

Vergaderjaar 2016–2017

34 541

Voorstel van wet van de leden Voortman en Kuiken tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind

Nr. 5

BRIEF VAN DE ADVIESCOMMISSIE VOOR VREEMDELINGENZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 februari 2017

Bij brief van 8 november 2016 heeft u de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) namens de Tweede Kamer verzocht om advies te geven over het voorstel van wet van de Tweede Kamerleden Voortman en Kuiken (indieners) tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) in verband met het verankeren van het belang van het kind (Kamerstuk 34 541). Met deze brief voldoet de ACVZ aan uw verzoek.

1. De kern van het advies

De ACVZ staat positief tegenover de wens van de indieners van het wetsvoorstel om in de Vreemdelingenwet een uitwerking op te nemen van de algemene norm, die besloten ligt in artikel 3, eerste lid van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). De wijze waarop daaraan in het wetsvoorstel vorm is gegeven en de toelichting daarop in de memorie van toelichting roepen bij de adviescommissie echter teveel vragen op om tot een uitgewerkte advisering te komen. Daarom heeft de adviescommissie ervoor gekozen om in dit advies de belangrijkste vragen die zij ziet, stuk voor stuk te benoemen en van een toelichting te voorzien en heeft zij ervan afgezien om in dit stadium concrete aanbevelingen te doen.

2. Strekking van het wetsvoorstel

De onderhavige initiatief wetsvoorstel strekt ertoe dat na artikel 13 Vw 2000 een artikel 13a wordt ingevoegd in de Vreemdelingenwet waarmee het eerste lid van artikel 3 van het IVRK wordt verankerd in deze wet.

Het voorgestelde artikel 13a Vw 2000 luidt als volgt:

1. In afwijking van het bepaalde in artikel 13 wordt een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning van een vreemdeling die

minderjarig is dan wel van een van zijn ouders ingewilligd, indien de belangen van de vreemdeling die minderjarig is ernstig worden bedreigd bij afwijzing van de aanvraag, tenzij het algemeen belang zich daar in het specifieke geval tegen verzet.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de toepassing van het eerste lid.

Artikel 3, eerste lid IVRK luidt als volgt:

Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.

De indieners betogen dat in de Vreemdelingenwet dient te worden voorzien in een nadere uitwerking van de norm van artikel 3, eerste lid IVRK door te regelen dat de belangen van het kind een zelfstandige grond vormen op basis waarvan een verblijfsvergunning wordt toegekend indien die belangen ernstig worden bedreigd en een voor het geval specifiek algemeen belang zich daar niet tegen verzet.

De indieners willen met een wetswijziging bereiken dat het belang van het kind gedegen wordt vastgesteld en wordt meegewogen in de vreemdelingrechtelijke procedure, waarbij door het bestuur aan dat belang altijd een (relatief) groot gewicht wordt toegekend. De toepassing van deze norm dient naar het oordeel van de indieners zonder terughoudendheid door de rechter getoetst te kunnen worden. Op dit moment toetst de Nederlandse bestuursrechter uitsluitend of de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) in de motivering van de beschikking op kenbare wijze het belang van het kind heeft betrokken. Of aan het belang van het kind c.q. het algemene belang in een concrete weging voldoende gewicht is toegekend valt buiten het onderzoek van de rechter. Voorts moeten bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb) regels worden gesteld over de toepassing van het belang van het kind. De indieners beogen dat in de amvb wordt geregeld dat General Comment nummer 14 en het BIC-model¹ bij de vaststelling van het belang van het kind door de IND moeten worden meegenomen.

3. De legitimiteit van het voorstel

De memorie van toelichting (mvt) geeft een uitvoerig overzicht van de stand van het recht op het gebied van artikel 3, eerste lid IVRK en de algemene doelstellingen van het initiatiefvoorstel. De mvt bevat echter weinig informatie met betrekking tot de gekozen vorm en formulering van het voorgestelde nieuwe artikel 13a Vw 2000.

De ACVZ is van oordeel dat een nadere regeling in de wet van de algemene norm van artikel 3, eerste lid IVRK een identificeerbaar en legitiem doel dient. Het wetsvoorstel kan worden gezien als het voldoen aan de positieve verplichting van Nederland als verdragsstaat om aan de ten uitvoerlegging van artikel 3, eerste lid IVRK een concrete en hanteerbare vorm te geven. De wetgever heeft bij de invoeringswet bij het verdrag opgemerkt dat het eerste lid van artikel 3 een algemene richtlijn bevat voor de uitleg en tenuitvoerlegging van het verdrag die van verstrekkende betekenis is. Het geeft aan dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind een eerste overweging dienen te vormen. Het belang van het kind heeft geen absolute voorrang boven andere belangen. Dat komt mede door de diversiteit van de

