

Gedrag van ouders te vaak toegerekend aan het kind

De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind

In de vreemdelingrechtelijke praktijk wordt het gedrag van ouders vaak toegerekend aan het kind. Door bij meerderjarig geworden kinderen het gedrag van ouders niet toe te rekenen terwijl dit bij minderjarige kinderen wel gebeurt, ondanks het verbod van het IVRK, is sprake van een uitgestelde rechtssubjectiviteit van het kind.

Het EHRM heeft in de uitspraken Butt en Kaplan overwogen dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid aanleiding kunnen zijn om een kind het gedrag van zijn/haar ouder(s) toe te rekenen. Dit oordeel contrasteert sterk met het bepaalde in artikel 2 lid 2 IVRK, waarin de discriminatie van kinderen op basis van het gedrag of de situatie van ouders verboden is. Dit discriminatieverbod markeert het uitgangspunt van het IVRK dat kinderen in dit verdrag als zelfstandig drager van rechten worden gezien.

In dit artikel wordt allereerst een inleiding gegeven op de bedoeling van artikel 2 IVRK. Vervolgens wordt in paragraaf 2 onderzocht hoe groot het bereik van de overwegingen van het EHRM uit Butt en Kaplan is. Kan verwijtbaar gedrag van ouders onder alle omstandigheden aan kinderen worden toegerekend of enkel in een specifieke juridisch context? In dit artikel wordt bepleit dat het Hof heeft bedoeld dat het toerekenen van gedrag van ouder(s) alleen toelaatbaar is bij de vraag naar de toepasselijkheid van een specifiek toetsingskader in de sfeer van artikel 8 EVRM. Toerekenen van verwijtbaar gedrag van ouders aan kinderen buiten deze sfeer valt buiten het bestek van hetgeen door het EHRM is bedoeld. Ook wanneer van deze beperkte lezing van de overwegingen van het EHRM wordt uitgegaan, lijken de gevolgen ervan toch groot voor de zelfstandige rechtspositie van het kind. Deze gevolgen worden in dit artikel geproblematiseerd. De vraag wordt opgeworpen of de zelfstandige rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind op deze manier niet wordt uitgesteld tot het moment dat het kind meerderjarig wordt.

Tot slot wordt in dit artikel ingezoomd op de nationale jurisprudentie over het Kinderpardon. Bij deze procedures is regelmatig een beroep gedaan op internationaalrechtelijke discriminatieverboden. In de uitspraken hierover spelen de overwegingen van het EHRM uit Butt en Kaplan vaak een opvallende rol. Deze jurisprudentie wordt kritisch geanalyseerd. Gesteld wordt dat

de overwegingen over het toerekenen van verwijtbaar gedrag van ouders aan kinderen in de Kinderpardonjurisprudentie te ver zijn losgeraakt van de oorspronkelijke context waaruit deze afkomstig zijn. Gesteld wordt dat artikel 2 lid 2 IVRK ten onrechte een ondergeschikte rol speelt in de jurisprudentie over het Kinderpardon.

1. Het kind als zelfstandig rechtssubject (artikel 2 lid 2 IVRK)

1.1 Discriminatieverbod en fundamenteel principe
Artikel 2 IVRK wordt in de literatuur² over het IVRK en in de general comments³ van het VN-Kinderrechtencomité steevast aangeduid als één van de vier kernbeginselen⁴ van het IVRK. Het artikel bevat twee discriminatieverboden. Het eerste lid bevat een verbod op discriminatie bij de toepassing van de rechten die zijn opgenomen in het IVRK. Deze bepaling laat zich goed vergelijken met het wellicht bekendere artikel 14 EVRM, dat een vergelijkbaar verbod bevat bij de toepassing van de rechten uit het EVRM.⁵ Het discriminatieverbod in het tweede lid van artikel 2 IVRK heeft aan de ene kant een verdergaande strekking dan het discriminatieverbod opgenomen in het eerste lid en in artikel 14 EVRM. De toepasselijkheid van deze bepaling is namelijk niet

2 Zie bijvoorbeeld: S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International 1999, p. 86.

3 Zie bijvoorbeeld: UN Document CRC/GC/2003/5, par. 12; The Committee's general comment No. 5 (2003) on the general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, para. 12; and No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, par. 2; CRC/C/GC/2013/14, par. 41-45.

4 De andere kernbeginselen van het IVRK zijn: artikel 3 IVRK (het 'belang van het kind' als primaire overweging), artikel 6 lid 2 (recht op leven en ontwikkeling) en artikel 12 (hoorrecht).

5 Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat artikel 14 EVRM van toepassing is als een vorm van onderscheid zich binnen de sfeer van een EVRM-bepaling valt. Zie bijvoorbeeld: EHRM 27 september 2011, Bah t. het VK, JV 2012/33 m. nt. Slingenbergh, par. 35.

1 Met dank aan Mark Klaassen MA LLM en mr. Martine Goeman voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

verbonden aan discriminatie bij de toepassing van bepaalde verdragsbepalingen. Aan de andere kant verbiedt het slechts een heel specifieke vorm van discriminatie; de discriminatie of bestraffing op basis van het gedrag of de status van aan het kind verwante personen: ouders, wettige voogden of de familieleden van het kind. Hierdoor is de strekking concreter dan de strekking van de bepalingen in het eerste lid en artikel 14 EVRM, die discriminatie op elke grond verbieden.⁶

Kinderen zijn – naar gelang leeftijd en ontwikkeling in verschillende mate – afhankelijk van hun ouders of andere aan hen verwante personen. Haast als vanzelf bestaat de neiging om de (rechts)positie van kinderen te koppelen aan de positie van hen van wie zij het meest afhankelijk zijn. Hier hebben de opstellers van het IVRK echter duidelijk een principiële keuze gemaakt. Het IVRK beschermt en erkent de afhankelijkheidsrelatie tussen ouders en/of andere verzorgers van het kind op meerdere plaatsen in het verdrag, maar met artikel 2 lid 2 IVRK wordt duidelijk gemaakt dat deze afhankelijkheid de eigen rechtspositie van het kind onverlet laat.

