoudt, of dat in strijd is met wettelijke voorschriften of algemene rechtsbeginselen, en of sprake is van bijzondere omstandigheden in het licht van het beleid, zijn aspecten die voor volledige toetsing door de rechter in aanmerking komen.'¹⁸ De wijze waarop een bestuursorgaan een beleidsregel interpreteert, dient dus vol te worden getoetst. In een beleidsregel staan dikwijls termen die niet altijd op het eerste oog duidelijk en zonder nadere uitleg of context toepasbaar zijn. De volgens Groenewegen uit jurisprudentie volgende vuistregel is dat als de term beter kan worden ingevuld door het bestuur (bijvoorbeeld vanwege een bepaalde expertise), de rechter beoordelingsvrijheid aanneemt en terughoudend toetst. In de overige gevallen dient dus vol te worden getoetst.¹⁹

¹⁶ Zie onder meer ABRvS 22 oktober 2014, 201402671/1/V1, ECLI:NL:RVS:2014:3867, r.o. 5.2.

¹⁷ Dit stuk over de wijze van toetsing steunt goeddeels op het artikel van dr. F.T. Groenewegen, 'De rechterlijke toets van de interpretatie van beleidsregels, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2010 (4), p. 85-92.

¹⁸ ABRvS 10 januari 2007, 200606105/1 e.a., AB 2007, 93.

¹⁹ De praktijk toont echter volgens Groenewegen op dit punt een weerbarstig beeld van volle en marginale toetsen. Dat hangt onder meer samen met de terminologie van de beleidsregel, of de

In de onderhavige uitspraak zien we hoe de Afdeling met de eigen standaard, zoals hierboven geciteerd, omgaat. Want onder verwijzing naar die uitspraak²⁰ stelt de Afdeling dat de rechter de uitleg van een beleidsregel of een daarin voorkomend begrip vol kan toetsen, *tenzij die regel of dat begrip nadere invulling behoeft*. Gesuggereerd wordt dat er in geval van noodzaak tot nadere invulling altijd marginaal getoetst zou moeten worden. Dat lijkt mij ten eerste gezien het voorgaande onjuist. De rechter is bevoegd om de betekenis van beleidsregels vast te stellen, daarmee legt hij het recht uit. Als het bestuur de meest aangewezen instantie is om de regel nader in te vullen, dan zal de rechter terughoudend horen te zijn. Anders niet, dan hoort hij de interpretatie vol te toetsen. Daarnaast haal ik een dergelijke stelregel evenmin uit de genoemde uitspraak. De zaak betrof de verdeling van zendtijd aan radio- en televisieomroepen.²¹ In het ter zake toepasselijke beleid stond een begrip ('daadwerkelijke affiniteit') dat niet gedefinieerd was in het beleid. De Afdeling geeft aan dat het begrip nadere invulling behoeft (door de beleidsmaker) en oordeelt daarover: "Dit betekent echter niet, gelet ook op de (...) gegeven nadere toelichting op dit begrip, dat het een onvoldoende duidelijk (toets)criterium is."²² Ik leid eruit af dat de Afdeling vond dat het op het bordje van het bestuur lag om de regel nader in te vullen. Toch toetst de Afdeling tegelijk of het toetscriterium voldoende duidelijk is. Gezien de aldaar aan de orde zijnde casuspositie, kan er dus geen stelregel gemaakt worden van deze overweging dat vanwege de noodzaak tot nadere invulling de toets *dus* terughoudend is.

Voortvloeiend uit het voorgaande, kan gezegd worden dat in het kader van de toets van interpretatie van beleid, overkoepelend, dient te worden beoordeeld of er sprake is van een voldoende duidelijk toetscriterium – een volle toets want het betreft de vaststelling van de betekenis van beleid. Daarbij spelen de vragen of nadere invulling van begrippen nodig is en hoe dat getoetst wordt.

De Afdeling is in de onderhavige zaak de toets of sprake van een voldoende duidelijk (toetsing)criterium, naar mijn mening vergeten. In het ter toetsing voorliggende beleid zien we dat in één beleidsregel twee begrippen door elkaar worden gebruikt, 'onttrekken aan toezicht' en 'in beeld zijn', waarvan de betekenis niet duidelijk en op het oog op zijn minst niet hetzelfde is; gaat het nu om onttrekken aan toezicht, of om buiten beeld zijn, of moet dat als hetzelfde worden gezien en zo ja hoe dan. Een wezenlijk deel van de inhoud van een beleidsregel dient dus te worden opgehelderd. De Afdeling houdt het erbij dat het, omdat de betekenis van de begrippen niet meteen duidelijk is, aan de staatssecretaris is om deze nader in te vullen, en de rechter dat terughoudend dient te toetsen.

Ik denk dat de Afdeling terecht heeft geoordeeld dat de begrippen nader dienden te worden uitgelegd door de staatssecretaris – de rechtbank ging wellicht wat hard door de bocht door de begrippen zelf inhoudelijk aan elkaar te knopen. Het lijkt voor de hand te liggen dat het bestuur, dat de regel heeft vastgesteld, om een uitleg gevraagd wordt; de opvatting van het bestuur over de interpretatie van een beleidsregel is relevant.

invulling van de term een bepaalde bij het bestuur bestaande expertise vergt, maar is voor een groot deel niet verklaarbaar.

