

Vergaderjaar 2011–2012

33 068

Voorstel van wet van de leden Samsom en Voordewind tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 houdende versterking van de positie van in Nederland gewortelde minderjarige vreemdelingen

Nr. 5

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, d.d. 22 december 2011 en de reactie van de indieners d.d. 27 februari 2012, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling is cursief afgedrukt.

De indieners danken de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling advisering) voor het advies over het voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 houdende versterking van de positie van in Nederland gewortelde minderjarige vreemdelingen (hierna: het initiatiefvoorstel). In deze reactie gaan de indieners in op de verschillende opmerkingen van de Afdeling advisering. Waar dat gewenst is geacht, zijn wijzigingen in de memorie van toelichting aangebracht. Een *memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State* wordt dan ook uitgebracht.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 oktober 2011 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Spekman en Voordewind tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 houdende versterking van de positie van in Nederland gewortelde minderjarige vreemdelingen, met memorie van toelichting.

Het initiatiefvoorstel strekt ertoe een toelatingsgrond in de Vreemdelingenwet te introduceren voor in Nederland geworteld geraakte kinderen van (uitgeprocedeerde) asielzoekers die met uitzetting worden bedreigd. Daartoe roept het initiatiefvoorstel twee regimes in het leven voor kinderen die de leeftijd van eenentwintig jaren nog niet hebben bereikt en die zich niet aan het toezicht hebben onttrokken. In het eerste regime gaat het om vreemdelingen die feitelijk behoren of hebben behoord tot het gezin van een vreemdeling van wie de aanvraag voor een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd asiel bij onherroepelijke beschikking is afgewezen. Het tweede regime heeft betrekking op vreemdelingen die als alleenstaande minderjarige vreemdelingen naar Nederland zijn gekomen. Voor beide regimes geldt dat de vreemdeling gedurende acht (eerste

regime) dan wel vijf jaren (tweede regime) in Nederland heeft verbleven mede vanwege aan de overheid toe te rekenen handelen of nalaten. De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het voorstel opmerkingen over de verenigbaarheid hiervan met het stelsel van de Vreemdelingenwet, het toerekenbaar handelen en nalaten van de overheid, de rechten van kinderen, de «geworteldheid» en de randvoorwaarden.

1. Verenigbaarheid met het stelsel van de Vreemdelingenwet

a. Wettelijk stelsel

In het stelsel van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) kan een vreemdeling een verblijfsvergunning aanvragen voor hetzij regulier verblijf¹, zoals arbeid of gezinshereniging, dan wel voor asiel², hetzij als vluchteling of als asielgerechtigde. Wanneer de aanvraag wordt afgewezen staat daartegen op grond van de wet rechtsbescherming open in de vorm van beroep op de rechter. Wanneer de aanvraag wordt afgewezen en het daartegen ingestelde beroep ongegrond wordt verklaard, betekent dit het einde van rechtmatig verblijf in Nederland en daarmee houdt dit een plicht in voor de vreemdeling om uit Nederland te vertrekken.³ Doet hij dat niet vrijwillig, dan kan hij worden uitgezet. Wanneer sprake is van nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden kan de vreemdeling een herhaald verzoek indienen.⁴ Is de uitkomst daarvan eveneens negatief en is het daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard, dan geldt eveneens een vertrekplicht.

Door daaraan geen gehoor te geven of door het verschillende keren indienen van een asielverzoek kan het voorkomen dat een asielzoeker jarenlang in Nederland verblijft zonder in het bezit te zijn (geweest) van een verblijfsvergunning.

Voor alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv's) die als zodanig zijn toegelaten geldt dat hen verblijf is toegestaan in Nederland (als amv) tot de leeftijd van achttien jaren. Bij het bereiken van de meerderjarige leeftijd eindigt hun rechtmatig verblijf in Nederland en dienen zij Nederland te verlaten, tenzij zij in aanmerking komen voor een reguliere verblijfsvergunning (voortgezet verblijf).