Artikel 2 lid 2 IVRK maakt duidelijk dat het kind ondanks de afhankelijkheid van de ouders een eigen rechtspositie heeft.

Het bereik van het discriminatieverbod uit artikel 2 lid 2 IVRK is potentieel erg groot. In het door UNICEF uitgegeven handboek over de implementatie van IVRK-rechten wordt de positie van migrantenkinderen als voorbeeld genoemd van één van de relevante onderwerpen waarop artikel 2 lid 2 IVRK van toepassing is.⁷

In het algemeen zijn discriminatieverboden enerzijds grondrechten zonder eigen materiële betekenis – die betekenis ontstaat pas wanneer deze in combinatie met andere fundamentele rechten worden ingeroepen⁸ – doch anderzijds wel een fundamenteel instrument in het te gelde maken van rechten die individuele ontplooiing mogelijk maken.⁹ Deze twee kenmerken zijn in een bijzondere mate zichtbaar bij artikel 2 lid 2 IVRK. Artikel 2 lid 2 IVRK is zoals elk discriminatieverbod voor zijn werking in een concrete situatie afhankelijk van een materiële norm – bijvoorbeeld het recht op respect voor gezinsleven – waarvan gesteld wordt dat deze norm op gelijke wijze van toepassing dient te zijn op twee verschillende, maar vergelijkbare (groepen van) personen. Het opvallende aan artikel 2 lid 2 IVRK is dat het discriminatieverbod hierbij het bijzondere doel heeft om de groep of de persoon aan wie het bescherming geeft juridisch te emanciperen. Artikel 2 lid 2 IVRK beoogt immers dat kinderen in hun rechtspositie onafhankelijk worden behandeld van personen waarmee zij een sterke verwantschap hebben.

Door het hiervoor beschreven impliciete doel achter artikel 2 lid 2 IVRK, heeft het artikel meer dan andere discriminatieverboden toch een materiële betekenis. Die materiële betekenis aan het artikel is sterk verwant aan één van de doelen die ten grondslag liggen aan het IVRK: de erkenning dat het kind als persoon drager is van rechten, dat het kind een zelfstandig rechtssubject is.¹⁰

1.2 Doorwerking in het Nederlandse vreemdelingenrecht

De jurisprudentie over de een ieder verbindendheid van artikel 2 lid 2 IVRK is wisselend. In 2005 oordeelde de Afdeling over artikel 2 IVRK in algemene zin dat dit artikel geen normen bevat die zonder nadere uitwerking in nationale wet- of regelgeving door de rechter direct toepasbaar zijn.¹¹ In 2007 lijkt de opvatting van de Afdeling over artikel 2 lid 1 te zijn veranderd, maar over het tweede lid denkt de Afdeling hetzelfde als in 2005; de bepaling zou niet voldoende concreet geformuleerd zijn.¹² In 2013 overweegt de Afdeling¹³ echter weer over artikel 2 (zonder dat dit is gespecificeerd naar een specifiek lid) dat deze bepaling niet direct toepasbaar is zonder nadere uitwerking in wet- en regelgeving.¹⁴

Het standpunt van de Afdeling over de een ieder verbindendheid van artikel 2 IVRK in het algemeen en lid 2 in het bijzonder is mijns inziens weinig overtuigend. Artikel 2 lid 1 IVRK bevat een discriminatieverbod dat zeer vergelijkbaar is met andere discriminatieverboden. Als voorbeeld is eerder in dit artikel al gewezen op de overeenkomst met artikel 14 EVRM. Over artikel 14 EVRM

twijfelt de Afdeling niet aan de een ieder verbindendheid¹⁵ en dat lijkt me terecht. Waarom dan die wisselvalligheid bij artikel 2 lid 1 IVRK?

Het oordeel van de Afdeling dat het tweede lid onvoldoende concreet geformuleerd is om rechtstreeks door de rechter te kunnen toetsen, is verbazingwekkend omdat juist een zeer concreet geformuleerd discriminatieverbod bevat.¹⁶

Weliswaar is artikel 2 lid 2 minder concreet dan lid 1 en artikel 14 EVRM aangezien het niet beperkt is tot discriminatie bij de toepassing van respectievelijk IVRK- of EVRM-bepalingen. Maar dat geldt ook voor artikel 1 van het 12e Protocol bij het EVRM en met dat artikel heeft de Afdeling ook geen moeite.¹⁷ Verder is artikel 2 lid 2 zoals gezegd concreter geformuleerd dan bijvoorbeeld lid 1 en artikel 14 EVRM. Artikel 2 lid 2 IVRK verbiedt immers een zeer specifieke vorm van discriminatie; namelijk de discriminatie die gebaseerd is op basis van de activiteiten of de status van personen waarvan het kind afhankelijk is. De vorm van onderscheid die dit artikel op de korrel heeft is daarmee juist opvallend precies omschreven. De standaardmethodiek voor rechterlijke toetsing aan discriminatieverboden lijkt prima bruikbaar voor de toepassing van artikel 2 lid 2 IVRK in individuele gevallen. Daarbij wordt immers gekeken of een afwijkende behandeling is gebaseerd op een legitiem doel (niet legitiem is een doel dat bijvoorbeeld zelf discriminatoir is of van een beperkt

6 R. Hodgkin en P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Geneva: UNICEF 2007, p. 30-31.

7 R. Hodgkin en P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Geneva: UNICEF 2007, p. 30-31.

8 J.H. Gerards, 'Botsende Grondrechten, het gelijkheidsbeginsel en belangafwegingen door de rechter', in: J.H. Gerards, S. Stuurman en R. de Lange, *Moderne gelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. p. 34.

9 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: SDU Uitgevers BV 2002, p. 1.

10 M. Blaak, M. Bruning, M. Eijgenraam en S. Meuwese (red.), *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012, p. 33.

11 ABRvS 13 september 2005, *JV* 2005/409 m. nt. Spijkerboer, r.o. 2.3.

12 ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7088, r.o. 2.3.1.

