



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De minderjarige vreemdeling: het kind van de rekening?

Rodrigues, P.R.

Citation

Rodrigues, P. R. (2023). De minderjarige vreemdeling: het kind van de rekening? *Asiel & Migrantenrecht*, 14(3), 129-133. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3715220>

Version: Accepted Manuscript

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3715220>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De minderjarige vreemdeling: het kind van de rekening?¹

Peter Rodrigues²

1. Inleiding

Wat bijzonder om hier voor u te staan. In 2012, ruim tien jaar geleden, hielden we hier in deze collegezaal, de Lorentz zaal, onze eerste conferentie over het Kind in het Immigratierecht.

Het jaar daarop zijn we het vak Kind & Migratie gestart samen met de Afdeling Jeugdrecht en enkele jaren later geven we in de Advanced Master Children's Rights het vak Children Rights and Migration.

In 2018 organiseerden we met de Afdeling Jeugdrecht, onze vaste partner, het Internationale congres Safeguarding Children's Rights in Immigration Law. En nu houden we dit congres over Kinderrechten en Migratie in samenwerking met Stichting Migratierecht Nederland.

De rechten van minderjarige vreemdelingen is een onderwerp dat nog steeds aandacht behoeft. Waarom is deze aandacht nog nodig?

Allereerst omdat het kind in de *vreemdelingenwet* nog geen eigen plaats heeft verworven.

Anders dan het strafrecht of het familierecht zijn volwassenen de norm en worden kinderen veelal als onderdeel van een gezin beschouwd.

Het sympathieke wetsvoorstel *Verankeren belang kind in procedure tot verkrijgen van een verblijfsvergunning* zou daar verandering in kunnen brengen, maar lijkt de eindstreep maar moeilijk te halen.³

Het incorporeert een verblijfsrecht op grond van het belang van het kind. Dit is volgens mij nu al mogelijk op grond van de toets aan het belang van het kind van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag.

¹ Voordracht bij het congres Kinderrechten en migratie georganiseerd door het Europa Instituut van de Universiteit Leiden en Stichting Migratierecht Nederland op 26 januari 2023 in Leiden.

² Prof. mr. P.R. Rodrigues is hoogleraar Immigratierecht aan de Universiteit van Leiden.

³ *Kamerstukken II* 34 541.

Een andere en eerder door mij geuite mogelijkheid is het inzetten van een kinderrechter in migratiezaken waarbij minderjarigen zijn betrokken.⁴ Daar is over nagedacht en gesproken, maar het is er vooralsnog niet van gekomen.

Tevens is die aandacht ook hard nodig omdat minderjarigen vreemdelingen nog niet het oordeel des onderscheid hebben, levenservaring ontberen en overmoedig kunnen zijn.

Bovenal zijn zij kwetsbaar en daardoor kunnen zij in hun zoektocht naar een veilig verblijf in een voor hun nieuw land gemakkelijk slachtoffer worden van misbruik en exploitatie.

Zij hebben recht op speciale zorg en bescherming die meestal door de naaste familie geboden zal worden.

Op de overheid rust de verplichting hierop toe te zien en waar nodig met juridische middelen het welzijn van deze kinderen te waarborgen.

Deze behartiging van het belang van het kind is in de vreemdelingenketen bij alle maatregelen de eerste overweging en geldt op grond van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag onder meer voor de IND, het COA en de vreemdelingenrechters.

Maar natuurlijk ook voor het Nidos, de Raad voor de Kinderbescherming en naar mijn mening eveneens voor de advocaten die minderjarige vreemdelingen bijstaan.

In deze voordracht wil ik mijn aandacht vooral richten op de rechtspraak. De keuze daarvoor is de volgende; de rechters vormen het recht en zolang kinderrechten in de *vreemdelingenwet* niet zijn gecodificeerd, meen ik dat rechterlijke uitspraken toonaangevend zijn.