b. Beleidsdilemma's

Wanneer in de praktijk situaties ontstaan dat kinderen van (uitgeprocedeerde) asielzoekers langer dan acht jaar, of als amv langer dan vijf jaar, in Nederland hebben verbleven, omdat de betrokken vreemdeling een hernieuwde aanvraag heeft gedaan of opnieuw een procedure is begonnen, of is «uitgeprocedeed» maar niet vertrokken, kan sprake zijn van een schrijnend geval wanneer terugkeer naar het land van herkomst tot ernstige problemen leidt of feitelijk onmogelijk is. In dat geval ontstaat een beleidsdilemma: de vreemdeling voldoet niet aan de voorwaarden voor een verblijfsvergunning, maar kan evenmin worden uitgezet, omdat dit feitelijk onmogelijk is dan wel dat de afwijzing van de aanvraag voor een verblijfsvergunning «een onbillijkheid van overwegende aard» zou inhouden. Vaak spreekt men hier van schrijnende gevallen. Of en wanneer sprake is van een schrijnend geval laat zich echter niet in een algemene regel omschrijven, maar vereist maatwerk waarin de relevante belangen zorgvuldig worden gewogen. Op grond van de Vreemdelingenwet 2000⁵ en de daarop gebaseerde discretionaire bevoegdheid⁶ heeft de Minister de mogelijkheid om te beslissen in welke schrijnende gevallen hij alsnog een verblijfsvergunning verleent. De «schrijnendheid» zal de Minister afleiden uit de omstandigheden van het geval en niet uit het enkele feit dat de vreemdeling vijf of acht jaar in Nederland heeft verbleven zonder in het bezit te zijn (geweest) van een verblijfsvergunning. Daarbij is het

¹ Artikel 14 van de Vw 2000.

² Artikel 28 van de Vw 2000.

³ Artikel 27 (regulier) en artikel 45 (asiel) van de Vw 2000.

⁴ Artikel 31a van de Vw 2000.

⁵ Artikel 13 j° artikel 16 van de Vw 2000.

⁶ Artikel 3.4, derde lid, van het Vb 2000.

beleid erop gericht om het risico van «aanzuigende werking» zo klein mogelijk te doen zijn. Voorkomen moet worden dat een verblijfsvergunning wordt verleend als premie op de weigering om vrijwillig te vertrekken.¹

c. Voorgestelde oplossing

De hiervoor geschetste mogelijkheid voor de Minister om in individuele gevallen te beslissen op grond van zijn discretionaire bevoegdheid is voor de initiatiefnemers onvoldoende. Het initiatiefvoorstel voorziet er in om de kinderen van uitgeprocedeerde asielzoekers na acht jaar «verblijf» in Nederland alsnog een verblijfsvergunning te geven op grond van hun «geworteldheid» in Nederland. Omdat kinderen niet mogen worden gescheiden van hun ouders betekent dit, dat aan de ouders (en eventuele overige gezinsleden) eveneens verblijf wordt toegestaan.² Volgens het initiatiefvoorstel komen amv's wanneer zij geen rechtmatig verblijf (meer) hebben in Nederland als amv alsnog in aanmerking voor een verblijfsvergunning op grond van hun «geworteldheid» na vijf jaren. Het initiatiefvoorstel wil aldus bewerkstelligen dat vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf (meer) hebben in de zin van de Vw 2000 in de aangegeven gevallen alsnog een verblijfstitel wordt verleend. Daarmee wordt een algemene regel ingevoerd die geen rekening houdt met persoonlijke achtergronden en oorzaken en die bepaalt dat wanneer in meerdere instanties is vastgesteld dat een vreemdeling geen verblijfsrecht (meer) toekomt in Nederland en alle wettelijke mogelijkheden zijn uitgeput, de betrokken vreemdeling en zijn eventuele gezinsleden alsnog een verblijfsvergunning krijgen.

d. Conclusie

De Afdeling merkt op dat op deze wijze de indruk wordt gewekt dat aan eerdere oordelen omtrent het verblijfsrecht alsnog feitelijk en juridisch hun werking wordt ontnomen als ook dat juist diegenen die geen gehoor hebben gegeven aan de vertrekplicht, waar anderen dat wel hebben gedaan, uiteindelijk een verblijfsrecht krijgen. Om deze verkeerde prikkels te vermijden zou, waar mogelijk, een verbetering op het punt van snelheid en zorgvuldigheid van beslissingen in asielprocedures meer voor de hand liggen. Met het initiatiefvoorstel wordt gepoogd veranderingen te brengen in het feitelijke resultaat, niet in de procedures die daartoe hebben geleid.³ Aangezien het initiatiefvoorstel geen wijzigingen beoogt van de bestaande procedures, waaronder het gebruik van de discretionaire bevoegdheid, is naar het oordeel van de Afdeling niet de noodzaak aangetoond om veranderingen aan te brengen in de mogelijke uitkomst daarvan.

1. Verenigbaarheid met stelsel van de Vreemdelingenwet

De Afdeling advisering maakt een aantal opmerkingen over de verenigbaarheid van het initiatiefvoorstel met het bestaande stelsel van de Vreemdelingenwet 2000. Onder meer wordt gewezen op de bestaande mogelijkheid van de discretionaire bevoegdheid en op het doel van het huidige vreemdelingenbeleid om het risico op aanzuigende werking zo klein mogelijk te doen zijn. Ook wijst de Afdeling advisering op de mogelijkheid om beslissingen in asielprocedures te verbeteren.