13 ABRvS 11 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8723, r.o. 7.2.

14 Het geven van een vollediger overzicht, valt buiten het bestek van dit artikel. Zie daarvoor: J.H. de Graaf, M.M.C. Limbeek, N.N. Bahadur en N. van der Meij, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012, p. 99-100 en J.H. de Graaf, E. Polhuijs, N.N. Bahadur, N. van der Meij en L. Schäperkötter, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak. Deel II*, Amsterdam: Centre for Children's Rights Amsterdam (CCRA) 2015, p. 84-91.

15 ABRvS 22 oktober 2014, *JV* 2014/376 m. nt. Grütters en ABRvS 22 oktober 2014, *JV* 2014/377 m. nt. Grütters, *AB* 2015/41 m. nt. Rodrigues..

16 J.H. de Graaf, E. Polhuijs, N.N. Bahadur, N. van der Meij en L. Schäperkötter, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak. Deel II*, Amsterdam: Centre for Children's Rights Amsterdam (CCRA) 2015, p. 91.

17 ABRvS 21 september 2011, *JV* 2011/435.

belang), of de afwijkende behandeling geschikt is voor dit doel en of de behandeling in overeenstemming is met de vereisten van subsidiariteit (bestaat er een lichter middel?) en proportionaliteit (is er een proportionele verhouding tussen het legitieme doel en de belangen van het individu?).¹⁸

2. Het toerekenen van ouderlijk gedrag: (alleen) in exceptionele sferen

2.1 Butt en Kaplan in perspectief

Zoals in de inleiding al is aangegeven, heeft het EHRM geoordeeld dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid aanleiding kunnen zijn om een kind het gedrag van zijn of haar ouders aan te rekenen. Het Hof overwoog dit voor het eerst expliciet in de zaak Butt tegen Noorwegen.¹⁹ Later zou het Hof de overweging nog een keer herhalen in het arrest Kaplan tegen Noorwegen.²⁰ In deze paragraaf wordt onderzocht wat het Hof precies heeft overwogen in beide arresten en hoe dit zich verhoudt tot eerdere jurisprudentie van het Hof.

Het EHRM had het een stuk simpeler kunnen houden door het bewustzijnsvereiste als voorwaarde voor de 'exceptional circumstances'-toets te schrappen.

In paragraaf 78 van Butt citeert het Hof een lange overweging uit het Nunez-arrest²¹. Dit citaat vat een aantal verschillende toetsingskaders van het EHRM samen als het gaat om de toetsing aan artikel 8 EVRM en eindigt met de volgende overweging: "Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious [...]. Where this is the case the removal of the non-national family member would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances".²² De hier geciteerde passage betreft inmiddels een standaardoverweging van het Hof²³ en beschrijft de toepasselijkheidscriteria voor de 'exceptional circumstances'-toets. Dit strenge toetsingskader is van toepassing wanneer familielevens is aangegaan gedurende een periode waarin de betrokkenen zich bewust waren van de onzekere verblijfsstatus van één van hen. Direct na dit citaat overweegt het Hof daar nadrukkelijk op voortbouwend dat het in zijn algemeenheid kan instemmen met het oordeel van het Noorse *High Court* dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid aanleiding kunnen zijn om kinderen te identificeren met het gedrag van hun ouders, omdat er anders een risico bestaat dat ouders hun kinderen misbruiken om een verblijfsvergunning te verkrijgen. Het Hof stipt dan aan dat de moeder van de kinderen Butt (moeder van de klagers en op het moment van de uitspraak al overleden) heeft gelogen tegen

verschillende Noorse autoriteiten en dat zij zich daarmee bewust was van haar onzekere verblijfsstatus op het moment dat ze haar gezinsleven in Noorwegen aanging. Het Hof ziet daarin aanleiding de 'exceptional circumstances'-toets op de kinderen Butt toe te passen.²⁴ M.i. is dit de kern.

In het vervolg van Butt overweegt het Hof wel al vrij snel dat als er geen risico bestaat op het voor eigen verblijfsrechtelijk gewin misbruiken door de ouder van verblijfsrechten van de kinderen – in de zaak Butt is dat het geval omdat moeder Butt is overleden en er vanwege de meerderjarigheid van de kinderen sowieso een verminderde verblijfsrechtelijke afhankelijkheid zou bestaan – het gedrag van de ouders niet altijd beslissend kan zijn.²⁵ Het Hof is in Butt echter enigszins onduidelijk over de consequenties die het hieraan verbindt. De getrokken consequenties lijken ook primair verbonden aan de individuele casuïstiek van de zaak en zijn daarom moeilijk te veralgemeniseren.²⁶

Het komt er dus op neer dat het Hof eerst aan de hand van een citaat het strenge toetsingskader van de 'exceptional circumstances'-toets toepast op gezinnen waarvan de betrokkenen zich op

het moment van het aangaan van het familielevens bewust zijn van de onzekere verblijfsstatus van één van hen. Vervolgens past het Hof het vereiste van bewustzijn over de onzekere verblijfsstatus niet op minderjarigen toe, door gedrag dat direct met de onzekere verblijfsstatus samenhangt van de ouder aan de kinderen toe te rekenen.

Het Hof had het een stuk simpeler kunnen houden door het bewustzijnsvereiste (voor alle gezinsleden) als voorwaarde voor de 'exceptional circumstances'-toets te schrappen.

Dan was het Hof inhoudelijk op hetzelfde resultaat uitgekomen. Dat sluit bovendien aan bij het Antwi-arrest, waar mevrouw Antwi had gesteld dat zij zich pas jaren na aanvang van het gezinsleven met haar man bewust was geworden van zijn onzekere verblijfsstatus. Het Hof pareert het standpunt van mevrouw Antwi simpel door te oordelen dat algemene migratierechtelijke redenen hier zwaarder wegen.²⁷ Gelet op het toepassingscriterium van de 'exceptional circumstances'-toets (bewustzijn bij de betrokkenen van de onzekere verblijfsstatus van één van hen), wordt hier de facto eigenlijk het gedrag van de heer Antwi toegerekend aan zijn vrouw. Het Hof verwoordt het weliswaar minder expliciet, maar doet in feite iets dat zeer vergelijkbaar is met het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen; het ontbreken van bewustzijn over de onzekere verblijfsstatus van een gezinslid wordt 'weggepoetst' omwille van zwaarwegende redenen van migratiebeleid.