Daarom ga ik nu over naar de relevante rechtspraak en de knelpunten die ik daarbij signaleer.

⁴ P.R. Rodrigues, Prioriteit voor het belang van het kind in het immigratierecht, in: G.G. Lodder & P.R. Rodrigues (red.) *Het kind in het immigratierecht*, Publicatiereeks Instituut voor Immigratierecht nr. 8, Den Haag: Sdu 2012, p. 21-22.

2. Rechtspraak

Eerst wil ik graag een paar algemene opmerkingen maken over die rechtspraak.

2.1 Algemene opmerkingen

Er worden veel verzoeken tot een verblijfsvergunning toegewezen. Het hoge inwilligingspercentage asiel – in 2021 59% – is inmiddels een discussiepunt in het migratiedebat.⁵

De toewijzingen zien we in de rechtspraak vrijwel niet terug.

Dit ter nuancering van het werk van de IND, die sinds 2020 een informatiebericht over het belang van het kind heeft opgesteld.⁶

Ik vind het wel onhandig dat op het voorblad van dit informatiebericht wordt vermeld dat deze zogenoemde bouwsteen wordt gebruikt om *afwijzende* beschikkingen in het kader van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van een heldere, inzichtelijke motivering te voorzien. Bouwstenen kunnen natuurlijk ook dienen om tot een positieve beschikking te komen.

Een tweede opmerking betreft het spanningsveld tussen wetgever en rechter. De noodzaak tot een restrictief vreemdelingenbeleid wordt nadrukkelijk door de overheid ervaren en mede gevoed door het electorale succes en dus het politieke belang van dit thema.

Daarbij meent de wetgever de grenzen van het recht te mogen opzoeken⁷ – ook wel geitenpaadjes genoemd – en doet dat ook, zelfs als die maatregelen heftige consequenties voor minderjarigen hebben.

Een recent voorbeeld is het vertragen van gezinshereniging bij nareis.⁸

Dit spanningsveld is geen nationale aangelegenheid.

Nadat het Hof van Justitie van de Europese Unie het arrest M.A. en andere tegen het Verenigd Koninkrijk had gewezen, moeten asielaanvragen van alleenstaande minderjarige vreemdelingen in de lidstaat worden behandeld

⁵ IND, Duiding inwilligingspercentages asiel, maart 2022.

⁶ IB 2022/83 Toelichting belang kind, https://puc.overheid.nl/ind/doc/PUC_1294088_1/1/.

⁷ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-19637-2643.html>.

⁸ Over de grens: het vertragen van gezinshereniging is een aantasting van de rechtstaat, Mark Klaassen & Peter Rodrigues, Blog Nederlandse rechtstaat, 8 september 2022, <https://www.nederlandrechtstaat.nl/over-de-grens-het-vertragen-van-gezinshereniging-is-een-aantasting-van-de-rechtstaat/>.

waar het kind zich bevindt, ook als zij eerder elders een aanvraag in de Unie hebben gedaan.⁹

Uiteraard met de restrictie dat deze uitleg niet strijdig mag zijn met het belang van het kind, dat is opgenomen in artikel 24, tweede lid, van het Handvest van de EU.

De lidstaten van de EU zijn het niet met die uitleg eens en draaien de rechtsregel in de voorgestelde nieuwe Dublinverordening weer om: het verzoek moet worden behandeld in de eerste lidstaat van aanvraag, tenzij dit niet in het belang van het kind is.¹⁰

Duitsland en Nederland liepen voorop bij het terugdraaien van deze rechtsregel.

Beste mensen, ik vraag mij af: Waarom?

Is het de vrees dat alleenstaande minderjarige vreemdelingen gezinshereniging zullen aanvragen en dat daarmee de migratiecontrole wordt verstoord?

Uit recent onderzoek van het CBS blijkt dat deze kinderen lang niet altijd met hun ouders worden herenigd.¹¹

Dat is in Nederland in 51% het geval en dit CBS-onderzoek heeft betrekking op alleenstaande minderjarige vreemdelingen die in 2015 bescherming in Nederland hebben gekregen.