¹ «BIC» staat voor Best Interest of the Child. Het BIC-model is in 2006 ontwikkeld door Kalverboer en Zijlstra. Het model is gebaseerd op een wetenschappelijke internationale literatuurstudie. De indieners zijn van oordeel dat het BIC-model de wereldwijde consensus in de gedragswetenschappen weerspiegelt over wat een kind nodig heeft om zich te ontwikkelen.

bepalingen van het IVRK. De uitoefening van rechten uit het IVRK kent zijn beperkingen, daarbij is gewezen op de botsing van grondrechten.² Noch het verdrag, noch de mvt bij de invoeringswet geven handvatten voor die belangenafweging. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) stelt in haar jurisprudentie sinds 2012 dat artikel 3, eerste lid IVRK een instructienorm betreft, die bepaalt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het betreffende kind dienen te worden betrokken. De bestuursrechter dient naar het oordeel van de Afdeling te beoordelen of het bestuursorgaan (lees: de IND) zich voldoende rekenschap heeft gegeven van het belang van het kind.³ De Afdeling meent dat deze toets een terughoudend karakter dient te hebben. De reden die de Afdeling voor deze terughoudende toets geeft, is dat het eerste lid van artikel 3 IVRK gelet op de formulering ervan geen norm bevat die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is. Ook de Afdeling is van oordeel dat uitwerking van deze norm in de wet voor de bestuurlijke besluitvorming en rechterlijke toetsing verschil uitmaakt.

Dat neemt niet weg dat discussie mogelijk is over de wijze waarop het door de indieners beoogde doel kan of moet worden bereikt. Bij bestudering van het voorgestelde artikel 13a Vw 2000 en de mvt daarop is de adviescommissie tot de conclusie gekomen dat nadere doordenking nodig is. De bepaling, die op het eerste gezicht helder en beknopt is, roept op het tweede gezicht een aantal vragen op waarvan elke beantwoording tot weer nieuwe vragen zou kunnen leiden. Het antwoord op een aantal belangrijke vragen kan niet in de mvt worden gevonden. Daarom heeft de adviescommissie ervoor gekozen om in dit advies de belangrijkste vragen die zij ziet, stuk voor stuk te benoemen en van een toelichting te voorzien en heeft zij ervan afgezien om in dit stadium concrete aanbevelingen te doen.

4. Vragen over het voorstel

Vraag 1

Waarom is gekozen voor een bepaling vlak achter het algemene artikel 13 Vw 2000, met als aanhef: «In afwijking van het bepaalde in artikel 13»?

Toelichting:

Artikel 13 Vw 2000 luidt:

Een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning wordt slechts ingewilligd indien:

- a. internationale verplichtingen daartoe nopen;
- b. met de aanwezigheid van de vreemdeling een wezenlijk Nederlands belang is gediend, of
- c. klemmende redenen van humanitaire aard daartoe nopen.

In welk opzicht wijkt het voorgestelde artikel 13a hiervan af?

Is het uitwerken van de norm van artikel 3, eerste lid IVRK niet te beschouwen als een uitwerking van gevallen waarin internationale verplichtingen nopen tot verlening van een verblijfsvergunning?

Kan de voorgestelde bepaling niet worden beschouwd als een uitwerking van gevallen waarin klemmende redenen van humanitaire aard tot verlening van een verblijfsvergunning nopen?

² Kamerstuk 22 855 (R1451), nr. 3, p. 14 e.v.

³ ABRvS 7 februari 2012, *JV* 2012, 152, r.o. 2.3.8.

Vraag 2

Wat is de reikwijdte van de voorgestelde bepaling en wat is de betekenis van deze algemene bepaling voor de overige bepalingen van de Vreemdelingenwet?

Toelichting:

Is het de bedoeling van de indieners dat het beginsel «neen-tenzij» dat in artikel 13 Vw 2000 ligt besloten, voor minderjarige kinderen in een aparte algemene bepaling, artikel 13a, wordt gewijzigd in «ja-tenzij»? Het algemene uitgangspunt dat een restrictief vreemdelingenbeleid een algemeen belang herbergt, dat prevaleert boven individuele belangen van vreemdelingen, tenzij de wetgever ter uitwerking van artikel 13 expliciet anders bepaalt, zou dan voor minderjarige kinderen niet voor concrete situaties maar in algemene zin worden verlaten. Betekent dit dat artikel 13a Vw 2000 alle afwijzingsgronden in de Vreemdelingenwet – denk bijvoorbeeld aan artikel 16 Vw 2000 – opzij zet?

Er zijn dan op grond van de voorgestelde bepaling nog wel twee beperkende voorwaarden:

- (a) het moet gaan om een geval waarin de belangen van een minderjarig kind «ernstig worden bedreigd», en
- (b) het algemeen belang kan zich in het specifieke geval tegen verlening van een verblijfsvergunning verzetten.