18 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 717-721.

19 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, *JV* 2013/85 m. nt. Stronks en *RV* 2012/21 m. nt. Brink.

20 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner.

21 EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, *JV* 2011/402 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/20 m. nt. Ismaili, par. 68-70.

22 EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, *JV* 2011/402 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/20 m. nt. Ismaili, par. 70.

23 Zie voor zaken waarin deze zinnen ook worden aangehaald bijvoorbeeld: EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, *JV* 2006/90 m. nt. Boeles, par. 39; EHRM 31 juli 2008, Darren Omoregie t. Noorwegen, *JV* 2008/330 m. nt. Boeles, par. 57; EHRM 3 november 2011, Arvelo Aponte t. Nederland, *JV* 2012/3, par. 55; EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, *JV* 2012/170 m. nt. Van Walsum en *RV* 2012/18 m. nt. Werner, par. 89; EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 81; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, *JV* 2014/343 m. nt. P. Boeles par. 108.

24 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, *JV* 2013/85 m. nt. Stronks en *RV* 2012/21 m. nt. Brink, par. 79.

25 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, *JV* 2013/85 m. nt. Stronks en *RV* 2012/21 m. nt. Brink, par. 80.

26 Zie hierover uitgebreider de noot van Stronks, *JV* 2013/85.

27 EHRM 12 februari 2012, Antwi t. Noorwegen, *JV* 2012/170 m. nt. Van Walsum en *RV* 2012/18 m. nt. Werner, par. 93.

De overweging in Butt over het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen kan los bezien van het toepassingscriterium voor de 'exceptional circumstances'-toets verbazen, juist omdat het Hof het imago heeft van een rechter met oog voor kinderrechten.²⁸ Brink beschrijft het standpunt van het Hof in haar noot bij Butt dan ook om begrijpelijke redenen als een breuk met de op dat moment recente eerdere jurisprudentie van het EHRM, zoals het Nunez-arrest.²⁹

Bij nadere beschouwing is het echter de vraag of er sprake is van een breuk. Ook in het Nunez-arrest past het Hof de toets aan 'exceptional circumstances' toe. Ook in het Nunez-arrest ging het daarbij om dubieus verblijfsrechtelijk gedrag van de moeder dat rechtstreeks in verband stond met het feit dat zij bewustzijn over haar onzekere verblijfsstatus had. De zaak Nunez baarde opzien door het grote gewicht dat het Hof toekende aan het 'belang van het kind'. Daaruit is wel de conclusie getrokken dat het Hof daarmee het gedrag van de ouders niet toerekende aan de kinderen.³⁰ Uiteindelijk trekt het Hof echter wel de conclusie dat er sprake is van 'exceptional circumstances' en de aanwezigheid van die omstandigheden lijkt inderdaad sterk te rusten op de positie van de kinderen en het feit dat hun belangen conform artikel 3 IVRK een 'primaire overweging' zijn.³¹

Duidelijk is dat het Hof in Nunez niet expliciet het gedrag van ouders aan de kinderen toerekent. Feit is echter wel dat het Hof de toetsing aan 'exceptional circumstances' beschrijft, dat deze toets in ieder geval vanwege het gedrag van de moeder relevant is, dat de kinderen gelet op hun leeftijd waarschijnlijk onvoldoende bewustzijn hebben gehad van de onzekere verblijfsstatus van hun moeder om op basis daarvan de 'exceptional circumstances'-toets toe te passen³², maar dat in de eindoverweging van het arrest toch wordt gesteld dat er 'exceptional circumstances' zijn. Dit wijst er al met al toch op dat het Hof het gedrag van mevrouw Nunez, zij het meer impliciet dan in Butt, heeft toegerekend aan haar kinderen en daarom het toetsingskader van de *exceptional circumstances* heeft toegepast. De toepassing van dit strenge toetsingskader valt echter niet zo sterk op, doordat de gevolgen ervan nadrukkelijk worden gecompenseerd door de toepassing van de verplichting uit artikel 3 IVRK dat de belangen van het kind een primaire overweging dienen te zijn in alle situaties die hen aangaan. De facto laat het Hof de kinderen dus ook niet de dupe worden van het gedrag van hun moeder, maar als het gaat om de keuze voor het relevante toetsingskader rekent het Hof dat gedrag hen impliciet wel toe.

M.i. is de overweging uit Butt dus minder verbazingwekkend dan hij op het eerste gezicht lijkt. Het Hof heeft in eerdere³³ en latere³⁴ zaken op dezelfde wijze het gedrag van ouders aan kinderen toegerekend. Dit toerekenen van gedrag aan ouders is dan dus steeds nauw verweven met de toepassing met het strikte toetsingskader van de 'exceptional circumstances'-toets. Dit blijkt ook uit het Kaplan-arrest, het andere arrest waarin het Hof expliciet heeft overwogen dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid

redenen kunnen geven om het gedrag van ouders aan kinderen toe te rekenen en daarmee te voorkomen dat ouders hun kinderen misbruiken voor verblijfsrechtelijke doelen. Net als in Butt wordt ook in Kaplan het citaat uit Nunez overgenomen waarin de 'exceptional circumstances'-toets van het EHRM wordt geïntroduceerd.³⁵ Het Hof gaat vervolgens eerst in op de situatie van de ouders van het gezin Kaplan. Wanneer het bij de kinderen komt overweegt het Hof dat zij in Turkije zijn geboren en daar jaren hebben gewoond voordat ze met hun moeder in Noorwegen arriveerden. Het gezinsleven was daarmee al aangegaan voordat er in Noorwegen voor het gezin een verblijfsrechtelijke onzekere situatie ontstond waarvan men zich bewust kon zijn. Dit pleit tegen toepassing van de 'exceptional circumstances'-toets. Vervolgens oordeelt het Hof echter onder verwijzing naar Butt dat zwaarwegende redenen van migratiebeleid in ieder geval pleiten voor het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen, om direct daarna vast te stellen dat beide ouders het gezinsleven in Noorwegen hebben voortgezet terwijl zij zich bewust waren van hun onzekere verblijfsrechtelijke situatie.³⁶