²⁰ Een ketenverwijzing die via andere uitspraken bij genoemde uitspraak uitkomt.

²¹ ABRvS 10 januari 2007, 200606105/1 e.a.

²² idem, r.o. 2.7

Maar de rechter dient deze uitleg vervolgens vol te toetsen, en deze niet alleen op tekstuele begrijpelijkheid te beoordelen, maar ook in de context van parlementaire geschiedenis, ratio en doel van de Regeling. Daarmee legt de rechter het recht uit. En dat is zijn taak.

Een marginale toets werkt in de hand dat een bestuursorgaan pas ná het opstellen van het beleid de interpretatie ervan pas bepaalt in een individuele beslissing. Dat verdraagt zich naar mijn mening niet met de eisen van kenbaarheid en inzichtelijkheid van overheidshandelen voor de burger. Aan die eisen dient vóóraf te worden voldaan, in het beleid, en niet eerst in een (negatief) besluit. Een marginale rechterlijke toets verhoudt zich evenmin, omschrijft Groenewegen, tot artikel 4:84 Awb, waarbij de rechter toetst of het bestuur zich houdt aan zijn beleid. In dat kader beoordeelt de rechter wat de juiste betekenis van het beleid is, en of het bestuursorgaan de beleidsregel volgens die betekenis toepast. Dat moet een volle toets zijn, anders is het bestuur eigenlijk niet gebonden aan de beleidsregel, omdat het niet wordt gehouden aan de juiste betekenis van die regel. Die kan het bestuur immers naar eigen believen invullen, en de rechter kijkt vanaf een afstandje toe.

De Afdeling walst hier dus echter overheen. Heel kort gezegd komt de lijn van de Afdeling erop neer dat de bewoordingen van de Regeling inderdaad bepaald niet allemaal uitblinken in helderheid en dat om die reden de staatssecretaris zelf mag bepalen hoe hij het uitlegt, want de rechter mag onduidelijke terminologie slechts terughoudend toetsen. In tegenstelling tot duidelijke terminologie, die mag vol worden getoetst. Je kunt je afvragen of een dergelijke lijn de kwaliteit van beleidsregels – of de prikkel om deze zo goed mogelijk te formuleren - ten goede zal komen.

In dit geval had de rechter gezien de volle toets van de betekenis van beleid daarover zelf dienen te oordelen. Volstaan met het klakkeloos aanvaarden van de uitleg van de staatssecretaris doet de taak van de rechter hierin geen recht. Nader invullen is namelijk niet hetzelfde als verschil in betekenis van meerdere begrippen proberen glad te strijken. In dit geval zou naar mijn mening vanwege de onduidelijkheid in de tekst, het verwarrende gebruik van de verschillende begrippen -zoals ook de Afdeling vindt, de conclusie dienen te zijn dat er dientengevolge in dit beleid geen sprake is van een voldoende duidelijk (toetsing)criterium. Dan dient de rechter vervolgens zelf de betekenis van het beleid op dit punt vast te stellen. De uitleg van de staatssecretaris, hoe deze de genoemde begrippen ziet, is daarin slechts één van de te betrekken aspecten, naast de parlementaire geschiedenis en het doel van de Regeling. Als bijvoorbeeld ‘onttrekken aan toezicht’ het enige gebruikte begrip in de Regeling was, dan zou de staatssecretaris die norm nader kunnen invullen. De rechter zou dan toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid kon concluderen dat een aanvrager zich onttrokken had. Ook in dat geval zou de burger er naar mijn mening bekaaid van af komen wat betreft de rechtsbescherming, en zou men er júst binnen de normen van een discretionaire regeling goed aan doen zoveel mogelijk een concrete definitie in de Regeling neer te leggen, zodat deze vooraf aan de toepassing ervan kenbaar is.

Wanneer het bovendien gaat om een discretionaire regeling, waarvan de Afdeling zegt dat de staatssecretaris ‘veel vrijheid’ heeft bij het vaststellen van de criteria, hebben we te maken met een dubbele marginale toets: van de Regeling en van de beleidsregels erin als deze maar vaag genoeg zijn geformuleerd. Daardoor is sprake van een zeer karige rechtsbescherming, in plaats van een extra kritische rechtersblik

juist omdat het een discretionaire regeling is. Daardoor krijgt de burger feitelijk geen kans om de onttrekkingsvoorwaarde van de Regeling inhoudelijk getoetst te krijgen door een rechter.

Het herhaaldelijk benadrukken van de vrijheid van de staatssecretaris en bijkomende drang naar de marginale toets, laat een wrang gevoel achter, namelijk dat de burger in deze Regeling niet op (stevige) rechtsbescherming hoeft te rekenen. Een gegeven paard als dit hoort de rechterlijke macht behoorlijk in de bek te kijken. Al was het alleen al vanwege de zwaar politieke achtergrond van deze Regeling, die *en plein public* over de hoofden van de in even zo grote hoop als onzekerheid levende kinderen wordt uitgevochten. De rechterlijke macht dient zich de rol van rechtsbeschermers in dergelijke gevallen nog serieuzer aan te meten. Het is de burger die beschermd moet worden tegen de grillen van de overheid, en niet andersom. De dubbele marginale toets die de Afdeling ten aanzien van deze invulling van de Regeling heeft aangemeten, laat de indruk na dat de nationale rechter dus niet thuis geeft aan de burger. De kinderen hebben daardoor geen rechtsingang om de deugdelijkheid van de Regeling en zijn voorwaarden getoetst te krijgen.