Ad a: Wat verstaan de indieners onder een «ernstige bedreiging van de belangen van het kind»? De belangen van het kind kunnen volgens de mvt worden vastgesteld aan de hand van het zogenoemde BIC model dat achter de mvt als bijlage is gehecht. Wegen alle onderdelen van het BIC model⁴, die betrekking hebben op alle factoren die voor de ontwikkeling van een kind van belang kunnen zijn, even zwaar als het gaat om het vaststellen van een «ernstige bedreiging»? En wat kwalificeert als «ernstige bedreiging»? Gaat het bij «ernstige bedreiging» vooral om levensbedreigende situaties, ernstige mishandeling of vernedering of seksueel geweld? In de mvt worden voorbeelden genoemd van kinderen in het asielrecht en van minderjarige slachtoffers van mensenhandel en seksuele uitbuiting. Is dat inderdaad de groep die de indieners voor ogen hebben? En wat betekent het dat het moet gaan om een «ernstige bedreiging bij afwijzing van de aanvraag»? Betekent dit dat de nadruk ligt op de situatie die – na terugkeer – zal ontstaan in het land van herkomst?

Ad b: Hoe moet het algemeen belang worden geïndividualiseerd? Is het niet tegenstrijdig om te vergen dat een belang dat als «algemeen» wordt aangeduid desalniettemin moet worden geïndividualiseerd? Zou het niet duidelijker zijn te bepalen dat een aanvraag na vaststelling van de ernstige bedreiging alleen kan worden afgewezen om redenen van openbare orde of, bijvoorbeeld, op de gronden zoals die in het tweede lid van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) zijn opgesomd? Of hebben de indieners het oog op een situatie, waarin wordt vastgesteld dat het individuele gedrag van het kind een actuele en voldoende ernstige bedreiging van de openbare orde vormt?⁵

⁴ Het gaat bij BIC om: adequate physical care, safe direct physical environment, affective atmosphere, supportive, flexible childrearing structure, adequate example by parents, interest, continuity in upbringing conditions, future perspective, safe wider physical environment, respect, social network, education, contact with peers, adequate examples in society, stability in life circumstances, future, perspective.

⁵ Zoals dat in het Unierecht in veel gevallen wordt vereist.

Vraag 3

Maakt het bij de toepassing van de voorgestelde bepaling uit om wat voor type verblijfsvergunning is gevraagd of op welk verblijfsdoel de aanvraag is gericht? Dient artikel 13a Vw 2000 als rechtsbasis om, indien de bedoelde situatie zich voordoet, de gevraagde vergunning te verlenen of moet een specifiek voor deze situatie bestemde vergunning worden verleend? Voor welke duur moet de verblijfsvergunning worden verleend?

Toelichting:

Uit de mvt kan men de indruk krijgen dat vooral is gedacht aan gevallen van gezinshereniging en asiel. Is het uitgangspunt van de indieners op gelijke wijze van toepassing op verblijf voor arbeid, stage of studie? De voorgestelde tekst van artikel 13a Vw 2000 strekt er toe dat aan de minderjarige vreemdeling dan wel diens ouder of verzorger een verblijfsvergunning wordt verleend voor het oorspronkelijk beoogde verblijfsdoel. Dat lijkt niet in overeenstemming met de mvt waarin herhaaldelijk sprake is van een zelfstandige grond voor verlening van de verblijfsvergunning (bijvoorbeeld in paragraaf 2, Doel van het wetsvoorstel.) Het oorspronkelijk beoogde verblijfsdoel kan bestaan uit asielgerelateerde gronden of uit een regulier verblijfsdoel. Indien de ouder een verblijfsvergunning voor het verrichten van arbeid heeft aangevraagd, moet dan volgens de indieners een verblijfsvergunning worden verleend ongeacht of aan enige toelatingsvoorwaarde voor het verrichten van arbeid in loondienst wordt voldaan? Een verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst wordt ingevolge het vijfde lid van artikel 14 Vw 2000, behoudens de gevallen waarin artikel 8, derde lid onder b of c van de Wet arbeid vreemdelingen van toepassing is, verleend voor de duur van één jaar, terwijl de verlening van een verblijfsvergunning aan een minderjarige vreemdeling die ernstig wordt bedreigd bij terugkeer naar het land van herkomst naar het oordeel van de adviescommissie eerder is aan te merken als een niet-tijdelijk verblijfsdoel. In een asielprocedure bestaat op grond van artikel 28 Vw 2000 niet de mogelijkheid om een verblijfsvergunning te verlenen voor een ander verblijfsdoel. Kan toepassing van artikel 13a Vw 2000 leiden tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel terwijl aan de voorwaarden daarvoor (artikel 29 Vw 2000) niet is voldaan? De Minister van Veiligheid en Justitie heeft ook in een asielprocedure wel de bevoegdheid om ambtshalve een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen. Indien geen specifieke verblijfsvergunning wordt gecreëerd voor het verblijfsdoel «belangen van het kind», zouden de verschillende regelingen voor verschillende verblijfsvergunningen dan niet tot uiteenlopende rechtsposities kunnen leiden? Met andere woorden: is het niet nodig om voor de gevallen die de indieners van het wetsvoorstel voor ogen staan de tekst van artikel 13a Vw 2000 te verhelderen en ook een nieuw verblijfsdoel op te nemen in artikel 3.4 Vb 2000? Is het voorts niet nodig om te bepalen voor welke duur de betrokken vergunning geldt en op welke gronden de vergunning kan worden ingetrokken of niet-verlengd? Denkbaar is dat zich bijvoorbeeld de volgende beëindigingsgronden kunnen voordoen: het ophouden van het bestaan van het belang van het kind bij een verblijfsvergunning, het bereiken van de leeftijd van meerderjarigheid en redenen van openbare orde, zoals beschreven in de toelichting op vraag 2. Welke gedachten hebben de indieners hierover?

