

Het ‘best interests’-beginsel in de rechtspraak over artikel 8 EVRM

Hoe past het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het kinderrechtenverdrag toe? Ellen Nissen onderzocht zes uitspraken waarin het Hof de kans kreeg meer zicht te bieden op de relatie tussen de belangen en rechten van kinderen en artikel 8 EVRM. Erg concreet en duidelijk is het Hof nog niet geworden, zo blijkt.

‘Het kinderrechtenverdrag krijgt tanden’ schreef Marcelle Reneman twee jaar geleden in *Asiel&Migrantenrecht*.¹ Een deel van dit artikel besteedde Reneman aan ‘Het belang van het kind in artikel 8 EVRM’.² In dit artikel wil ik hier nader op ingaan en toetsen of het kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden krijgt in dit verband. Dat doe ik aan de hand van een aantal kernwaarden die zijn te af te leiden uit het kinderrechtenverdrag en de *General Comments* van het Comité voor de Rechten van het Kind (het Comité).³ Deze kernwaarden zijn – mijns inziens – zo onlosmakelijk verbonden met de toepassing van het best interests-beginsel zoals neergelegd in artikel 3 van het kinderrechtenverdrag dat er geen recht kan worden gedaan aan het verdrag zonder deze waarden te eerbiedigen. De uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die in dit artikel besproken worden zijn *Maslov*,⁴ *Neulinger*,⁵

Osman,⁶ *Nunez*,⁷ *Antwi*⁸ en *Butt*.⁹ De eerste vier zaken zijn ook in Renemans bijdrage aangehaald ter ondersteuning van de stelling dat het kinderrechtenverdrag tanden krijgt. *Antwi* en *Butt* zijn recentere uitspraken waarin het Hof de kans kreeg om de rechtspraak die betrekking heeft op de relatie tussen de belangen en rechten van kinderen en artikel 8 EVRM verder te ontwikkelen. Na een korte uiteenzetting van de feiten van de verschillende zaken zullen zij aan de hand van de genoemde vier criteria aan een systematische analyse worden onderworpen. Steeds zullen de kernwaarden in eerste instantie nader worden ingevuld aan de hand van de bewoordingen van het kinderrechtenverdrag, de *General Comments* van het Comité en de bestaande literatuur. Vervolgens wordt de benadering van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder de loep genomen.

1 De feiten en uitspraak

In de zaak *Maslov* was de uitzetting van een jonge Bulgaar met permanent verblijf in Oostenrijk aan de orde. Hij was op zesjarige leeftijd naar Oostenrijk gekomen en kwam sinds zijn veertiende regelmatig in aanraking met de politie voor verschillende vergrijpen. Toen hij negentien jaar oud werd hij uitgezet met een inreisverbod van tien jaar. Het Hof oordeelde dat de uitzetting van *Maslov* strijdig was met artikel 8 EVRM.

* Onderwerp van de scriptie was The Rights of Minor EU Member State Nationals Wishing to Enjoy Family Life with a non-EU Parent in their Country of Nationality. A study in the light of the UN Convention on the Rights of the Child. Deze werd geschreven onder begeleiding van mr. dr. Tineke Strik.

1 M. Reneman, ‘Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht’, A&MR 2011 nr. 8, ve11002529, p.359.

2 Ibid. p.359-360.

3 1. Bij beslissingen die het kind raken dient het belang van het kind een eerste overweging te vormen; 2. De rechten van het kind dienen leidend te zijn bij de toepassing van best interests-beginsel; 3. De mening van het kind dient betrokken te worden bij de invulling van het best interests-beginsel; 4. De belangen van het kind dienen zorgvuldig afgewogen te worden tegen andere belangen.

4 EHRM 23 juni 2008, *Maslov* t. Oostenrijk, nr. 1638/03, ve07000609.

5 EHRM 6 juli 2010, *Neulinger* and *Shuruk* t. Zwitserland, nr. 41615/07, para 55, ve10001086.

6 EHRM 14 juni 2011, *Osman* t. Denemarken, nr. 38058/09, para 73, JV 2011/331 m.nt. S.K. van Walsum, ve11001345.

7 EHRM 28 juni 2011, *Nunez* t. Noorwegen, nr.55597/09, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum, ve120000443.