Discretionaire bevoegdheid

Allereerst gaan de indieners in op de verwijzing naar de bestaande discretionaire bevoegdheid. In tegenstelling tot hetgeen de Afdeling advisering suggereert, biedt die bevoegdheid geen oplossing voor de doelgroep van het initiatiefvoorstel: een aanzienlijk aantal gewortelde kinderen van vreemdelingen. De discretionaire bevoegdheid is een

¹ Zie de voorlichting van de Afdeling advisering over de initiatiefnota «Altijd onderdak voor kinderen», Kamerstukken II 32 566, nr. 4, blz. 3.

² Toelichting op het initiatiefvoorstel, blz. 22 en 23.

³ Idem, blz. 3.

algemene afwijkingsbevoegdheid voor uitzonderlijke gevallen. Helaas vormen gewortelde kinderen van vreemdelingen die bedreigd worden met uitzetting, geen uitzondering. Zoals in de toelichting bij dit initiatiefvoorstel wordt onderbouwd, zijn er honderden, wellicht duizenden gewortelde kinderen die met uitzetting worden bedreigd. De aard van het instrument van de discretionaire bevoegdheid brengt met zich dat het bedoeld is voor uitzonderlijke gevallen en daarmee juist niet voor categoriaal beleid ten aanzien van een afgebakende groep. Dit is de reden waarom deze wet voor de genoemde groep kinderen een toelatingsgrond introduceert. Met de voorgestelde wijziging kiezen de indieners voor een wijziging van het beleid in plaats van te rekenen op een toevallige correctie van ontoereikend beleid door middel van het instrument van de discretionaire bevoegdheid.

Naast het bovenstaande wordt de voorgestelde wijziging als noodzakelijk beschouwd. De indieners beschouwen het uitzetten van in Nederland gewortelde kinderen naar een voor hen onbekend land in beginsel altijd als schrijnend. Zoals in de toelichting bij het initiatiefvoorstel is onderbouwd, raken kinderen ernstig beschadigd in hun emotionele, sociale en cognitieve ontwikkeling als zij gedwongen hun thuisbasis moeten achterlaten. Een keuze voor de belangen van deze kinderen, zoals gemaakt in dit initiatiefvoorstel, garandeert dat aan het belang van het voorkomen van die schade en het behoud van hun thuisbasis voorrang wordt verleend.

Die garantie biedt de discretionaire bevoegdheid niet. Voor de invulling van de discretionaire bevoegdheid zijn geen criteria in wet- of regelgeving neergelegd. Dat maakt de toepassing ervan in individuele zaken onzeker en deels willekeurig. Het initiatiefvoorstel kiest er daarentegen voor de belangen van gewortelde kinderen te beschermen door objectieveerbare regels neer te leggen in een wet. Dit waarborgt de rechtszekerheid en zorgt ervoor dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Daar komt bij dat het instrument van de discretionaire bevoegdheid met zich brengt dat er geen juridisch afdwingbaar recht aan kan worden ontleend op grond waarvan de belangen van minderjarige kinderen en hun worteling in Nederland moeten worden meegewogen. In de «officiële criteria» voor het beoordelen van aanvragen op schrijnendheid, die door de minister van Justitie in 2007 naar de Kamer zijn gestuurd¹, ontbreekt het element van worteling van kinderen. Omstandigheden die duiden op integratie in de Nederlandse samenleving leiden op zichzelf niet tot verblijfsaanvaarding en aan een verblijf van kinderen van langer dan vijf jaar wordt geen zelfstandige betekenis toegekend.

Aanzuigende werking

De Afdeling advisering wijst er voorts op dat het vreemdelingenbeleid erop gericht is het risico van «aanzuigende werking» zo klein mogelijk te doen zijn. De indieners ondersteunen dat onderdeel van het beleid en delen de opmerking dat voorkomen moet worden dat een verblijfsvergunning wordt verleend als premie op de weigering om vrijwillig te vertrekken. De indieners zijn dan ook van mening dat het initiatiefvoorstel op dit punt past in de bestaande wet- en regelgeving. Illegale vreemdelingen en vreemdelingen die zich aan het toezicht hebben onttrokken, komen volgens de tekst van het initiatiefvoorstel niet in aanmerking voor een verblijfsvergunning. Gezien de lange termijn van acht jaar zullen vreemdelingen die enkel kansloze procedures opstarten evenmin in aanmerking komen voor toelating op grond van de wet. Dit, samen met de overige, nog bijkomende voorwaarden, maakt dat de indieners van mening zijn dat van het wetsvoorstel geen extra aanzuigende werking zal uitgaan.