Of zou het te maken hebben dat ouders door middel van de inzet van kinderen rechten kunnen verwerven die anders voor hun niet toegankelijk zouden zijn?

Wat het antwoord op deze vraag ook moge zijn, artikel 2, tweede lid van het Kinderrechtenverdrag verbiedt het achterstellen van minderjarigen vanwege acties of gedragingen van hun ouders of familieleden.

De letterlijke tekst kunt u op de dia lezen:

De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de status of de activiteiten van, de meningen geuit

⁹ HvJEU 6 juni 2013, C-648/11 (MA, BT, DA), JV 2013/250, ECLI:EU:C:2013:367.

¹⁰ P.R. Rodrigues, Overdracht van alleenstaande minderjarige vreemdelingen is in strijd met het EU-Handvest, Noot bij HvJEU 6 maart 2013, in: *EU-Handvest Selecties*, Den Haag: Sdu 2016, p. 245-260.

¹¹ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/48/helft-alleenstaande-minderjarige-vluchtelingen-wordt-herenigd-met-familie>.

door of de overtuigingen van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.

Het is een rechtsregel die ik graag onder de aandacht breng en ik beloof u er straks op terug te komen.

2.2 Rechtspraak Afdeling

Kijkend naar de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dan is er mijns inziens het afgelopen decennium het nodige ten goede veranderd.

Met de uitspraak van 7 februari 2012 was de standaardredenering dat artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag in zoverre rechtstreekse werking heeft dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind moet worden betrokken.

Maar, het artikel zou geen norm bevatten die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.

Wel dient de bestuursrechter te toetsen, of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en dus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven.

Deze toets heeft volgens de Afdeling een terughoudend karakter.¹²

In de uitspraak van 5 april 2017 komt daar verandering in.¹³

De Afdeling stelt dat op grond van de vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in alle beslissingen over kinderen hun belangen een eerste overweging dienen te vormen.

Aan die belangen moet *aanzienlijk* gewicht toekomen.

Met die jurisprudentie doelt de Afdeling met name op het arresten *Jeunesse* en *El Ghatet*.¹⁴

Aan de belangen van kinderen wordt als het ware extra gewicht toegekend door de Afdeling.

¹² Zie annotatie P.R. Rodrigues bij ABRvS 7 februari 2012, in: *EU-Handvest Selecties*, Den Haag: Sdu 2013, p. 140-147.

¹³ ABRvS 5 april 2017, AB 2017/281 m.nt. P.R. Rodrigues, JV 2017/121 m.nt. P. Boeles.

¹⁴ EHRM 3 oktober 2014 (*Jeunesse* t. Nederland), JV 14/343 m.nt. P. Boeles en EHRM 8 november 2016 (*El Ghatet* t. Zwitserland), JV 2017/2, m.nt. E. Hilbrink.

Dit *aanzienlijke gewicht* hoeft niet doorslaggevend te zijn, want dat is uiteraard afhankelijk van de totale afweging van de in het geding zijnde belangen.

De Afdeling stelt nog steeds dat de toetsing *enigszins terughoudend* moet zijn. Maar ook dat de belangen van de kinderen van aanzienlijk gewicht zijn en dat de afweging van die belangen dus ook met voldoende gewicht moet worden uitgevoerd, anders is er geen *fair balance*.

Het lijkt een beetje op een spagaat, maar het is zonder meer vooruitgang.

Onmiskkenbaar van belang is hierbij de invloed van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Het Hof leest artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag in bij de toepassing van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Toch is het niet allemaal hosanna, want het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt ook grenzen aan dit recht.

Meermalen is geoordeeld dat het belang van het kind geen troefkaart kan zijn, maar dat lijkt mij evident.¹⁵

Het belang van artikel 3 dient altijd gekoppeld te worden aan de andere concrete rechten uit het Kinderrechtenverdrag.

