

VU Research Portal

De migratierechter als kinderrechter

Ismaili, Nadia

published in

100 jaar kinderrechter
2022

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Ismaili, N. (2022). De migratierechter als kinderrechter. In C. H. de Graaf, & G. C. A. M. Ruitenbergh (Eds.), *100 jaar kinderrechter* (pp. 243-245). (Recht en Praktijk – PFR; No. 8). Wolters Kluwer.
https://new.navigator.nl/document/id6b170ea5077b46e89230eb34692ed3dd?ctx=WKNL_CSL_3070

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

VIII.37 De migratierechter als kinderrecht

Nadia Ismaïli, datum 12-08-2022

Datum	12-08-2022
Auteur	Nadia Ismaïli
JCDI	JCDI:ADS661725:1
Vakgebied(en)	Personen- en familierecht (V)

Het waarborgen van de belangen van het kind daar waar er een samenloop is tussen het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht staat op het moment flink in de schijnwerpers. Zo is er het Samenwerkingsverband Kinderen In het Vreemdelingenbeleid (SKIV).^[1] Daarnaast is er het WODC-onderzoek waarin knelpunten bij een samenloop tussen deze twee rechtsgebieden worden belicht en mogelijke oplossingen voor die spanningen worden aangedragen.^[2] Echter, ook in zaken waar het jeugdrecht geen rol speelt en het puur gaat om het toekennen dan wel afwijzen van een verblijfsvergunning van een minderjarige of zijn/haar familieleden moet, mede op basis van Europese en internationale verplichtingen, de migratierechter oog hebben voor de belangen en rechten van kinderen. Al jaren wordt gesteld dat daar in het Nederlandse vreemdelingenrecht (te) weinig ruimte voor is.^[3] In deze opinie zal ik betogen op welke wijze binnen het vreemdelingenrecht meer recht kan worden gedaan aan de positie van kinderen. En dus: hoe de migratierechter meer kinderrecht kan zijn. Dit kan onder andere door het herinvoeren van de discretionaire bevoegdheid voor schrijnende gevallen, het verankeren van het belang van het kind in het nationale vreemdelingenrecht en een indringender toets van de belangen van het individuele kind door de migratierechter.

De mogelijkheid voor de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid om schrijnende gevallen te beoordelen op basis van een discretionaire bevoegdheid is komen te vervallen als politiek compromis bij de verruiming van het Kinderpardon.^[4] In plaats van de algemene discretionaire bevoegdheid heeft nu de hoofddirecteur van de IND de mogelijkheid om tijdens de eerste aanvraagprocedure in Nederland ambtshalve te beoordelen of een verblijfsvergunning kan worden verleend wegens bijzondere omstandigheden. Sinds de invoering blijkt er een forse daling van het aantal toekenningen van een verblijfsvergunning op deze grond.^[5] Dat laat zich makkelijk verklaren doordat deze bijzondere omstandigheden, zeker ook waar het kinderen betreft, zich veelal zullen voordoen na een langer tijdsverloop waarbij kinderen geworteld zijn geraakt in Nederland. Kinderen gaan naar school, maken vriendjes, zitten op sport en bouwen een leven op. Kinderen hebben daarbij zelf doorgaans geen invloed gehad op de beslissing om in Nederland te blijven. Een bekend voorbeeld is de zaak van Lily en Howick.^[6]

De nieuwe regeling sluit op geen enkele wijze uit dat mensen na een initiële afwijzing in Nederland blijven en herhaalde aanvragen, zowel in asiel als reguliere zaken, zullen indienen. Daarmee verandert de nieuwe regeling er niets aan dat ook in de toekomst schrijnende gevallen zullen ontstaan, juist door omstandigheden die met het verstrijken van de tijd plaatsvinden. Soms zullen internationale verplichtingen dan nopen tot het afgeven van een verblijfsvergunning, maar er zou ook een nationale grondslag voor in de wet moeten zijn.^[7] Het biedt de mogelijkheid maatwerk toe te passen in individuele gevallen waarbij een uitzondering zou moeten worden gemaakt op het strikte asiel- en migratiebeleid, zeker daar waar het kinderen betreft. Zo kan met hun belangen terdege rekening worden gehouden.

Het verankeren van het belang van het kind in de vreemdelingenwet staat daarnaast al geruime tijd op de

politieke agenda. In 2016 werd hiertoe een wetsvoorstel ingediend.^[8] Volgens de indieners worden de eigen rechten en belangen die kinderen hebben vooralsnog niet duidelijk erkend in het Nederlandse vreemdelingenrecht en geldt dat hun rechtspositie in grote mate afhankelijk is van de rechtspositie van hun ouders.^[9] Momenteel is discussie over de vraag hoe het belang van het kind dan in de wet dient te worden vastgelegd.^[10] De initiatiefnemers wilden graag de abstracte norm van ‘het belang van het kind’ concretiseren in de nationale wet, maar nog niet duidelijk is hoe dit het beste gerealiseerd kan worden. Wat mij betreft volstaat echter alleen al het opnemen van de algemene norm van artikel 3 IVRK in de nationale wetgeving, aangezien hier een dwingend signaal vanuit gaat dat bij alle beslissingen die kinderen aangaan hun belangen serieus moeten worden afgewogen.