Bewustzijn van een onzekere verblijfsstatus bij het aangaan van gezinsleven is zoals gezegd de relevante stap voor het toepassen van de 'exceptional circumstances'-toets, maar het Hof breidt het toepassingscriterium in de zaak Kaplan uit naar de situatie waarbij er bewustzijn van een onzekere verblijfsstatus is en het gezinsleven verder wordt voortgezet. Dit bewustzijn was aanwezig bij de ouders van het gezin en het Hof rekent dit toe aan de kinderen. Zodoende tracht het Hof de toepassing van de 'exceptional circumstances'-toets te legitimeren. Die toets wordt vervolgens dan ook toegepast door het Hof, maar uiteindelijk wordt deze net als in Nunez weer gecompenseerd doordat conform artikel 3 IVRK het 'belang van het kind' als primaire overweging wordt gezien.³⁷

Al met al zijn de redeneringen van het Hof wat omslachtig; eerst oordeelt het Hof dat bewustzijn van de onzekere verblijfsstatus bij alle direct betrokkenen vereist is voor het strenge toetsingskader van de 'exceptional circumstances', vervolgens schept het Hof een kunstmatige vorm van bewustzijn voor kinderen door het gedrag van ouders aan kinderen toe te rekenen en tot slot wordt in het geval van minderjarige kinderen het strenge toetsingskader dat op die manier op kinderen toegepast kan worden weer gecompenseerd met een zware 'belang van het kind'-toets. Het Hof lijkt zodoende vooral met zichzelf in gevecht te zijn.

Wel lijkt het Hof het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen toe te passen in strikte relatie tot de keuze voor toepassing van het toetsingskader van de 'exceptional circumstances'-toets. Samenvattend blijkt dat uit twee dingen:

* het Hof lijkt alleen gedrag toe te rekenen dat samenvalt met de voorwaarde voor de 'exceptional circumstances'-toets, namelijk de voorwaarde dat de betrokkenen in een zaak zich bewust moeten zijn van de onzekere verblijfsstatus van één van hen. Indien het Hof het toerekenen van gedrag ook in een breder verband legitiem zou vinden, dan zou in het kader van de belangenafweging op individueel niveau ook ander gedrag toegerekend kunnen worden. Dat doet het Hof echter niet, terwijl dat bijvoorbeeld in een zaak als Kaplan theoretisch wel mogelijk is. Zo is de vader in die zaak strafrechtelijk veroordeeld en de kinderen zou ook het langdurig onrechtmatig verblijf van hun vader toegerekend kunnen worden. Toch wordt het toerekenen

28 A.M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden. Over hoe het VN 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* 2011-08, p. 358-361.

29 Noot Brink in: *RV* 2012/21.

30 Zie bijvoorbeeld de noot van Van Walsum in: *JV* 2011/402 en S.K. van Walsum, 'Mauro mag niet blijven' en *ABRVs* 16 juni 2011', *A&MR* 2011-09, p. 420.

31 EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, *JV* 2011/402 m. nt. Van Walsum en *RV* 2011/20 m. nt. Ismaili, par. 84.

32 Vergelijk in dit verband: P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder en K. Wouters, *European Migration Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014, p. 213.

33 EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva t. Nederland, *JV* 2006/90 m. nt. Boeles.

34 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner en EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, *JV* 2014/343 m. nt. P. Boeles.

35 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 81.

36 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 86.

37 EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, *JV* 2014/320, m. digi-nt. Werner, par. 88.

van het gedrag aan de kinderen beperkt tot het enkel toerekenen van het bewustzijn over de verblijfsrechtelijke onzekerheid.

** het Hof gebruikt het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen ook alleen om toepassing van de 'exceptional circumstances'-toets te rechtvaardigen. Overwegingen over het toerekenen van gedrag van ouders zijn argumentatief altijd instrumenteel aan overwegingen van het Hof over het toepassen van dit toetsingskader.

2.2 Verhouding tot kinderrechten

Al met al is het beoogd effect van de overweging van het Hof over het toerekenen van gedrag aan ouders relatief beperkt. Toch is het vanuit kinderrechtelijk perspectief moeilijk te begrijpen dat het Hof zo expliciet tegen het in artikel 2 lid 2 IVRK neergelegde kernbeginsel van het IVRK ingaat dat kinderen niet gediscrimineerd mogen worden op basis van het gedrag van hun ouders.

Vanuit kinderrechtelijk perspectief is het moeilijk te begrijpen dat het EHRM Hof zo expliciet ingaat tegen het kernbeginsel van het IVRK dat kinderen niet gediscrimineerd mogen worden op basis van het gedrag van hun ouders.

Dit terwijl het EHRM in diverse uitspraken gebruik maakt van het aan artikel 3 IVRK ontleende beginsel dat het 'belang van het kind' een primaire overweging dient te zijn. Het toerekenen van verwijtbaar gedrag is uiteraard juist niet in het 'belang van het kind'. Dit spreekt eigenlijk voor zich, maar volgt ook uit het IVRK; algemeen wordt aangenomen dat het begrip 'belang van het kind' mede ingevuld kan worden aan de hand van de bepalingen uit het IVRK en dus ook aan de hand van artikel 2 lid 2 IVRK.³⁸

Het is bovendien ook merkwaardig omdat artikel 8 EVRM volgens artikel 1 EVRM voor 'een ieder' geldt en dus ook voor kinderen. Het recht uit artikel 8 EVRM is bovendien ook nog eens zelfstandig aan kinderen toegekend in artikel 16 IVRK. Eén van de overwegingen om in het IVRK rechten op te nemen die al waren opgenomen in internationale en regionale mensenrechtenverdragen ligt in het feit dat hiermee wordt bevestigd dat deze rechten ook zelfstandig voor kinderen gelden.³⁹