2. Onttrekken aan toezicht en buiten beeld zijn

De Afdeling oordeelt in deze uitspraak tevens over de verhouding tussen en invulling van de begrippen ‘buiten beeld zijn’ en ‘onttrekken aan toezicht’, zie r.o. 5 en 5.1.

De achtergrond van die begrippen in het heel kort: in het regeerakkoord,²³ waarin het Kinderpardon is overeengekomen, staat dat een kind zich niet langdurig mag hebben onttrokken aan het toezicht van de rijksoverheid. Het is in de Regeling uitgewerkt als het niet langer dan drie maanden uit beeld zijn geweest. Waar de meeste redelijk denkenden alleen al om taalkundig ingegeven redenen ervan uitgingen dat ‘onttrekken’ en activiteit behelst en ‘in beeld zijn’ een passieve bezigheid is, en dit daarom niet over een kam mag worden geschoren bleek de IND dat anders te zien. Verschillende rechtbanken trokken een streep door die zienswijze.²⁴

De Afdeling zegt letterlijk, vanwege de zelfverkozen uiterst marginale toets (eerste zin r.o. 5.1): als de staatssecretaris aan ‘onttrekken’ de betekenis toekent van ‘buiten beeld zijn’ dan is dat zo. Oftewel: als de staatssecretaris zegt dat die zwarte koe paars is, dan dient men volgens de Afdeling ervan uit te gaan dat die koe paars is. Daar gaan we verder geen vragen over stellen.

De Afdeling volgt de redenering van de staatssecretaris die in r.o. 5 staat samengevat. Die luidt dat een niet rechtmatig verblijvende vreemdeling actief in contact dient te treden en blijven met de genoemde rijksoverheidsinstanties. Wie buiten beeld is van de genoemde instanties onttrekt zich dus aan het toezicht. Want van de vreemdeling wordt verwacht dat hij zich na een verloren procedure zelf tot DT&V wendt, zich aan zijn meldplicht bij de Vreemdelingenpolitie houdt of een andere aanvraag indient bij de IND.

²³ Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD - PvdA, www.rijksoverheid.nl/regering/regeerakkoord

²⁴ Naast de rechtbank Arnhem, zie ook rechtbank Zwolle (mk), AWB 13/29485, 1 september 2014, ve14001399.

De Afdeling vindt (r.o. 5.1) deze eis niet tegenstrijdig met de uitleg van de staatssecretaris in het debat over het kinderpardon van 12 maart 2013²⁵ en in zijn brief van 22 februari 2013²⁶ waarin hij uiteenzet dat het de bedoeling is om vreemdelingen die zich jarenlang hebben onttrokken aan toezicht en een leven in de illegaliteit verkozen, nu een kinderpardonvergunning zouden kunnen krijgen. Want: *De staatssecretaris heeft zich in dit verband in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat een niet rechtmatig verblijvende vreemdeling die geen inspanningen verricht om in beeld te blijven bij voormelde instanties in de vreemdelingenketen, berust in zijn onrechtmatige verblijf en aldus een leven in de illegaliteit verkiest.*

Die motivering laat te wensen over. Jarenlang onttrekken en illegaliteit verkiezen is naar mijn mening toch echt iets anders dan actief in contact proberen te blijven. Bij de duiding van een zo fundamenteel onderdeel van de toezichtsvoorwaarde is het merkwaardig dat de Afdeling in het geheel niet teruggrijpt op de idee en ratio van de Regeling. Zie de toelichting van het doel en de achtergrond van de Regeling in WBV 2013/1: *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, alsnog in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.

Valt met deze toelichting te rijmen dat het enkele feit dat een betrokkene zich niet actief zou hebben ingespannen om in het vizier van de genoemde instanties te zijn, geen pardonstatus zou krijgen? Integendeel, deze toelichting beziend zou zelfs actief niet meewerken nog niet worden tegengeworpen. De idee is namelijk dat minderjarigen niet de dupe mogen worden van niet meewerken van hun ouders. Hoe kan het zijn dat de Afdeling aan het grotere geheel voorbijgaat, en zo makkelijk genoeg neemt met de uitleg van de staatssecretaris, een uitleg die bovendien pas in de loop van gerechtelijke procedures is gekomen en niet begrijpelijk uit de Regeling volgt?

Zeer onbevredigend is de uitwerking van deze interpretatie op gezinnen die ten onrechte uit de rijksopvang zijn gezet, en die zelfs na de uitspraken van het Gerechtshof Den Haag en de Hoge Raad niet alsnog weer in de rijksopvang werden opgenomen en daardoor aangewezen waren op hulp van kennissen ofwel gemeentelijke opvang²⁷. Dezelfde overheid die aantoonbaar onrechtmatig jegens deze gezinnen gehandeld heeft omdat ze hen nooit uit de opvang hadden mogen zetten, gebruikt dit nu ook nog tegen hen, omdat ze door hun vertrek uit de opvang uit beeld zijn geraakt. Dit lijkt mij een vrij overtuigende vorm van onbehoorlijk bestuur waaraan de Afdeling onbegrijpelijk geheel voorbijgaat.