Vraag 4

Maakt het bij de toepassing van de voorgestelde bepaling uit of het kind zich al dan niet in Nederland bevindt?

Toelichting:

Uit de mvt blijkt niet dat de indieners onderscheid wensen te maken tussen minderjarige vreemdelingen die binnen of buiten Nederland verblijven. De ACVZ gaat er dan ook vanuit dat het voorgestelde artikel 13a Vw 2000 niet uitsluit dat een ouder die in Nederland verblijft het belang van een kind dat in het buitenland verblijft bij de behandeling van een aanvraag om een verblijfsvergunning aan de orde stelt, of dat ten behoeve van een in het buitenland verblijvende minderjarige vreemdeling een machtiging tot voorlopig verblijf kan worden aangevraagd. Toepassing van artikel 13a Vw 2000 in geval van verblijf van het minderjarige kind in het buitenland kan proces- en bewijstechnisch complicaties met zich meebrengen. De ACVZ beveelt aan om hierop nader in te gaan in de mvt.

Vraag 5

Hoe moet het belang van het kind worden vastgesteld? Door wie?

Toelichting:

De mvt is ten aanzien van dit aspect niet heel duidelijk. Uit het tweede tekstblok op pagina 10 in combinatie met het één na laatste tekstblok op pagina 11 maakt de ACVZ op dat de indieners voor ogen staat dat de IND het belang van het kind vaststelt aan de hand van General Comment nummer 14 en het BIC-model. In complexe zaken kan de IND bij de vaststelling van het belang van het kind gebruikmaken van de inschakeling van externe deskundigen. De indieners denken daarbij aan medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming of orthopedagogen.

Bij de vaststelling of sprake is van een ernstige bedreiging van het belang van de minderjarige zal veelal ook de situatie in het land waarheen de minderjarige moet terugkeren na afwijzing van een aanvraag een belangrijke rol spelen. Hoe en door wie wordt de informatie daarover verzameld en beoordeeld? De medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming en orthopedagogen zullen daarvoor niet specifiek toegerust zijn.

Hebben de indieners de mogelijkheid overwogen om de IND op te dragen om in complexe zaken over het belang van het kind advies te vragen aan een instantie onder zijn verantwoordelijkheid (zoals het Bureau Medische Advisering en het Bureau Land en Taal) dan wel aan een onafhankelijke instantie? Of is het de bedoeling van de indieners dat er steeds sprake is van advisering in de zin van artikel 3:5 Awb, waarbij het mogelijk moet zijn voor de vreemdeling om contra-expertise te vragen?

Welk gewicht moet bij de beoordeling van de belangen van het kind in migratiezaken worden gehecht aan zijn buitenlandse nationaliteit en de daarmee samenhangende omstandigheid dat er in beginsel ook een ander land kan zijn dat eveneens verantwoordelijkheid draagt voor het beschermen van zijn belangen?

Het is mogelijk juist deze omstandigheid waarom het nuttig zou kunnen zijn een gespecialiseerd adviesorgaan in het leven te roepen. Beslissingen die in het nationale jeugdrecht moeten worden genomen (ouderlijke macht, omgang, uithuisplaatsing) hebben vaak geen migratierechtelijke context. De vraag hoe het belang van het kind moet worden beoordeeld in

een migratierechtelijke situatie vereist wellicht een eigen expertise.

Hoogachtend,

J.N.M. Richelle
voorzitter

W.N. Mannens
secretaris