Dit is bovendien niet het enige artikel met relevantie voor gezinsmigratie in het IVRK. Zo is uit artikel 10 IVRK af te leiden dat gezinsherenigingsaanvragen waarbij kinderen betrokken zijn altijd met een positieve grondhouding moeten worden behandeld.⁴⁰ Het is de vraag of een zeer restrictief toetsingskader als de 'exceptional circumstances'-toets zich daar überhaupt wel in redelijke mate toe verhoudt. Kinderrechtelijke troost is wel gelegen in het feit dat ook uit recente jurisprudentie van het EHRM is op te maken dat het 'belang van het kind' een zeer gewichtige overweging is, die de effecten van de strenge EHRM-toets vaak in het concrete geval teniet zal doen.⁴¹

2.3 Toepassing door de Afdeling

In de jurisprudentie van de Afdeling over Butt speelt het oordeel van het EHRM over het toerekenen gedrag van ouders aan kinderen een grote rol. In een uitspraak van 13 november 2013 past de Afdeling het standpunt van het Hof over het toerekenen van gedrag van ouders mijns inziens op correcte wijze toe en verbindt daar dus ook geen verdergaande conclusies aan dan dat dit toerekenen ziet op de toepasselijkheid van de 'exceptional circumstances'-toets.⁴²

Interessant is verder dat de Afdeling in twee uitspraken overweegt dat indien er geen verblijfsrechtelijke afhankelijkheid is met de ouder, het in beginsel toe te rekenen gedrag geen doorslaggevend element in de belangafweging vormt. Er bestaat dan immers geen risico op verblijfsrechtelijk misbruik van de positie van het kind.⁴³ De Afdeling motiveert in deze zaken niet waarom er geen verblijfsrechtelijke afhankelijkheid bestaat tussen de ouders en

de vreemdeling. Gelet op het feit dat het EHRM zelf in Butt heeft overwogen dat meerderjarigheid afdoet aan verblijfsrechtelijke afhankelijkheid en aan de beslissende betekenis van het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen,⁴⁴ is het heel goed mogelijk dat de meerderjarigheid van de vreemdeling hierbij een beslissende factor is geweest.

De relatieve gunstige positie van de gewortelde vreemdeling is dan gebaseerd op een aantal bijzondere elementen:

* het feitelijk verblijf gedurende onrechtmatig verblijf is niet de keuze van de vreemdeling geweest;

** dit betekent normaal gesproken – zoals ook in de aangehaalde zaak – dat het feitelijk verblijf is aangevangen op minderjarige, meestal zelfs zeer jonge, leeftijd;

*** minderjarigen met een ouder zonder verblijfsrecht die verantwoordelijk is voor hun onrechtmatig verblijf in Nederland mag het gedrag van hun ouders worden toegerekend, slechts bij 'exceptional circumstances' kan hen verblijfsrecht op basis van artikel 8 EVRM toekomen;

**** bij verblijfsrechtelijke onafhankelijkheid van de ouders, bijvoorbeeld doordat het kind inmiddels meerderjarig is, is het toerekenen van gedrag niet beslissend.

Dit levert een bijzondere figuur op. De afhankelijkheidsrelatie van de minderjarige ten opzichte van zijn ouders maakt dat hij sneller een relatief sterke claim op het recht op privéleven opbouwt gedurende onrechtmatig verblijf dan een volwassene dat normaliter lukt, maar deze zelfde afhankelijkheidsrelatie maakt dat hij deze sterke claim op privéleven paradoxaal genoeg pas te gelde kan maken als hij meerderjarig is. Deze paradox roept de vraag op of er hier sprake is van uitstel van de zelfstandige rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind.

Ter nuancering van het voorgaande dient er hier natuurlijk gewezen te worden op het al eerder besproken kenmerk van de EHRM-jurisprudentie dat de gewichtige 'belang van het kind'-toets daarbinnen lijkt te functioneren als een compenserende kracht voor het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen.

38 M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingbroek (red.), 'Sdu Commentaar Jeugdrecht', Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 1423.

39 S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International 1999, p. 2.

40 Zie uitgebreider over artikel 10 IVRK: M.H.A. Strik, C. Ullersma en J. Werner, 'Nareis: het 'feitelijke band'-criterium in internationaal perspectief, *A&MR* 2012-09, p. 467.

41 EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse t. Nederland, *JV* 2014/343 m. nt. P. Boeles.

42 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2081, r.o. 2.3.

43 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2069, r.o. 3.3-3.4 en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2085, r.o. 2.4.

44 EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, *JV* 2013/85 m. nt. Stronks en *RV* 2012/21 m. nt. Brink, par. 80.

Mijns inziens is de 'belang van het kind'-toets in de Nederlandse rechtspraak echter nog niet van vergelijkbare invloed als die binnen de jurisprudentie van het EHRM is.

3. Geen Kinderpardon, geen exceptionele sfeer, toch toerekenen!

De (Overgangs)Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen⁴⁵ (hierna steeds het Kinderpardon of Kinderpardonregeling genoemd) is op allerlei relevant voor de botsing tussen artikel 2 lid 2 IVRK en de overweging van het EHRM dat gedrag van ouders aan kinderen toegerekend mag worden. Dat begint al bij de presentatie van het beleid waarin de Kinderpardonregeling is vervat. In de toelichting op deze regeling wordt namelijk mede als doel genoemd te voorkomen dat kinderen de dupe worden van het gedrag van hun ouders.⁴⁶ De doelen van het Kinderpardon sluiten daarmee dicht aan bij artikel 2 lid 2 IVRK.

De praktijk is echter genuanceerder. Het geven van een uitputtende inleiding op het Kinderpardon valt buiten het bestek van dit artikel⁴⁷, maar het is voor de hierna te bespreken jurisprudentie wel essentieel om een aantal gronden tot afwijzing te noemen.⁴⁸ Zo moet het kind of zijn/haar ouders een asielaanvraag hebben ingediend – wanneer er slechts een reguliere verblijfsvergunning is aangevraagd valt iemand buiten het Kinderpardon. Wanneer het kind of één van zijn/haar gezinsleden als gevaar voor de openbare orde wordt beschouwd, wordt de aanvraag voor alle gezinsleden afgewezen. Tot slot kan een Kinderpardonaanvraag worden afgewezen als het kind of één van zijn gezinsleden twee keer of meer een onjuiste identiteit of nationaliteit heeft opgegeven.