Evenzo is moeizaam dat de praktijk ten aanzien van de uitvoering van de vreemdelingentaken inzake terugkeerprocessen zeer weerbarstig is. Na het eindigen

²⁵ Handelingen 2012/13, p. 90.

²⁶ Aanhangsel Handelingen II 2013/14, nr. 1394.

²⁷ Zie uitvoeriger hierover het onder voetnoot 1 genoemde artikel in A&MR van Werner en ondergetekende.

van een vreemdelingenrechtelijke procedure wordt de ene cliënt wel maar een andere niet opgeroepen voor een gesprek en traject met DT&V, of van de Vreemdelingenpolitie een meldplicht krijgt opgelegd. Het gaat nogal ver om te vragen van een vreemdeling die buiten de opvang belandt, zelf naar de Vreemdelingenpolitie te stappen en een meldplicht te vragen. Opnieuw een aanvraag indienen voor een verblijfsvergunning bij de IND zou ook een optie zijn, terwijl de staatssecretaris²⁸ er nooit een geheim van heeft gemaakt dat het procedures stapelen zoals dat vreemdelingen vaak wordt verweten – en vaak onterecht – hem een doorn in het oog is en hij zoveel mogelijk nastreeft dat te verminderen. Toch is wat hij in deze Regeling doet precies het tegenovergestelde: hij belooft de door hem verfoeide stapelaars. Die waren immers in beeld bij de IND.

Ik kan de redenering ook niet helemaal begrijpen in het licht van de andere uitspraak die ik hieronder nader bespreek²⁹, waarin de Afdeling vermeldt dat het enkele eindigen van een procedure bij de IND niet automatisch betekent dat men uit beeld raakt, en/of inspanningen moet verrichten om in beeld te komen van DT&V omdat dit ook een dienst is van de staatssecretaris. Dat lijkt haaks te staan op het door de Afdeling genoegzaam aanvaarde standpunt dat de vreemdeling zich tot DT&V dient te wenden om in beeld te zijn.

Er is aan de wijze van beoordeling van de argumenten van de staatssecretaris over de verhouding onttrekken en buiten beeld zijn, en de uitkomst van die beoordeling dus een aanzienlijk aantal vraagtekens te stellen.

Rijks- versus gemeentelijk toezicht

De Afdeling deed tevens twee uitspraken die onder de welhaast als vete te omschrijven ‘Rijk versus gemeente’- noemer kunnen worden geschaard.

Casus

Een ervan gaat om de verhouding tussen de Rijksoverheidsdiensten.³⁰ Een gezin van zes personen werd afgewezen omdat zij na het eindigen van hun verblijfsprocedure vier à vijf maanden, gelegen in de toetsperiode, niet in beeld van DT&V zouden zijn geweest. Nadat hun hoger beroep was afgedaan, had het dus een tijdje geduurd voor zij door DT&V waren opgeroepen. Vaststond dat de betrokkenen na de uitspraak op het hoger beroep niet zelf naar DT&V waren gestapt. De rechtbank Groningen nam net als Arnhem ook aan dat ‘buiten beeld zijn’ dient te worden uitgelegd als ‘onttrekken aan toezicht’ en dat dit een actieve opstelling, keuze, vergt. De rechtbank overwoog dat DT&V het gezin had uitgenodigd kort na de periode waarin zij volgens de staatssecretaris buiten beeld waren geweest, en dat de brief van DT&V waarschijnlijk dus was uitgedaan in het kader van handelingen met betrekking tot het vertrek van het gezin. En daarom was de afwijzing niet goed gemotiveerd.

De Afdeling volgt dat eerste oordeel, zoals hierboven uitgelegd, niet, maar het tweede wel: *‘nu de IND en DT&V beide diensten van de staatssecretaris zijn en derhalve deel uitmaken van hetzelfde bestuursorgaan, valt niet in te zien dat de enkele*

²⁸ Ik bedoel de functie want niet enkel de heer Teeven neemt dit standpunt in.

²⁹ ve15000397.

³⁰ ABRvS 4 maart 2015, 201406488/1/V1, ve15000397.

omstandigheid dat een verblijfsprocedure is geëindigd maakt dat de desbetreffende vreemdeling uit beeld raakt bij de staatssecretaris en daarom inspanningen moet verrichten om bij de DT&V in beeld te komen.'

Kennelijk – zo begrijp ik het – gaan Afdeling en rechtbank ervan uit dat het dossier van een vreemdeling na afdoening van de procedure standaard wordt doorgezonden aan DT&V, een mij bekende handelswijze maar het bevreemdt enigszins dat dit in de uitspraken niet wordt benoemd.