8 EHRM 14 februari 2012, *Antwi* e.a. t. Noorwegen, nr. 26940/10, JV 2012/170 m.nt. S.K. van Walsum, ve12000443.

9 EHRM 4 december 2012, *Butt* t. Noorwegen, nr. 47017/09, JV 2013/85 m.nt. M.C. Stronks, ve12002426.

In de zaak *Neulinger* was de vraag aan de orde of een Zwitserse moeder terug moest keren naar Israël nadat zij haar tweeejarige zoon Noam zonder toestemming van de vader - en tegen een verbod van de rechtbank in - had meegenomen naar Zwitserland. Het Hof diende te beoordelen of de nationale hoven het Haagse kinderontvoeringsverdrag in overeenstemming met het EVRM hadden toegepast en geïnterpreteerd. Het Hof concludeerde dat terugkeer van de moeder en het kind zowel de rechten van het kind als de rechten van de moeder op grond van 8 EVRM zou schenden.

In *Osman tegen Denemarken* werd het Hof de vraag gesteld of Denemarken een recht op verblijf had moeten toekennen aan een zeventienjarig Somalisch meisje dat vanaf haar zevende in Denemarken had gewoond. Haar vader stuurde haar op haar vijftiende naar een vluchtelingenkamp in Kenia om voor haar grootmoeder te zorgen. Drie maanden voordat het meisje achttien jaar werd, vroeg ze op de ambassade gezinshereniging met haar moeder en broers en zussen aan. Echter, de Deense wet kent alleen een recht op gezinshereniging toe aan kinderen onder de vijftien. Volgens het Hof had Denemarken artikel 8 EVRM geschonden door het meisje een verblijfsvergunning te weigeren.

Het belang van het kind moet bij beslissingen die het kind raken een eerste overweging vormen. Dit best interests-beginsel loopt als een rode draad door het kinderrechtenverdrag.

In *Nunez tegen Noorwegen* werd het EHRM de vraag gesteld of Noorwegen een verblijfsrecht had moeten verlenen aan een Dominicaanse moeder van twee in Noorwegen verblijvende kinderen. Tijdens haar eerste verblijf in Noorwegen werd ze betrappt op winkeldiefstal en uitgezet met een inreisverbod. Een aantal maanden later keerde zij onder een andere naam - en met een ander persoonsnummer in haar paspoort - terug naar Noorwegen. Daar is zij met een Noorse man getrouwd en heeft zij op grond van dat huwelijk een verblijfsvergunning aangevraagd en gekregen. In haar aanvraag vermeldde ze niet dat zij tijdens haar vorige verblijf in aanraking was gekomen met de politie. Nadat de scheiding van de Noorse man was voltrokken ging de vrouw een relatie aan met een man afkomstig uit de Dominicaanse Republiek met permanent verblijf in Noorwegen. Uit deze relatie werden twee dochters geboren. Een aantal jaren later werd ook deze relatie verbroken. Inmiddels was de politie de fraude op het spoor gekomen en werd haar verblijfsvergunning ingetrokken. Weer een aantal jaar later werd de beslissing genomen om haar uit te zetten en een inreisverbod van twee jaar op te leggen. De vader had, mede door de dreigende uitzetting van de moeder, het gezag over de kinderen toegewezen gekregen. Het Hof oordeelde dat de uitzetting van de moeder niet in overeenstemming met 8 EVRM was.

In de zaak *Antwi tegen Noorwegen* werd de vader van een Noors meisje met uitzetting bedreigd. Zowel de vader als de moeder van het meisje kwamen oorspronkelijk uit Ghana. De moeder was op jonge leeftijd naar Noorwegen gekomen. In Duitsland ontmoette zij haar toekomstige man. De man vestigde zich bij haar door een vals Portugees paspoort te gebruiken en gebruik

te maken van de richtlijn voor vrij verkeer van EU-burgers. Nadat de vrouw de Noorse nationaliteit had verkregen werd een dochter geboren die ook de Noorse nationaliteit kreeg. Op het moment dat de ouders trouwden kwam de vrouw er achter dat haar man altijd gebruik had gemaakt van valse papieren. De Nederlandse autoriteiten ontdekten dat het paspoort van de man vals was toen hij op doorreis was naar Canada. Vervolgens is zijn vergunning ingetrokken en is hem een inreisverbod van vijf jaar opgelegd. Deze uitzetting was volgens het Hof wel toegestaan onder 8 EVRM.