¹ Kamerstukken II, 2006/2007, 19 637, nr. 1131.

De indieners delen niet de opvatting van de Afdeling advisering dat met de door het initiatiefvoorstel geïntroduceerde toelatingsgrond de indruk wordt gewekt dat aan eerdere oordelen omtrent het verblijfsrecht alsnog feitelijk en juridisch hun werking wordt ontnomen. De Vreemdelingenwet 2000 bevat een groot aantal toelatingsgronden op basis waarvan verblijf kan worden verkregen, bijvoorbeeld vanwege gezinsleven, arbeid, medische behandeling of het buiten schuld niet kunnen terugkeren naar het land van herkomst. Ook dat zijn vormen van toelating die door vreemdelingen kunnen worden verkregen na een eerdere afgewezen of afgelopen verblijfsvergunning. Dat is bij de toelatingsgrond voor gewortelde kinderen niet anders. Die geeft aan de worteling en de thuisbasis van kinderen een eigen zelfstandige betekenis, op grond waarvan toelating mogelijk is. Aan kinderen kunnen lange procedures, falen van de overheid of tegenwerking door ouders namelijk niet worden toegerekend. De indieners zijn van mening dat het daarom ook niet gerechtvaardigd is om die kinderen daar per definitie de dupe van te laten worden.

Versnelling procedures

De Afdeling advisering is niet overtuigd van de noodzaak van het initiatiefvoorstel, zolang niet eerst bestaande procedures, waaronder de discretionaire bevoegdheid, worden aangepast. In reactie hierop wijzen de indieners er allereerst op dat de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken met het advies «Om het maatschappelijk belang» al verbeteringen voor de toepassing van de discretionaire bevoegdheid heeft aangereikt. Die verbeteringen verdienen opvolging, maar bieden geen structurele oplossing voor gewortelde kinderen en maken de eerder genoemde beperkingen van de bevoegdheid niet anders. Wat betreft de bestaande toelatingsprocedures stellen de indieners vast dat met de introductie van de Vreemdelingenwet 2000 en de inwerkingtreding van de vernieuwde asielprocedure in 2010 reeds twee keer de procedures zijn versneld, vereenvoudigd en aangescherpt. Met de door de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel in 2011 aangekondigde Beleidsvisie stroomlijning toelatingsprocedures zal opnieuw een inzet in die richting worden gepleegd. De indieners stellen echter vast dat de twee eerstgenoemde aanpassingen weliswaar hebben geleid tot betere en snellere procedures, maar niet hebben en zullen voorkomen dat er een aanzienlijk aantal individuele procedures is, waarbij de lengte van het totale verblijf is opgelopen tot langer dan vijf jaar, langer dan acht jaar of meer. De genomen maatregelen zorgen er met name voor dat de «bulk» zaken gemiddeld sneller kan worden weggewerkt en dat kansloze aanvragen sneller kunnen worden afgewezen. Ze bewerkstelligen echter niet, of in minimale mate, de versnelling van ingewikkelde zaken. De implementatie van de genoemde Beleidsvisie zal wellicht tot een nieuwe versnelling van procedures kunnen leiden, maar zal evenmin toereikend blijken om lange procedures in de toekomst volledig uit te sluiten. Door de onvolkomenheden van het systeem van toelating, verblijf en terugkeer is het onvermijdelijk dat de afhandeling van een aantal zaken onverhoopt toch zeer lang zal duren vanwege bijkomende omstandigheden. Zoals ook in de toelichting bij dit initiatiefvoorstel is opgemerkt, zullen er altijd voormalige asielzoekers zijn die medische problemen hebben, zullen er altijd veranderende veiligheidssituaties blijven in de landen van herkomst en zal terugkeer naar diverse landen in bepaalde situaties moeizaam blijven verlopen.