De andere uitspraak betreft een interessanter oordeel, namelijk over het onderscheid Rijksoverheid en gemeentelijke overheid waarbij men in beeld dient te zijn.³¹ Het gezin was afgewezen omdat zij na hun laatste gesprek met DT&V in 2008 tot aan de aanvraag geen contact meer hadden gehad met de in de Regeling genoemde instanties. Het gezin had daartegenin gebracht dat zij ingeschreven stonden in de Gemeentelijke basisadministratie (GBA, nu BRP) en het Basisregister Onderwijs (BRON) en zich dus niet hadden onttrokken, nu dit een actief en bewust verbergen impliceert en het BRON bovendien een rijksdienst betreft. De rechtbank Utrecht was daar niet in meegegaan.

De Afdeling doet dat evenmin en motiveert dat als volgt:

4.1. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van heden in zaak nr. 201405813/1/V1 heeft de staatssecretaris bij de beantwoording van de vraag of een vreemdeling zich heeft onttrokken aan het toezicht, in redelijkheid de eis kunnen stellen dat een niet rechtmatig hier te lande verblijvende vreemdeling inspanningen verricht om in beeld te blijven bij de in de Regeling vermelde instanties in de vreemdelingenketen. Nu die instanties belast zijn met diverse onderdelen van het toezicht op vreemdelingen, zoals regulering van verblijf, opvang en vertrek, heeft de staatssecretaris zich, mede in het licht van de grote mate van beleidsvrijheid die hij heeft bij het vaststellen van de criteria van de Regeling, in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat bekendheid bij andere dan de in de Regeling vermelde instanties niet maakt dat de vreemdelingen voldoen aan het vereiste dat zij zich niet hebben onttrokken aan het toezicht. (...)

De Afdeling stelt dus voorop dat het in beeld zijn uitsluitend is voorbehouden aan instanties in de vreemdelingenketen. Gezien de grote mate van beleidsvrijheid bij het vaststellen van criteria in de Regeling heeft de staatssecretaris volgens de Afdeling in redelijkheid kunnen stellen dat het bekend zijn bij andere instanties niet maakt dat men zich niet onttrokken heeft aan het toezicht.

Opmerkingen

De grote hoeveelheid maatschappelijke, juridische en politieke ophef die er over dit aspect van het toezichtcriterium is ontstaan, van de talloze lokale acties en 80% in het geweer komende burgemeesters, tot de klare taal en daden van de Kinderombudsman en de hoorzitting in de Tweede Kamer, wordt feitelijk in een enkele pennenstreek weggevaagd. Zo leest deze uitspraak. De Afdeling heeft er bijna bewonderenswaardig weinig woorden voor nodig; een combinatie van twee. 'Nu...' en 'beleidsvrijheid'. 'Nu die instanties belast zijn met diverse onderdelen van het toezicht op vreemdelingen...' en de staatssecretaris een grote mate van beleidsvrijheid heeft om

³¹ ABRvS 4 maart 2015, 201403561/1/V1, ve15000391.

criteria vast te stellen. En klaar zijn we. De andere instanties voeren geen vreemdelingentaken uit, *dus* mag de staatssecretaris ze buiten de Regeling houden. Er wordt verder geen woord aan gewijd. Dat is kwalijk. Allereerst al voor het begrip in de maatschappij voor uitspraken van de hoogste rechter. Wanneer de gemoederen over een onderwerp zo hoog oplopen en het op diverse podia aan de kaak wordt gesteld, mag men verwachten dat de rechter die in laatste (nationale) instantie een oordeel velt, zich rekenschap geeft van zijn positie én de wijze waarop het onderwerp in de samenleving leeft, en die rekenschap vertaalt naar zijn uitspraak. Dat betekent benoemen en inhoudelijk kenbaar afwegen. Kritische vragen stellen en de antwoorden in de overwegingen betrekken; waarom die keuze voor rijksoverheid. Waarom is het zo belangrijk dat men in beeld is bij een rijksdienst? Waarom is het niet voldoende dat de betrokkenen traceerbaar waren en gevonden konden worden op het moment dat IND, DT&V of Vreemdelingenpolitie vanuit hun taken contact zouden willen hebben? Waarom is procedures stapelen wel in orde en voor je eigen hachje kunnen zorgen en geen aanspraak maken op rijksvoorzieningen niet? Wat is er zo relevant aan dat onderscheid? Hoe verhoudt het zich tot het doel en de ratio van de Regeling zoals die in de toelichting staat verwoord? Dat soort vragen zou beantwoord terug moeten komen in de overwegingen. Daarmee dient een oordeel te worden gemotiveerd. En nu dat op geen enkele manier het geval is, is het geen begrijpelijke, inzichtelijke uitspraak. De rechtsprekende functie omvat óók de taak het draagvlak voor de uitspraken in de samenleving te bewaken, voor het handelen van de overheid en de wetenschap dat het handelen van de overheid door onafhankelijke rechters indringend en kritisch wordt getoetst. In die zin legt de rechter in en met zijn uitspraak ook verantwoording af naar de samenleving. Van een dergelijke opvatting geeft deze uitspraak geen blijk, en dat is tegelijk jammer en kwalijk.