In *Butt tegen Noorwegen* moest het Hof beslissen over de uitzetting van inmiddels volwassen Pakistaanse onderdanen. Toen de kinderen Butt drie en vier jaar oud waren kwamen zij met hun moeder vanuit Pakistan naar Noorwegen, waar zij een verblijfsvergunning op humanitaire gronden kregen. Drie jaar later is het gezin teruggekeerd naar Pakistan waar zij de daaropvolgende vier jaar verbleven. De Noorse autoriteiten, die niet op de hoogte waren van het vertrek van het gezin, verleende de moeder en de kinderen in de tussentijd een permanente verblijfsvergunning. Toen het gezin terugkeerde naar Noorwegen vroeg de vader van de kinderen een verblijfsvergunning op grond van gezinshereniging aan. Deze aanvraag

vormde aanleiding voor de autoriteiten om extra onderzoek te verrichten waarnaar men er achter kwam dat het gezin een aantal jaren in Pakistan had gewoond. Om deze reden werd de verblijfsvergunning van de moeder en de kinderen ingetrokken. De kinderen werden opgepakt met het oog op uitzetting. Deze uitzetting is echter nooit doorgezet omdat de moeder van de kinderen spoorloos was en er ook geen contact met familie in Pakistan leek te bestaan. De moeder is later apart van de kinderen uitgezet en overleden in Pakistan. Het Hof achtte uitzetting van de inmiddels 27- en 26-jarige mannen niet in overeenstemming met 8 EVRM.

2 Het best interests-beginsel

De eerste van de vier kernwaarden uit het kinderrechtenverdrag die ik in dit artikel bespreek, is, zoals is neergelegd in artikel 3 IVRK, dat het belang van het kind bij beslissingen die het kind raken een eerste overweging dient te vormen. Dit best interests-beginsel loopt als een rode draad door het Verdrag. Het is door het Comité verheven tot een zogenaamd 'General Principle' waarop de rest van het Verdrag gestoeld is.¹⁰ Het Comité laat er geen twijfel over bestaan dat deze bepaling ruim geïnterpreteerd moet worden. Ook als kinderen indirect in plaats van direct door een beslissing geraakt worden is deze bepaling van toepassing.¹¹ Het Comité geeft ondubbelzinnig

10 General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), para. 12.

11 General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), para. 12.

antwoord op de vraag of van dit recht afgeweken mag worden in bepaalde gevallen:

“The words “shall be” place a strong legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children’s best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken.”¹²

Er kunnen dus geen uitzonderingsmogelijkheden afgeleid worden uit het Verdrag, noch uit de interpretatie die het Comité voorstaat.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

In de zaken *Maslov*, *Neulinger*, *Nunez* en *Antwi* geeft het Hof het best interests-beginsel een plaats in zijn overwegingen, maar in de zaken *Osman* en *Butt* noemt het Hof het beginsel niet expliciet.

In de zaak *Maslov* zoekt het Hof aansluiting bij de in *Boultif* en *Üner* geformuleerde criteria waaraan getoetst moet worden bij uitzetting op grond van openbare orde. Een van deze criteria schrijft voor dat een beslissing tot uitzetting getoetst wordt aan het belang en welzijn van de kinderen van degene die dreigt te worden uitgezet.¹³ Het best interests-criterium zoals geformuleerd in *Üner* werd door het Hof als volgt vertaald:

“The Court considers that the obligation to have regard to the best interests of the child also applies if the person to be expelled is himself or herself a minor, or if – as in the present case – the reason for the expulsion lies in offences committed when a minor.”¹⁴

Daarbij verwees het Hof ook naar artikel 3 IVRK.

In de zaak *Neulinger* wijdde het Hof bij de uiteenzetting van de relevante rechtsprincipes een complete sectie aan het ‘concept of the child’s “best interests”’. Naast het kinderrechtverdrag refereerde het Hof ook aan andere internationale verdragen zoals de Verklaring van de Rechten van het Kind, het VN-vrouwenverdrag en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

In de zaken *Osman* en *Butt* maakt het Hof geen gebruik van het best interests-beginsel. Het Hof kiest er in deze zaken dus niet voor om eenzelfde redenering als in *Maslov* toe te passen. In *Maslov* overwoog het Hof namelijk dat ‘where offences committed by a minor underlie an exclusion order regard must be had to the best interests of the child’. Deze redenering zou analoog toegepast kunnen worden op *Osman* en *Butt* waar ook de feiten die ten grondslag lagen aan de aangevochten beslissingen zich (grotendeels) hebben voorgedaan toen de personen in kwestie minderjarig waren. In *Osman* is de aanvraag zelfs gedaan op het moment dat het meisje nog minderjarig was. Wel kan worden betoogd dat in *Osman* invulling gegeven wordt aan het belang van het kind doordat de rechten van het kind gewaar-

borgd worden (zie paragraaf 3). Dit wordt echter nergens door het Hof expliciet gemaakt.