2. Handelen of nalaten van de overheid

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling enkele opmerkingen over het initiatiefvoorstel. In het voorstel wordt uitgegaan van het standpunt dat de worteling in Nederland na vijf (amv's) dat wel na acht

jaren (voor kinderen van asielzoekers) mede is veroorzaakt door handelen of nalaten van de overheid. Allereerst is daarbij de vraag wat de betekenis is van het woordje «mede», nu de toerekenbaarheid ten volle bij de overheid wordt gelegd zonder rekening te houden met de toerekenbaarheid van de betrokken vreemdeling zelf of diens ouders. Blijkens de toelichting op het initiatiefvoorstel zijn ook gerechtelijke procedures waarin het beroep van de vreemdeling gegrond wordt verklaard vanwege een motiveringsgebrek toerekenbaar aan de overheid als een «onjuiste beslissing», omdat, volgens de toelichting, de betrokken vreemdeling «in het gelijk is gesteld». Deze weergave miskent het feit dat een motiveringsgebrek niet noodzakelijk betekent dat de (afwijzende) beslissing inhoudelijk onjuist is (geweest). Voorts kan nader onderzoek naar de feiten of de echtheid van documenten uit oogpunt van een zorgvuldige besluitvorming alleszins zijn gerechtvaardigd, waar het initiatiefvoorstel dit aanmerkt als een handelen of nalaten door de overheid dat slechts leidt tot (nodeloze) vertraging. Dat geldt ook in het geval een besluit¹ of vertrekmoratorium² is afgekondigd, of wanneer rechterlijke beslissingen zijn aangehouden in afwachting van richtinggevende (prejudiciële) uitspraken van het Hof van Justitie van de EU of van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

De Afdeling stelt vast dat de verantwoordelijkheid voor vertraging van besluitvorming en procedures over een verblijfsvergunning niet eenzijdig op de overheid kan worden afgewenteld.³ Voor zover de overheid aantoonbaar nalatig is geweest in het tijdig beslissen kan daartegen met bestaande middelen, zoals het opleggen van een beslistermijn onder verbeurte van een dwangsom, worden opgekomen. De Afdeling is daarom van oordeel dat de toelichting geen evenwichtige analyse geeft van de toerekenbaarheid van vertragingen in verblijfsprocedures en het daardoor veroorzaakte langdurig verblijf in Nederland van de betreffende categorieën vreemdelingen en dat evenmin is onderzocht of met bestaande middelen vertragingen en een langdurig onrechtmatig verblijf kan worden voorkomen.

2. Toerekenbaarheid overheid

De Afdeling advisering geeft een aantal voorbeelden van vertragingen die naar haar opvatting niet het handelen of nalaten van de overheid betreffen. De indieners kwalificeren dit echter wel zodanig. Zo vindt de Afdeling advisering dat een gegrond verklaard beroep vanwege een motiveringsgebrek niet betekent dat de vreemdeling «in het gelijk is gesteld» omdat een motiveringsgebrek nog niet betekent dat er een onjuist besluit is genomen. De Afdeling advisering mist hierbij echter het punt dat de verlengde procesgang wel degelijk volledig aan de overheid is toe te rekenen, vanwege het feit dat die verlengde procesgang voortkomt uit een door de overheid zelf onvoldoende gemotiveerd besluit. Het is die verlenging, die op geen enkele manier de betrokken vreemdeling of de ouders valt toe te rekenen, maar die wel bijdraagt aan worteling.

Tevens beschouwt de Afdeling advisering feitenonderzoek of onderzoek naar de echtheid van documenten, alsmede besluit- of vertrekmoratoria of het aanhouden van beslissingen in afwachting van richtinggevende uitspraken van bijvoorbeeld het EHRM, als gerechtvaardigde verlenging van de procedure. De indieners betwisten op geen enkele wijze de legitimiteit en zorgvuldigheid van deze overheidshandelingen. Wel stellen ze dat dit handelen of nalaten van de overheid de verblijfstijd van de betrokken vreemdeling aanzienlijk kan verlengen en bijdraagt aan worteling. Bovenstaande handelingen kunnen de overheid lang niet altijd worden aangerekend, maar dit betekent niet dat de vreemdeling automatisch verwijt treft en een geworteld kind de nadelige consequenties ervan zou moeten dragen.

¹ Artikel 43 van de Vw 2000.

² Artikel 45, derde lid, van de Vw 2000.

³ Zie de voorlichting van de Afdeling advisering over de initiatiefnota «Altijd onderdak voor kinderen», Kamerstukken II 32 566, nr. 4, blz. 4.