Inhoudelijk is er eigenlijk weinig over te zeggen, omdat de Afdeling zo summier motiveert. Er wordt bijna volstaan met de verwijzing naar de beleidsvrijheid. Dat is in dit geval ronduit gevaarlijk. Er wordt eenvoudigweg niet werkelijk getoetst. Cruciale vragen over het onderscheid rijks- en gemeentelijk toezicht (hierboven zijn er enkele genoemd) komen niet aan de orde. De lezer en geadresseerde van deze uitspraak blijft met een groot vraagteken boven zijn hoofd achter.

Onderscheid op kader van artikel 14 EVRM

De vierde uitspraak onder de paraplu van het toezichtcriterium, tot slot, betreft in zijn relevantie de beoordeling van de vraag of het onderscheid tussen een kind waarvan de ouders zich niet onttrokken hebben aan toezicht en tussen een kind waarbij dat wel het geval is, gerechtvaardigd is en zich verhoudt tot artikel 14 jo 8 EVRM en artikel 1 van het 12^e Protocol bij het EVRM.

Casus

In dit geval ging het om een gezin waarbij, nadat zij in 2008 uitgeprocedeerd waren geraakt, in een gesprek in 2009 gemeld was dat DT&V hen niet langer zou begeleiden bij hun vertrekplicht en dat hun opvangvoorzieningen werden beëindigd. Nadien had het gezin geen contact meer gehad met de relevante instanties. Wel waren zij bekend in de gemeente Eindhoven. De rechtbank had hun beroep ongegrond verklaard.

In hoger beroep herhaalt de Afdeling het oordeel dat van het gezin een actieve houding wordt verwacht om in beeld te blijven bij de instanties uit de

vreemdelingenketen. Ten aanzien van het onderscheid verwijst de Afdeling (r.o. 5.1 en 5.2) onder meer naar het arrest Bah t. Verenigd Koninkrijk (zaaknr. 56328/07) en benoemt dat voor een onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging dient te bestaan. Beoordeeld dient te worden of het onderscheid een gerechtvaardigd doel dient, het een geschikt middel is om dat doel te bereiken en of middel en doel in redelijke mate evenredig zijn. De staat komt bij de rechtvaardiging van een onderscheid een ‘margin of appreciation’ toe. De reikwijdte van de marge hangt af van het onderwerp en de omstandigheden. Bij een verblijfsstatus, waarbij vaak een keuze-element is, anders dan bij een onveranderlijke persoonlijke eigenschap, is die margin ruimer. De Afdeling oordeelt dat het gezin ervoor heeft *gekozen* zich aan toezicht te onttrekken. In dat verband kan het gedrag van de ouders aan de kinderen worden toegerekend. Op grond van het Butt-arrest (zaaknr. 47017/09) kunnen zwaarwegende redenen van migratiebeleid in beginsel aanleiding zijn het gedrag van een ouder toe te rekenen. Bovendien is de Regeling begunstigend beleid en was de staatssecretaris niet gehouden tot het instellen ervan. Hij heeft dan ook ‘veel beleidsvrijheid’.

Ten aanzien van het doel en middel, heeft de staatssecretaris betoogd dat hij middels dit onderscheid wil voorkomen dat vreemdelingen die in hun onrechtmatige verblijf hebben berust, in aanmerking komen voor deze verblijfsstatus. De Afdeling acht dit onder verwijzing naar Nunez t. Noorwegen (zaaknr. 16567/10) een gerechtvaardigd doel. De Afdeling vindt het middel daarnaast geschikt en evenredig. Dat het in beeld zijn bij de gemeente geen rol speelt, maakt het onderscheid niet disproportioneel, omdat de gemeente geen instantie binnen de vreemdelingenketen is. Het onderscheid is dus gerechtvaardigd, volgens de Afdeling.

Opmerkingen

Het is om te beginnen buitengewoon opvallend dat de Afdeling in het geheel niet toetst aan het discriminatieverbod van het IVRK, neergelegd in artikel 2 lid 2. Dit artikel kan nu juist een toegevoegde waarde worden toegedicht, nu het bijzonder concreet is geformuleerd en daardoor direct toepasbaar kan worden geacht. En nu in de Regeling immers het kind de hoofdpersoon is, bestaat er temeer reden de Regeling en gemaakte onderscheidssituaties te toetsen aan het Kinderrechtenverdrag. Toch is dat volledig uitgebleven en het is gissen naar de reden ervan. Zelfs wanneer het door partijen niet expliciet zou zijn ingeroepen, kan de Afdeling de rechtsgronden ambtshalve aanvullen (ex artikel 8:69 Awb) en een ingeroepen schending van een discriminatieverbod ook begrijpen vanuit het IVRK.

In het eerder aangehaalde artikel van Werner en ondergetekende³² is dieper op het maken van onderscheid en de positie van artikel 2 lid 2 IVRK ingegaan. De positie van het kind en de wijze waarop gedrag van ouders te vaak aan het kind wordt toegerekend wordt op grond van artikel 2 lid 2 IVRK door Werner verder verdiept in zijn artikel in *Asiel & Migrantenrecht* 2015, nr. 1 – p. 17 en verder.