Complexer is de jurisprudentie van het Straatsburgse hof als het over misbruik van recht gaat.

Ook daar kom ik straks op terug, inderdaad in samenhang met artikel 2, tweede lid, van het Kinderrechtenverdrag.

Maar eerst wil ik aandacht besteden aan de recente uitspraak van de Afdeling van 17 augustus 2022 over de Afsluitregeling van het Kinderpardon.¹⁶

Het is een complexe uitspraak en ik ben mij bewust dat er veel meer over te zeggen valt, dan ik nu ga doen.

De Afdeling deed op dezelfde dag nog een tweede uitspraak over deze materie en die laat ik hier onbesproken.¹⁷

De staatssecretaris heeft in deze zaak de aanvragen van moeder en kind afgewezen en deze afwijzingen na bezwaar gehandhaafd.

¹⁵ EHRM 8 maart 2016 (I.A.A. t. VK), 2016/149 m.nt. P. Boeles en EHRM 20 oktober 2022, (M.T. e.a. - Zweden) JV 2022/219 m.nt. M.A.K. Klaassen.

¹⁶ ABRvS 17 augustus 2022, AB 2022/362 m.nt. M.A.K. Klaassen en P.R. Rodrigues en JV 2022/220 m.nt. W.K. Hutten.

¹⁷ ECLI:NL:RVS:2022:2341.

Hij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat de moeder haar identiteit niet heeft aangetoond en heeft haar daarom een contra-indicatie tegengeworpen.¹⁸

Dit betekent dat niet alleen de moeder, maar ook haar zoon verblijf op grond van de Afsluitingsregeling wordt onthouden.

Het beroep wordt verworpen en in hoger beroep buigt de Afdeling zich alleen over de vraag of het evenredigheidsbeginsel niet is geschonden.

Dat is een nieuwe nationale toets, voor het eerst toegepast in de Harderwijkspraak van 2 februari vorig jaar, waarbij wordt aangesloten bij het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.

Moeder en zoon stellen dat de toerekening van het handelen en nalaten van de moeder aan de zoon in dit geval leidt tot onevenredige gevolgen voor de zoon.

Hij kon immers geen invloed uitoefenen op het gedrag van zijn moeder.

Het gevolg is dat hem, ondanks de omstandigheid dat hij in Nederland is geworteld, geen verblijfsvergunning wordt verleend.

Dat is bovendien in strijd met artikel 2, tweede lid, van het Kinderrechtenverdrag.

Bij de Afdeling waren op dat moment meer zaken aanhangig over deze regeling, waarbij vragen rezen over de evenredigheid van de toepassing van de contra-indicaties voor het niet-verlenen van een verblijfsvergunning.

Daarom heeft de voorzitter van de Afdeling aan advocaat-generaal Widdershoven verzocht een conclusie te nemen¹⁹ over de in de Afsluitingsregeling neergelegde contra-indicaties en het evenredigheidsbeginsel van artikel 4, tweede lid, van hoofdstuk 3, van de Algemene wet bestuursrecht.²⁰

Interessant is dat volgens de advocaat-generaal, artikel 2, tweede lid, van het Kinderrechtenverdrag rechtstreekse werking heeft, aangezien de bepaling voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om in de nationale rechtsorde te kunnen worden toegepast.

De Afdeling onderschrijft dit voor het eerst en dat lijkt mij winst.

Vervolgens doorloopt de Afdeling de nationale evenredigheidstoets eerst in abstracto en vervolgens concreet.

¹⁸ Paragraaf B9/6.6, onder d, van de Vc 2000.

¹⁹ Artikel 8:12a Awb.

²⁰ Op 18 mei 2022 is de conclusie van de AG gepubliceerd: ECLI:NL:RVS:2022:1440.

De beoordeling en intensiteit van de evenredigheidstoets wordt mede afhankelijk gesteld van de vraag of er geen fundamentele rechten worden geschonden.