In dit licht moet tevens de betekenis van het woord «mede» worden gelezen; om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning op grond van dit initiatiefvoorstel moet het lange verblijf «mede» zijn toe te rekenen aan het handelen van de overheid. De Afdeling advisering constateert hieromtrent dat de toerekenbaarheid echter ten volle bij de overheid wordt gelegd, zonder rekening te houden met de toerekenbaarheid van het kind of diens ouders. Die constatering is onjuist. De indieners wijzen erop dat dit initiatiefvoorstel er enkel voor zorgt dat in die situaties waarbij de overheid het lang verblijf deels is toe te rekenen, gewortelde kinderen verblijf krijgen. Het «falen» van de overheid rechtvaardigt in dat geval de keuze voor het gewortelde kind. Met het uitsluiten van illegale vreemdelingen en het stellen van de voorwaarde dat de vreemdeling zich niet aan het toezicht van de overheid mag hebben onttrokken, is ook de toerekenbaarheid van de vreemdelingen voor het bestaan van lang verblijf ingevuld. De indieners kiezen er niet voor het indienen van toelatingsaanvragen of het instellen van bezwaar, beroep of hoger beroep door de vreemdelingen zelf aan hen toe te rekenen. Dit zijn namelijk wettelijke middelen om toelating te verkrijgen of tegen de afwijzing van een vergunningsaanvraag te procederen. Als deze middelen worden misbruikt of ingezet voor kansloze aanvragen bestaan er voldoende instrumenten om dit aan te pakken en die aanvragen snel af te doen, waardoor niet aan acht jaar verblijf kan worden gekomen. Juist zaken die bijvoorbeeld vanwege de slechte veiligheidssituatie in het land van herkomst of vanwege medische problemen al lang slepen, vallen daarmee onder het bereik van dit initiatiefvoorstel.

Anders dan de Afdeling advisering stelt, is juist vanuit een evenwichtige analyse gekozen voor een oplossing met meerdere voorwaarden voor toelating en het niet belonen van illegaal verblijf. De Afdeling advisering stelt nog dat wanneer de overheid aantoonbaar nalatig is geweest er al bestaande middelen zijn om daartegen op te komen. Hiermee wordt voorbijgegaan aan het feit dat deze middelen op geen enkele manier het doel van dit initiatiefvoorstel dienen. De schade van het uitzetten van gewortelde kinderen wordt namelijk niet voorkomen door het opleggen van een dwangsom aan de IND.

3. Rechten van kinderen

In de toelichting wordt geconstateerd dat in de Vw 2000 een toelatingsgrond voor «gewortelde» kinderen ontbreekt. De Afdeling wijst erop dat «de kinderrechten» geen vanzelfsprekend recht op verblijf in Nederland inhouden, evenmin als andere verdragsbepalingen, zoals artikel 8 van het EVRM dat doen.¹ Artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) schrijft voor dat de verdragsstaten het belang van het kind als «a primary consideration» zullen betrachten. Het belang van het kind is daarmee zwaarwegend, maar niet a priori doorslaggevend. Met welke factoren het belang van het kind het beste is gediend en welke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen is afhankelijk van het concrete geval.² De Afdeling deelt daarom niet de opvatting van de initiatiefnemers dat een «zelfstandig juridisch afdwingbare grond» moet worden gecreëerd die «recht doet aan de belangen van gewortelde minderjarige kinderen».³

3. Rechten van kinderen

De indieners zijn teleurgesteld over de invulling die de Afdeling advisering in het advies geeft aan kinderrechten. Waar door de indieners in het fundament van het initiatiefvoorstel een keuze vóór gewortelde kinderen is gemaakt, gaat de Afdeling advisering daaraan voorbij en interpreteert zij het initiatiefvoorstel op andere wijze. Anders dan de Afdeling

¹ Idem, blz. 5.

² Idem (voorlichting van de Afdeling advisering over de initiatiefnota «Altijd onderdak voor kinderen», Kamerstukken II 32 566, nr. 4), blz. 3.

³ Toelichting op het initiatiefvoorstel, blz. 8 en 9.

advisering suggereert, staat in de memorie van toelichting niet dat artikel 3 van het IVRK of artikel 8 van het EVRM een recht op verblijf voor kinderen zou inhouden. De indieners delen juist de overweging van de Afdeling advisering dat het belang van het kind niet a priori doorslaggevend is. Daarom is het wetsvoorstel op zodanige wijze vormgegeven dat enkel onder nauw omschreven voorwaarden kinderen een verblijfsstatus verleend moet worden. Daarbij speelt niet alleen het belang van het kind een rol, maar ook de lengte van het verblijf, het handelen van de overheid en het handelen van de vreemdeling. Het EVRM en het IVRK vereisen deze toelatingsgrond niet, maar bieden daarvoor een geschikte grondslag, zoals in de toelichting bij het initiatiefvoorstel is vermeld. Enkel als aan de voorwaarden is voldaan, wordt aan de belangen van het kind doorslaggevende betekenis toegekend.