De Afdeling verwijst in de overweging ter beoordeling van de gerechtvaardigheid van het doel naar (onder meer) het arrest Nunez. De verwijzing naar de Hof-jurisprudentie is bijna exemplarisch te noemen voor de wijze waarop deze jurisprudentie in Nederland wordt toegepast. De Afdeling ontdoet dat arrest van alle

³² ve13002487.

specifieke kenmerken en haalt de van belang zijnde overweging aan als het algehele op iedere casus toepasbare geraamte. Terwijl het vlees dat op die botten zit bepaalt hoe het lichaam eruit ziet; is het dik of dun, zwart of wit, gezond of ziek. En dat geldt uiteraard ook voor Nunez. Overwegingen uit dat arrest dienen gezien te worden in de context en vooral toegepast te worden binnen een context. Natuurlijk, *in het algemeen* is het reguleren van immigratie een gerechtvaardigd doel van de staat. Dat is een bot van het geraamte. Maar de Afdeling kan op grond van Nunez niet zeggen dat het *altijd* en ook in dit geval *dus* een gerechtvaardigd doel is ter rechtvaardiging van het uitsluiten van kinderen van wie de ouders zich aan toezicht hebben onttrokken (dus even daargelaten de invulling van onttrekken en in beeld zijn). Want het lichaam van Nunez ziet er bepaald anders uit dan dat van het aan toezicht onttrokken kind. En de mening over het mens kan niet alleen op grond van het bot gevormd worden, zonder de rest van het lichaam daarin te betrekken. In Nunez was de ouder van het kind door de Noorse staat wegens openbare orde redenen ongewenst verklaard, was zij illegaal teruggekeerd naar Noorwegen had zich daarbij bediend van een valse identiteit, waarop ze een verblijfsstatus verkreeg. Dat is wel andere koek dan een ouder die uit een AZC is gezet en daardoor met zijn kind uit beeld van de rijksoverheid raakte. En het mooie is bovendien; de klacht in Nunez was tóch gegrond. Waarom? Enkel en alleen vanwege de belangen en positie van de kinderen. En juist dat deel van het Nunez-arrest is opvallend afwezig in de beoordeling van de Afdeling. Het belang van het kind komt gewoonweg niet aan de orde in deze uitspraken. Zie in tegenstelling dus het Hof, in Nunez, maar ook Jeunesse³³; de belangen van het kind zijn het uitgangspunt van de overwegingen, kleuren deze in en vormen de gedachten over verplichtingen die op de staat rusten en die jegens minderjarigen immer zwaarder wegen. Ook hier geldt dat het zwijgen van de Afdeling het begrip voor de uitspraken uitholt.

Interessante verder uitgewerkte invalshoeken en overwegingen over het in brede zin gemaakte onderscheid tussen groepen kinderen zijn te lezen in de noot van C.A.F.M. Grütters bij de uitspraken van de Vreemdelingenkamer Den Haag 18 april 2014, AWB 14/860, 14/863 e.v. JV 2014/253, ve14000766, en Vreemdelingenkamer Arnhem 1 juli 2014, AWB 14/2512, JV 2014/254, ve14001064.

Wat nu?

Nu op elk van de uitspraken inzake het toezichtcriterium bepaald fundamentele kritiek kan worden geuit, maar het helaas uitspraken van het hoogste rechterlijke forum betreft, dreigen we achter te blijven met een heel onbevredigend gevoel. Namelijk van een Regeling die puur politiek en zonder aanzien des kinds(belang) is uitgevoerd met het kennelijke – en door Teeven vaker min of meer letterlijk uitgesproken - doel er zo min mogelijk kinderen onder te laten vallen, en van een rechtsbescherming die als gatenkaas of sterker gezegd als weinig politiek verhullende schaamlap oogt.

Daar laat de rechtspraktijk het doorgaans liever niet bij zitten. De vraag is wat er nu rest aan mogelijkheden. De ervaringen met het Hof in Straatsburg zijn op zijn zachtst gezegd wisselvallig in artikel 8 EVRM zaken. Het feit dat het om een discretionaire regeling gaat, maakt dat niet eenvoudiger. In zaken die aan artikel 8 EVRM raken,

³³ EHRM (Grote kamer), (Jeunesse - Nederland), 12738/10, JV 2014/343 nt P. Boeles, ve14001538

kent het Hof doorgaans aan de Staat een buitengewoon ruime *margin of appreciation* toe. Ten aanzien van het verbod op discriminatie ligt dat evenwel anders. Het Twaalfde Protocol bij het EVRM omvat een algemeen discriminatieverbod dat ook geldt buiten de rechten die zijn neergelegd in het EVRM, welke beperking artikel 14 EVRM dus wél kent. Dit verbod geldt dus onverkort en zelfs juist voor discretionaire regelingen, zo blijkt uit artikel 1 van het Twaalfde Protocol³⁴. Ten aanzien van het verbod neergelegd in dit Protocol zoekt het Hof aansluiting bij artikel 14 EVRM, waarvan het inhoudelijk niet afwijkt. Het Hof heeft het verbod als volgt gedefinieerd "*A difference of treatment is discriminatory if it 'has no objective justification', that is, if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a 'reasonable relationship of proportionality' between the means employed and the aim sought to be realised*".³⁵ Zoals bij de bespreking van de individuele aspecten in de uitspraken is aangestipt, is het door de overheid gemaakte onderscheid tussen kinderen met kort gezegd een toezichtprobleem, en kinderen die dat niet hebben, op een aantal punten niet zo zonneklaar niet ongerechtvaardigd discriminerend als de Afdeling doet voorkomen. Het onderscheid tussen kort gezegd gemeente- en rijkskinderen is daar een voorbeeld van.