De Afdeling stelt dat het toerekenen aan het kind van handelen of nalaten van een gezinslid, op wie een contra-indicatie van toepassing is, *mogelijk* leidt tot aantasting van het in artikel 2, tweede lid, neergelegde beginsel van non-discriminatie.

Om te beoordelen of daarvan sprake is, dient onderzocht te worden of er een objectieve rechtvaardiging is voor het gemaakte onderscheid.

Dat betekent volgens mij dat de vragen moeten worden beantwoord of het doel legitiem is en het middel om dat doel te bereiken proportioneel en noodzakelijk.

De Afdeling gebruikt echter de evenredigheidstoets die bestaat uit de elementen geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid. Deze resttoets leidt vervolgens tot de conclusie dat het toerekenen van het gedrag van de moeder aan de zoon in deze casus onredelijk bezwarend is.

Ik vraag mij af of op deze wijze niet met een boog om artikel 2, tweede lid, heen wordt gelopen.

Waarom heeft een toets aan het rechtstreeks werkende discriminatieverbod van het Kinderrechtenverdrag geen voorrang op de (herziene) nationale resttoets naar de evenredigheid?

Beste mensen, wordt de rechtsvinding op deze wijze niet nodeloos ingewikkeld?

De Afdeling kan een voorbeeld nemen aan de Hoge Raad die in 2012 het op straat zetten van uitgeprocedeerde onrechtmatige vreemdelingen met hun minderjarige kinderen, het zogenoemde klinkeren, onrechtmatig oordeelde.²¹ Daar kwam slechts het adagium aan te pas dat kinderen niet de dupe mogen worden van het gedrag van hun ouders.

Ik citeer de Hoge Raad:

²¹ HR 21 september 2012, *JV* 2012/458 m.nt. C.H. Slingenberg en G.J. Pulles, De Hoge Raad houdt kinderen van de straat, *Asiel&Migrantenrecht* 2012, nr. 9, 494-497.

Op de staat rust de verplichting te waken voor de rechten en belangen van minderjarigen die zich op het grondgebied bevinden, ook waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder verblijfstitel, mede omdat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van familieleden.

Deze regel had de Afdeling in deze zaak volgens mij ook kunnen toepassen. Bij de beoordeling of er daadwerkelijk sprake is van verboden discriminatie worden immers vrijwel dezelfde aspecten in ogenschouw genomen als bij de evenredigheidstoets.

3 De Olifant

De Olifant in de porseleinkast is natuurlijk de vrees dat ouders profiteren van de verblijfsrechten van hun kinderen.

Maar kinderrechten zijn zelfstandige rechten – right based rights – en juist niet afhankelijk van hun ouders.

Vandaar is de bepaling van artikel 2, tweede lid, opgenomen in het Kinderrechtenverdrag.

Het verlies van migratiecontrole weegt mijns inziens niet op tegen het respecteren van kinderrechten.

Maar daar denkt ook de wetgever anders over, zo blijkt uit het volgende voorbeeld.

In het wetsvoorstel Wet vaststellingsprocedure staatloosheid wordt onderscheid gemaakt tussen staatloze minderjarige vreemdelingen met en zonder rechtmatig verblijf.²²

Het betreft het recht om door optie het Nederlanderschap te verwerven.

Onrechtmatig verblijvende vreemdelingen dienen ten minste *tien* jaar hoofdverblijf te hebben en rechtmatig verblijvende *drie* jaar.

In de wekgroep over nationaliteitsrecht van Caia Vlieks en Hermie de Voer komt dit onderscheid vast nog aan de orde.

In de toelichting bij het wetsvoorstel valt te lezen dat voorkomen dient te worden dat ouders hun kind inzetten om als gezin een verblijfsvergunning te krijgen en dat zo misbruik wordt voorkomen.

²² Kamerstukken II 2021/21, 35 687, nrs. 1-3.