In de praktijk komt het er door deze afwijzingsgronden vaak op neer dat Kinderpardonaanvragen worden afgewezen vanwege het gedrag van de ouders van de hoofdaanvrager.

De overweging uit Butt en Kaplan wordt in de Kinderpardon-jurisprudentie ten onrechte losgeweekt van de context waaruit deze afkomstig is.

Uit in de afgelopen jaren gepubliceerd onderzoek blijkt dat het beroep op artikel 2 IVRK de afgelopen jaren explosief is toegenomen en dat die toename rechtstreeks verband houdt met de procedures over het Kinderpardon.⁴⁹ In veel Kinderpardonzaken is een beroep gedaan op artikel 14 EVRM en in aanvulling daarop ook een beroep op artikel 2 IVRK. Relevant daarbij is dat bij de toets aan artikel 14 EVRM van belang is of de persoon die getroffen wordt door het onderscheid een keuze-element heeft in de status waarop hij gediscrimineerd wordt; ontbreekt een dergelijk keuze-element dan zijn er 'very weighty reasons' vereist om het gemaakte onderscheid te rechtvaardigen.⁵⁰ Het gaat bij het Kinderpardon zoals gezegd vaak (indirect) om onderscheid

op basis van het gedrag van de ouder en in veel procedures wordt dan ook gesteld dat er voor het kind geen keuze-element was in de status waarop hij/zij gediscrimineerd wordt. Artikel 2 lid 2 IVRK is daarbij dus bijzonder relevant.

De Afdeling heeft inmiddels een aantal uitspraken gedaan in Kinderpardonzaken waarbij de vraag naar het toerekenen van gedrag van ouders steeds een bepalende factor was. De Afdeling neemt daarbij steeds aan de hand van het Butt-arrest aan dat het gedrag van de ouders aan het kind toegerekend mag worden. In deze uitspraken gaat de Afdeling niet in op artikel 2 lid 2 IVRK.⁵¹ De Afdeling beslist op deze wijze in de uitspraak over het onderscheid tussen kinderen met en zonder asielachtergrond,⁵² evenals in de uitspraak waarbij de aanvraag van een gezin wordt afgewezen vanwege het feit dat de vader van het gezin in een eerdere procedure artikel 1F Vluchtelingenverdrag tegengeworpen heeft gekregen,⁵³ en in de uitspraak waarbij het gaat om de afwijzing vanwege het feit dat een gezinlid meer dan één keer een onjuiste identiteit heeft gebruikt.⁵⁴

De jurisprudentie over het Kinderpardon overziend, valt op dat de Nederlandse rechtspraak in behoorlijk grote eensgezindheid bij een beroep op internationaalrechtelijke discriminatieverboden als artikel 14 EVRM een beslissende betekenis toekent aan de overweging uit Butt en Kaplan bij de vraag of gedragingen van ouders toegerekend mogen worden aan hun kinderen. Hierbij wordt noch aandacht besteed aan het feit dat Butt en Kaplan arresten zijn over artikel 8 EVRM noch – en dat is eigenlijk van groter belang – aan het feit dat de context waarin het Hof in deze arresten overweegt dat gedrag van ouders aan kinderen toegerekend mag worden, nauw verbonden is aan het toetsingskader van 'exceptional circumstances'. Mijns inziens is het aannemelijk dat de overweging van het Hof over het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen zelfs exclusief is verbonden aan dit toet-

singskader en dat deze overweging dus niet zomaar toepasbaar is in de context van artikel 14 EVRM.

De Afdeling heeft de overweging van het Hof mijns inziens in één van haar eerste arresten naar aanleiding van Butt ook zo toegepast.⁵⁵ Blijkens de uitspraken over het Kinderpardon is het oordeel van de Afdeling echter toch dat de overwegingen uit Butt en Kaplan een breder bereik hebben dan alleen voor de toepassing van de 'exceptional circumstances'-toets. De Afdeling geeft hier geen expliciete motivering voor. Uit de uitspraken van 22 oktober 2014 kan mogelijk worden afgeleid dat de Afdeling in Kaplan een bredere legitimatie voor het gebruik van de overweging over het toerekenen van gedrag van ouders aan kinderen leest. Mogelijk begrijpt de Afdeling uit de woorden 'in any event' in paragraaf 86 van Kaplan dat gedrag van ouders in *alle*

45 WBV 2013/1, *Stcrt.* 2013, 2573.

46 WBV 2013/1, *Stcrt.* 2013, 2573, p. 10.

47 Zie daarvoor: M. van Riel, 'Pardon kinderen! De regeling langdurig verblijvende kinderen', *A&MR* 2013-04, p. 207-210.

48 Daarin ben ik bewust niet volledig, omdat niet alle afwijzingsgronden relevant zijn voor de hierna te bespreken jurisprudentie.

49 J.H. de Graaf, E. Polhuijs, N.N. Bahadur, N. van der Meij en L. Schäperkötter, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak. Deel II*, Amsterdam: Centre for Children's Rights Amsterdam (CCRA) 2015, p. 84.

50 Zie hiervoor: EHRM 27 september 2011, Bah t. het VK, *JV* 2012/33, m.nt. Slingenberg; *RV* 2011/85, m.nt. De Vries, par. 47. Zie voor uitgebreide toelichting: C.A.F.M. Grütters en E.C.C. van Os, 'Het ene gewortelde kind is het andere wél. Over de uitsluiting van niet-asiel kinderen bij het Kinderpardon', *A&MR* 2013-

07, p. 317 en C.J. Ullersma en J. Werner, 'De regeling langdurig verblijvende kinderen: Tussen pardon en kinderrecht', *A&MR* 2013-09, p. 469-470.

51 In uitspraken van rechtbanken was dit soms wel het geval. Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Den Haag 18 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4902, r.o. 5.2 en 10; Rechtbank Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5869, r.o. 10-11;

52 ABRvS 22 oktober 2014, *JV* 2014/376 m. nt. Grütters, r.o. 5.2 en ABRvS 22 oktober 2014, *JV* 2014/377 m. nt. Grütters, *AB* 2015/41 m. nt. Rodrigues, r.o. 5.2.