Anders dan de Afdeling advisering zijn de indieners niet van mening dat «met welke factoren het belang van het kind het beste is gediend (...) afhankelijk is van het concrete geval». Door, in de toelichting bij het initiatiefvoorstel opgenomen, wetenschappelijk onderzoek is aangetoond dat de belangen van kinderen die meer dan vijf jaar in Nederland verblijven en derhalve geworteld zijn – uitzonderingen daargelaten – het meest gediend zijn bij het behouden en continueren van de sociale omgeving, het onderwijs en de culturele gewoonten. Mocht bij uitzondering blijken dat een in Nederland geworteld kind beter af zou zijn met terugkeer naar het land van herkomst, laat het voorliggend initiatiefvoorstel ook de mogelijkheid open daarmee in concrete gevallen rekening te houden. Echter, zo menen de indieners, dient de generieke situatie het uitgangspunt van een wet te zijn en moet niet «de uitzondering op de regel» tot wet worden verheven. In het advies wordt voor het overige niet ingegaan op de in het initiatiefvoorstel onderbouwde en ingevulde belangen van gewortelde kinderen van vreemdelingen.

4. Geworteldheid

Volgens de toelichting moet worteling in Nederland van kinderen van asielzoekers een zelfstandige toelatingsgrond worden in de Vw 2000. De initiatiefnemers duiden met worteling op het «thuis zijn geraakt in een sociale omgeving» en «in de Nederlandse gemeenschap». De toelichting voorziet niet in objectieve criteria om de mate van «worteling» te kunnen vaststellen. Het tijdsverloop geeft als criterium weinig houvast, want waar kinderen van asielzoekers na acht jaren worden geacht te zijn «geworteld»,¹ zijn amv's dat volgens de indieners reeds na vijf jaren. De Afdeling is van oordeel dat de «worteling» als toelatingsgrond in de toelichting ontoereikend is uitgewerkt om in de praktijk te worden toegepast en dat een dergelijk criterium leidt tot willekeur. Dat zal met name het geval zijn wanneer «worteling» wordt verbonden aan de mate van mogelijk «identiteitsverlies» of «verlies van ontwikkelingsperspectief» ten gevolge van terugkeer in het land van herkomst.

4. Geworteldheid

Met betrekking tot de opmerkingen van de Afdeling advisering over het criterium «worteling» in het initiatiefvoorstel, merken de indieners op dat de genoemde bezwaren zijn ondervangen door «worteling» aan te nemen als sprake is van een verblijfsduur van vijf, respectievelijk acht jaar. Dit is vergelijkbaar met het in 2011 ingestelde speciale beleid voor verwesterde Afghaanse meisjes, waar «verwestering» na een verblijfsduur van acht jaar eveneens wordt aangenomen. Vanwege de onvermijdelijk ingewikkelde en uitgebreide toets om «worteling» vast te stellen, is voor deze oplossing gekozen. Die keuze rust op twee pijlers: het wetenschappelijk onderzoek over de worteling van minderjarige kinderen van vreemde-

¹ Blijkens de toelichting op het initiatiefvoorstel (blz. 11) bestaat bij een kortere periode het gevaar van «aanzuigende werking» en wordt met de termijn (in beginsel aaneengesloten periode) van acht jaren voorkomen dat enkel kansloze verblijfsaanvragen worden ingediend.

lingen en het doel om aanzuigende werking en misbruik van de verblijfsgrond te voorkomen. Met de keuze voor vijf, respectievelijk acht jaar verblijf als toelatingsvoorwaarde is, naar de mening van de indieners, tussen beide pijlers een evenwicht gevonden. De term «worteling» dient, evenals de term «verwestering», daarom ook meer om het kernachtige element van de groep kinderen aan te geven, dan als toetsvoorwaarde.

5. Randvoorwaarden

Degene die op grond van de «geworteldheid» een verblijfsrecht zou moeten toekomen in Nederland dient aan een aantal voorwaarden te voldoen.

Een eerste voorwaarde is dat de vreemdeling zich niet aan het toezicht mag hebben onttrokken, met andere woorden: steeds «in het zicht» van de overheid is geweest.¹ Doelstelling is dat wordt uitgesloten dat kinderen van illegale vreemdelingen verblijf verkrijgen op grond van «geworteldheid», aldus de toelichting.¹ De Afdeling constateert hier een spanning met het uitgangspunt van het initiatiefvoorstel van de «geworteldheid» van kinderen van uitgeprocedeerde vreemdelingen, die immers geen rechtmatig verblijf hebben en dus, in termen van het voorstel, illegaal zijn, ook als zij in het «zicht van de overheid» zijn gebleven.