Naast een rol voor de wetgever tot slot, is er ook een rol voor de migratierechter weggelegd. Al jaren is er kritiek op de toetsing aan de belangen van het kind door de Raad van State, de hoogste rechter in migratiezaken. De Raad keek doorgaans of in de beslissing tot afwijzing de belangen van het kind waren meegenomen door de staatssecretaris, maar niet hoe deze werden meegewogen. En, zoals verwoord door Brouwer in haar annotatie bij een Afdelingsuitspraak: ‘Het enkel opsommen van betrokken belangen is nog geen belangenafweging’.^[11] Duidelijk zou moeten worden op welke wijze het belang van het kind is betrokken én welk gewicht eraan wordt toegekend. Dit is van wezenlijk belang aangezien het belang van het kind wel juridisch kan worden verankerd, als er niet daadwerkelijk gewicht aan wordt toegekend zal dit in de praktijk voor kinderen weinig veranderen.

Sinds de toeslagenaffaire is rekening houden met de menselijke maat onderwerp van discussie binnen de Raad van State. Naar aanleiding van de affaire is een reflectieverslag verschenen en is gekeken of ook op andere terreinen sprake is van regelgeving waarbij óf de strenge regels zelf óf een strenge uitvoeringspraktijk een rol spelen.^[12] Veel van de knelpunten die worden besproken liggen op het terrein van het vreemdelingenrecht. Deze affaire bood daarmee momentum om ook in het vreemdelingenrecht de besluiten van de staatssecretaris indringender te gaan toetsen. Het lijkt er nu voorzichtig op dat de Raad van State in de afgelopen periode inderdaad kritischer is naar de staatssecretaris toe, ook waar het om kinderen gaat. Zo is er een uitspraak waarin expliciet genoemd wordt dat niet duidelijk is hoe de belangen van het kind zijn gewogen en heeft de Raad bijvoorbeeld om een conclusie gevraagd over de evenredigheidstoets bij de Afsluitingsregeling Kinderpardon met het verzoek specifiek in te gaan op de belangen van het kind.^[13] Deze indringer toets van de belangen van het kind is aan te prijzen en zou in de rechtspraak een vaste nieuwe lijn moeten worden. De tijdgeest leent zich wat mij betreft uitstekend voor een actievere kinderrechtelijke houding van de migratierechter.

Voetnoten

[1] Een samenwerkingsverband dat bestaat uit de Immigratie- en naturalisatiedienst (IND), de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) en de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK). Binnen deze samenwerking is een beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel opgesteld. Dit kader maakt het mogelijk dat in gevallen dat er een OTS is uitgesproken door de kinderrechtter er mogelijk een verblijfsvergunning op grond van die OTS wordt verleend, zie:

<https://www.kinderbescherming.nl/actueel/nieuws/2020/03/11/rvdk-ind-en-dtv-intensiveren-samenwerking-voor-kinderen-in-vreemdelingenbeleid>, geraadpleegd 22 februari 2022.

[2] E. Nissen & I.D.A. Sportel, *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht: Een juridisch-empirische analyse*, WODC 2021.

[3] N. Ismaili, ‘Met de kennis van nu: Kreeg het Kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden?’, *A&MR* 2019, nr. 7/8, N. Ismaili, ‘Fysieke nabijheid versus gezinsleven middels Skype: Een vergelijking van familie- en migratiezaken’, *FJR* 2019, nr. 7/8, M. Meijer, ‘Belang van het kind te vaak genegeerd’, *A&MR* 2016, nr. 1, 2016, R. Bruin & S. Kok, ‘Het kind in de asielpcedure. Lessen uit internationale rapporten’, *A&MR* 2015 nr. 4, M.E. Kalverboer & D. Beltman, General Comment 14 in vreemdelingenprocedures, *FJR* 2014 nr. 7/8, D. Beltman & E. Zijlstra, ‘De doorwerking van «het belang van het kind» ex artikel 3 VRK in het migratierecht: Vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing’, *Journal Vreemdelingenrecht* 2013, nr. 4, A.M. Reneman, ‘Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten

van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht', *A&MR* 2011, nr. 8.

[4] Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (*Stb.* 2019, 143) en [Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2477](#).

[5] Zie <https://www.volkskrant.nl/cs-b7ffcf9e>, geraadpleegd 22 februari 2022.

[6] <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/09/08/lili-en-howick-mogen-in-nederland-blijven-a1615807>. Andere bekende voorbeelden zijn de zaak van Mauro, Sahar, Nunë en Davit en Kamilla en Ashley.

[7] Ook de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), en organisaties als Vluchtelingenwerk bepleitten de terugkeer van deze bevoegdheid, zie ACVZ, Wetsadvies 'Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid', Den Haag 2019 en Vluchtelingenwerk, ASKV en Stichting LOS, Een humanitair vangnet in schrijnende situaties. Nut en noodzaak van de discretionaire bevoegdheid in het asiel- en migratiebeleid, 2021.

[8] [Kamerstukken II 2015/16, 34541, nr. 2](#).

[9] [Kamerstukken II 2015/16, 34541, nr. 3](#), p. 2.

[10] [Kamerstukken II 2016/17, 34541, nr. 5](#), [Kamerstukken II 2018/19, 34541, nr. 8](#), p. 1 en [Kamerstukken II 2020/21, 34541, nr. 16](#).

[11] D. Brouwer, annotatie bij ABRvS 19 oktober 2021, 202006185/1/V1, *JV* 2021/231, ECLI:NL:RVS:2021:2321.

[12] Zie Raad van State, Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, par. 5.8 en Raad van State, Verslag van de werkgroep juridische reflectie. Ten behoeve van de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de kinderopvangtoeslagzaken.

[13] Zie Raad van State 10 december 2021, 202102237/1/V3, ECLI:NL:RVS:2021:2780 en <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130032/conclusie-afsluitingsregeling/>. De Raad van State geeft zelf overigens niet aan dat sprake is van een nieuwe lijn en verwijst zelf naar eerdere uitspraken, toch vallen deze uitspraken wel op, zie ook de redactionele noot van T. de Lange en G.J. Dijkman bij bovengenoemde uitspraak.