53 ABRvS 9 januari 2015, 201406527/1/V1, r.o. 5.2.

54 ABRvS 9 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:78, r.o. 5.1.

55 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2081, r.o. 2.3.

gevallen om zwaarwegende redenen aan kinderen toegerekend mogen worden. Dat lijkt me dan een erg wilde interpretatie: het Hof zegt daar enkel dat hoewel er bij de kinderen geen bewustzijn bestond over de onzekere verblijfsstatus van hun vader gedurende het ontwikkelen van hun gezinsleven, het bewustzijn van hun ouders daarover gelet op het Butt-arrest *in ieder geval* aan hen toegerekend kan worden. Hiermee vindt het Hof een legitiematie voor de 'exceptional circumstances'-toets en verdergaande conclusies lijken niet op zijn plaats.

In Butt en Kaplan gaat het om het toerekenen van gedrag, en daarom gaat het in de boven aangehaalde jurisprudentie niet altijd. Zo wordt de overweging ook toegepast in jurisprudentie die gaat over ouders die een reguliere in plaats van een asielvergunning hebben aangevraagd en daarom buiten het Kinderpardon vallen. Dat kan een heel bewuste keuze zijn geweest van die ouders, dan is het gedrag. Maar het kan ook zo zijn dat het niet doen van een asielaanvraag helemaal geen bewuste keuze is geweest, bijvoorbeeld omdat er helemaal geen aanleiding was om specifiek *asiel* aan te vragen. Op mij komt het kunstmatig over om in dat soort gevallen te spreken van 'gedrag'. Nog sterker speelt dit aspect bij de afwijzing van een Kinderpardon aanvraag omdat de vader van de hoofdaanvrager '1F-er' zou zijn. Als iemand 1F tegengeworpen krijgt, betekent dit allermindst dat vast staat dat hij de gedragingen zoals beschreven in artikel 1F Vluchtelingenverdrag daadwerkelijk heeft gepleegd. De overweging uit Butt en Kaplan wordt wel erg ver opgerekt als zelfs een vermoeden van bepaald gedrag als feitelijk gedrag wordt gekwalificeerd en daarmee aan kinderen wordt toegerekend.

Voor advocaten verdient het aanbeveling om een eventuele klacht over artikel 14 EVRM mede in te vullen aan de hand van artikel 2 lid 2 IVRK.

Opvallend is ook dat in de Kinderpardonjurisprudentie weinig betekenis wordt toegekend aan artikel 2 (lid 2) IVRK. Of artikel 2 lid 2 IVRK nu wel of niet als een ieder verbindende bepaling wordt gezien – zie paragraaf 1 – het is sowieso teleurstellend dat het artikel zo'n ondergeschikte rol speelt in jurisprudentie waarbij rechtsvragen spelen die zo verwant zijn aan de inhoud van dit artikel. Ook als artikel 2 lid 2 IVRK geen een ieder verbindende bepaling zou zijn, dan is het artikel nog niet automatisch betekenisloos. Een alternatieve ingang voor het artikel wordt gevormd door artikel 31 lid 3 onder C Weens Verdragenverdrag. Hierin is bepaald dat bepalingen van internationaal recht mede uitgelegd kunnen worden aan de hand van relevante andere bepalingen van internationaal recht.⁵⁶ Aangezien artikel 2 lid 2 IVRK vrijwel in al deze procedures met artikel 14 EVRM wordt ingeroepen, is er veel voor te zeggen om artikel 14 EVRM mede uit te leggen aan de hand van artikel 2 lid 2 IVRK.

Wanneer artikel 2 lid 2 IVRK wel in de rechtspraak over het Kinderpardon was betrokken, zou dat mogelijk tot andere uitkomsten hebben geleid. Hoe die uitgevallen zouden zijn, is niet goed te voorspellen; artikel 2 lid 2 is immers geen absoluut verbod en vraagt uiteraard een toetsing waarbij acht wordt geslagen op mogelijke rechtvaardigingsgronden. Voor advocaten die overwegen om met een afgewezen Kinderpardonzaak naar het EHRM te gaan, verdient het in ieder geval aanbeveling om een eventuele klacht over artikel 14 EVRM mede in te vullen aan de hand van artikel 2 lid 2 IVRK.

4. Conclusie

Het EHRM heeft twee keer overwogen dat gedrag van ouders om zwaarwegende redenen van migratiebeleid aan een kind kan worden toegerekend. Het Hof neemt hiermee een standpunt in dat haaks staat op het discriminatieverbod uit artikel 2 lid 2 IVRK. Laatstgenoemd artikel geeft invulling aan een principiële uitgangspunt van het IVRK; het kind is zelfstandig drager van rechten. In de Nederlandse rechtspraak lijkt de aangehaalde overweging van het Hof grote invloed te genieten, terwijl de betekenis van artikel 2 lid 2 IVRK vooralsnog marginaal is.

Wat is het bereik van de overweging uit Butt en Kaplan? Ze blijkt nauw verbonden aan de 'exceptional circumstances'-toets bij artikel 8 EVRM en is niet goed bruikbaar buiten deze context.

Het EHRM heeft bovendien geoordeeld dat het gedrag van ouders niet beslissend kan zijn als een kind niet meer verblijfsrechtelijk afhankelijk is van zijn of haar ouders. Het Hof noemt daarbij meerderjarigheid als voorbeeld. In dit artikel is aangetoond dat dit tot een paradoxale situatie kan leiden waarbij een kind als minderjarige rechten opbouwt die hij pas als meerderjarige te gelde kan maken. Hier lijkt sprake van uitstel van de zelfstandige rechtssubjectiviteit van het kind.

De toepassing van de overweging van het Hof bij het Kinderpardon, ten slotte, lijkt misplaatst te zijn. Ze heeft in deze jurisprudentie immers geen enkele relatie meer met de toepassing van de 'exceptional circumstances'-toets waarvoor ze in de jurisprudentie van het EHRM wordt gebruikt.

⁵⁶ Zie hierover: EHRM 12 november 2008, Demir en Baykara, 34503/97, par. 65 e.v.