Het volkomen gebrek aan erkenning van het kind als adreessaat van de procedure en de bijzondere positie van een minderjarige doet een verlangen ontstaan naar het voorleggen van een klacht vanuit het perspectief van de belangen van het kind. De daarvoor geëigende instantie is het VN-Kinderrechtencomité. Op grond van het 3^e facultatieve Protocol is individueel klachtrecht toegevoegd aan het IVRK. In 2009 heeft Nederland het getekend, maar is het tot op heden nog altijd niet geratificeerd, zodat er nog geen individuele klachten vanuit en over Nederland aan het Comité kunnen worden voorgelegd. Eerste Kamerlid Tineke Strik heeft in maart 2014 een motie ingediend om de regering haast te laten maken met de ratificatie van dit protocol.³⁶ Ondanks herhaaldelijke rappels blijft het stil aan regeringszijde. Bij die stand van zaken is het aan te raden zaken individueel nauwkeurig door te nemen om te zien of er aanleiding bestaat een klacht bij het Straatsburgse Hof in te dienen. Het Hof heeft het IVRK consequent als interpretatiemiddel toegepast van artikel 8 EVRM in een concrete voorliggende zaak. Het IVRK vult als het ware de reikwijdte van artikel 8 EVRM nader in. Hoewel in het algemeen niet gesteld kan worden dat het hoe dan ook in elke zaak zinnig is een klacht bij het EHRM in te dienen, kunnen de individuele omstandigheden van een zaak wel in die richting wijzen, op grond van artikel 8 en/of 14 EVRM en het 12^e Protocol.

Ook kan het zinvol zijn een zaak alsnog discretionair voor te leggen vanwege omstandigheden die in de Kinderpardonprocedure niet aan de orde zijn gekomen. De Afdeling heeft al eerder bepaald dat de staatssecretaris niet gehouden is binnen een Kinderpardonzaak te toetsen of hij gezien bijzondere individuele omstandigheden gebruik zou dienen te maken van zijn discretionaire bevoegdheid.³⁷ Daartoe dient apart een aanvraag te worden ingediend.

³⁴ En het Explanatory Report bij dit Protocol, zie paragraaf 22.

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm>

³⁵ Uitspraak Abdulaziz, Cabaes and Balkandali v. the United Kingdom, 28 mei 1985, Series A, No. 94, paragraaf 72.

³⁶ Via https://www.eerstekamer.nl/motie/motie_strik_groenlinks_c_s_over_de_2.

³⁷ ABRvS van 22 oktober 2014, 201404129/1/V1, JV 2014/377 nt C. Grütters, ve14001647.

Conclusie

De term ‘belang van het kind’, ik laat hem nog maar eens even vallen, omdat er in geen van de uitspraken betekenis aan is toegekend of een overweging aan is gewijd.

Ik heb geturfd hoe vaak het woord ‘kind’, in de zin van belang van het kind, in de vier uitspraken wordt genoemd als deel van een eigen overweging van de Afdeling (dus geen samenvatting van een grief of verweer): NUL keer. Onthutsend. Bovenal in de context van een Regeling die ondanks de volkomen politiek getinte uitvoering toch echt is ontstaan vanuit de diepgevoelde zorg en wens om het belang van het kind te verankeren in een Regeling zodat een kind, dat is geworteld in Nederland zelfstandig uitzicht heeft op een verblijfsstatus, en daarmee op een toekomst in het land waar hij of zij al lang woont. Hoever weg is het (juridische) debat weggedreven van die uiteindelijke basis. De Afdeling kan verweten worden zich geen rekenschap te geven van het rechtssubject, het kind, en dat tot uitgangspunt te nemen in de beoordeling.

Opvallend ook is het gebrek aan metavisie van de Afdeling, om de ratio en totstandkoming van de Regeling expliciet te betrekken en onderdeel te maken van de afwegingen over hoe begrippen en voorwaarden dienen te worden gedefinieerd en toegepast. Het komt de motivering en begrijpelijkheid van de uitspraken zeker niet ten goede. Als hoogste rechter is het aan de Afdeling om zulke afwegingen te maken en die expliciet te maken. En nog belangrijker, om beleid, dat zo’n politieke achtergrond kent, het politieke gekift uit het beleid te filteren door de betekenis van het beleid vol te toetsen en daarmee het bestuur te dwingen tot een uitvoering die juridisch op alle manieren door de beugel kan.

Ronduit problematisch is in dat verband de dubbele marginale toets die de Afdeling hanteert bij een aantal onderdelen van de Regeling, waardoor de burger feitelijk geen rechtsbescherming geniet, in de zin van een kritische en inhoudelijke volle toets van beleid en besluitvorming.

De staatssecretaris wordt op die manier een paar flinke handjes geholpen bij het juridisch dichttimmeren van zijn politieke uitvoering. Hem wordt immers geen strobreed in de weg gelegd. En wie is het kind van die rekening? Precies.