Een tweede voorwaarde is dat de verblijfsvergunning op grond van «geworteldheid» wordt aangevraagd door de vreemdeling vóór zijn eenentwintigste levensjaar wanneer hij als minderjarige² in vijf of acht jaar in Nederland is «geworteld». Een verblijfsvergunning is evenwel uitgesloten wanneer het gezin waartoe de «gewortelde» als minderjarige heeft behoord tussen diens achttiende en eenentwintigste levensjaar is teruggekeerd.³

Een derde voorwaarde is dat (voor of namens) de betrokkene een asielaanvraag is ingediend. Kinderden van illegale vreemdelingen of van vreemdelingen die een verblijfsvergunning regulier hebben aangevraagd vallen buiten het bereik van het initiatiefvoorstel.⁴

Ten slotte is een voorwaarde dat het lang verblijf in Nederland – waarin de «worteling» heeft plaatsgevonden – mede toerekenbaar is aan handelen of nalaten van de overheid. Ten aanzien van deze laatste voorwaarde verwijst de Afdeling naar hetgeen is opgemerkt onder punt 2.

Binnen deze randvoorwaarden schatten de initiatiefnemers dat «wellicht» tussen de 500 tot 800 kinderen op grond van het initiatiefvoorstel in aanmerking zouden kunnen komen voor een verblijfsvergunning.⁵

De Afdeling merkt op dat bij de randvoorwaarden niet is genoemd dat de vreemdeling geen gevaar mag opleveren voor de openbare orde. De Afdeling wijst er in dit verband op dat een inbreuk op of gevaar voor de openbare orde een reden kan zijn voor verblijfsbeëindiging, ook voor minderjarigen.⁶

5. Randvoorwaarden

De spanning die de Afdeling advisering in het initiatiefvoorstel constateert tussen het verlenen van verblijf aan gewortelde kinderen zonder rechtmatig verblijf en het uitgangspunt kinderen van illegale vreemdelingen uit te sluiten van verblijf op grond van de wet, signaleren de indieners niet. Het niet belonen van illegaliteit in de zin van het initiatiefvoorstel is gericht op vreemdelingen die zich duurzaam zonder legaal verblijf in Nederland hebben gevestigd en zich (langdurig) hebben onttrokken aan het toezicht van de overheid. In de praktijk betreft dit bijvoorbeeld vreemdelingen die ondergedoken leven, geen verblijfsprocedures aanvragen en niet werken aan terugkeer naar het land van herkomst. Het initiatiefvoorstel biedt geen legaliseringsmogelijkheid voor deze groep. Dat zou een enorme aanzuigende werking tot gevolg kunnen hebben en is praktisch onuitvoerbaar. Toelating wordt enkel mogelijk gemaakt voor een

¹ Idem, blz. 15.

² «Minderjarig» betekent dat het verblijf in Nederland wordt berekend tot het achttiende levensjaar.

³ Toelichting op het initiatiefvoorstel, blz. 12.

⁴ Idem, blz. 12.

⁵ Idem, blz. 21 en 23.

⁶ EHRM (Grote Kamer) 23 juni 2008, nr. 1638/03, (Maslov t. Oostenrijk), par. 85 en EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08 (A.A. t. VK), par. 60.

bepaalde groep kinderen van vreemdelingen die in lange verblijfsprocedures verwickeld zijn en in beeld zijn gebleven bij de overheid. Ook voor die groep kan in delen van de verblijfsperiode het rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8 van de Vreemdelingenwet ontbreken, omdat in bepaalde fases van de verblijfsprocedure er geen sprake is van rechtmatig verblijf (bijvoorbeeld tijdens hoger beroep). Deze vorm van het ontbreken van rechtmatig verblijf wordt de doelgroep van deze wet niet tegengeworpen. Het is evident dat een geworteld kind dat op grond van deze initiatiefwet legaal verblijf kan krijgen, op het moment van de aanvraag nog geen verblijfsvergunning heeft. Waar nodig om mogelijke onhel- derheid weg te nemen is de toelichting bij dit voorstel op dit punt aangepast.

Ten aanzien van het ontbreken van de randvoorwaarde dat de vreem- deling geen gevaar mag opleveren voor de openbare orde, merken de indieners op dat dit gevaar volgens de Vreemdelingenwet 2000 altijd een contra-indicatie kan vormen voor het verlenen van een verblijfsver- gunning regulier, volgens artikel 16, eerste lid, sub d, van die wet. Om die reden is dit niet expliciet in het voorstel opgenomen, maar deze contra- indicatie geldt onverkort. Ook dit zal voor de volledigheid in de toelichting worden opgenomen.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

De indieners,
Samsom
Voordewind