Het onderscheid zou daarom gerechtvaardigd zijn en dus niet in strijd met artikel 2, tweede lid, van het Kinderrechtenverdrag.²³

Daarbij beroep de wetgever zich op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat in de zaken *Butt* en *Kaplan* heeft gezegd dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid er toe kunnen nopen een minderjarige vreemdeling het gedrag van de ouders toe te rekenen.²⁴

Er dient dan sprake te zijn van een groot risico dat de ouders oneigenlijk gebruik maken van de situatie van hun kinderen.

Eerder had *de Afdeling* al van deze arresten gebruik gemaakt om de contra-indicaties tegen gezinsleden voor het Kinderpardon tegen te werpen aan de kinderen met in beginsel recht op verblijf.²⁵

Bijvoorbeeld in de uitspraak van 22 oktober 2014 (zie dia).

Het wordt al snel een hele juridisch-technische discussie, maar de vereisten worden mijns inziens onvoldoende geconcretiseerd door de Afdeling en wetgever omdat er sprake moet zijn van *zwaarwegende* redenen van migratiebeleid en een *groot* risico op *oneigenlijk* gebruik.

Het Straatsburgse hof spreekt van de Engelse term *exploit*, terwijl de Afdeling en wetgever menen dat dit vertaald kan worden met het woord *gebruik*. Tevens wordt over het hoofd gezien dat de primaire discriminatiegrond van de bepalingen in het Kinderrechtenverdrag *het zijn van minderjarige* is. Net zoals het vrouw zijn, het onderscheidende criterium van het Vrouwenverdrag is.

Daardoor behoren er volgens mij voor de objectieve rechtvaardiging van achterstelling zeer zwaarwegende redenen te zijn (very weighty reasons). Anders komt niet alleen het Kinderrechtenverdrag in de knel, maar vooral ook minderjarige vreemdelingen.

De omstandigheid dat het een begunstigende regeling betreft, doet niet af aan de intensiteit van deze discriminatietoets.

²³ *Kamerstukken II* 2021/21, 35 687, nrs. 3, p. 30.

²⁴ EHRM 4 december 2012 (*Butt t. Noorwegen*), *JV* 2013/85, m.nt. M.C. Stronks en EHRM 24 juli 2014 (*Kaplan t. Noorwegen*), *JV* 2014/320 m.nt. M.C. Stronks.

²⁵ ABRS 22 oktober 2014, *AB* 2015/41 m.nt. P.R. Rodrigues en ABRvS 23 september 2015, *JV* 2015/320 m.nt. J. Werner.

4. Afronding

Ik kom tot een afronding.

Uiteraard moet misbruik van migratierecht voorkomen worden.

En zeker kunnen er bij het vooruitsturen van minderjarige kinderen naar lidstaten van de Europese Unie vraagtekens worden geplaatst in het licht van het belang van het kind.

Maar veel minderjarigen kiezen zelf voor deze gevaarlijke route.

Mede gedwongen door de vaak evenzo bedreigende thuissituatie.

Dat komt in de werkgroep van Els van Driel zeker aan de orde.

En soms hebben ouders geen andere keus om hun kinderen aan de onmenselijke omstandigheden te laten ontsnappen.

Bij het Kinderpardon ging het om kinderen in een gezin waarvan de ouders werd verweten de procedures te lang door te zetten om uitzetting te voorkomen.

Maar in die gevallen wordt door de ouders slechts gebruik gemaakt van een wettelijk recht en dat kan toch niet zonder meer misbruik worden genoemd. We moeten voorkomen dat we vreemdelingen gaan criminaliseren.

Het toerekenen van het gedrag van familieleden aan de kinderen is niet toegestaan, tenzij er zeer zwaarwegende redenen zijn aangevoerd die dit onderscheid objectief rechtvaardigen.

Daarom sluit ik af met de stelling:

Laten we minderjarige vreemdelingen niet verantwoordelijk houden voor het gedrag van hun ouders, want anders betaalt het kind de rekening.