Nadat het Hof in *Nunez* had geconcludeerd dat de beslissing tot uitzetting geen schending van de rechten van de ouders opleverde onderzocht het Hof of ‘particular regard to the children’s best interests would nonetheless upset the fair balance under Article 8’.¹⁵ In de slotoverweging verwees het Hof naar de tekst van artikel 3 IVRK en naar de zaak *Neulinger*. In de zaak *Antwi*, die qua feiten weinig van *Nunez* verschilt, werd het best interests-principe pas in de slotoverwegingen genoemd zonder een verwijzing naar het kinderrechtverdrag. In de overwegingen spreekt het Hof niet van het best interests-beginsel maar concludeert het Hof alleen dat de beslissing tot uitzetting van de vader niet ‘beneficial’ voor zijn dochtertje is.¹⁶

3 Het best interests-beginsel en de rechten van het kind

De tweede kernwaarde bij het kinderrechtverdrag is dat de rechten van het kind leidend moeten zijn bij de toepassing van het best interests-beginsel. Het is juist in de toekenning van rechten aan kinderen dat het Verdrag vooruitstrevend en innovatief kan worden beschouwd.¹⁷ Het IVRK biedt niet langer onbegrensde mogelijkheden aan volwassenen om hun subjectieve voorkeuren en ideeën te projecteren op de toepassing van het best interests-beginsel. Deze toepassing wordt geïnformeerd en gelimiteerd door de rechten van het kind. Freeman overweegt in zijn commentaar op artikel 3 IVRK dat ‘whilst the basic premise of the Convention is the application of its provisions with the ‘best interests of the child’ always in mind, we cannot escape the conclusion that this cannot be done without reference to the rights of the child recognized in the Convention’.¹⁸ Deze benadering wordt ook voorgestaan door het Comité voor de Rechten van het Kind. In het General Comment ten aanzien van artikel 3 IVRK overweegt het Comité expliciet dat een subjectief idee van wat precies in het belang van het kind is nooit in kan gaan tegen de rechten van het kind.¹⁹

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

In de zaken *Maslov*, *Neulinger* en *Osman* valt een op rechten gebaseerde benadering te ontwaren. Deze benadering is een stuk moeilijker terug te vinden in de zaken *Nunez*, *Antwi* en *Butt*. Bij de invulling van het best interests-principe maakt het Hof in *Maslov* gebruik van artikel 40 van het IVRK. Daarin is opgenomen dat re-integratie een belangrijke doelstelling van het jeugdstrafrecht moet zijn.

¹⁵ *Nunez*, para. 78.

¹⁶ *Antwi*, para. 97.

¹⁷ C.M. Smyth, *The common European asylum system and the rights of the child: an exploration of meaning and compliance*, ‘s-Hertogenbosch, Uitgeverij Boexpress, 2013, p.32. M. Freeman, Article 3: The Best Interests of the Child’ In: A. Alen e.a. (red.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 1–74, p.5.

¹⁸ M. Freeman, Article 3: The Best Interests of the Child’ In: A. Alen e.a. (red.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 1–74, p. 5

¹⁹ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1). para 4.

¹² General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), para. 36

¹³ EHRM 18 oktober 2006, *Üner* t. Nederland, nr. 46410/99 JV 2006/417 m.nt. P. Boeles, RV 2006, 24, para.58, ve06001382.

¹⁴ *Maslov*, para. 82.

In *Neulinger* stelde het Hof dat uit de commentaren van het Comité – en uit de bewoording van het Verdrag – afgeleid kan worden dat de toepassing van artikel 3 IVRK in overeenstemming met de onderliggende waarden en principes van het Verdrag moet zijn en ‘must focus on the child as an individual having civil and political rights and its own feelings and opinions’.²⁰ Bij de toepassing van de relevante principes maakt het Hof – om uit te vinden of Noam inmiddels geïntegreerd is in een nieuwe omgeving – gebruik van de principes die het Hof zelf geformuleerd heeft in uitzettingszaken.²¹ Met behulp van deze criteria heeft het Hof de invulling van het best interests-beginsel geconcretiseerd. Het Hof heeft alleen gekeken naar het EVRM voor deze concretisering en niet naar het IVRK zoals het wel in *Maslov* deed.

Door deze benadering van het Hof in *Neulinger* is het – naar mijn mening – opvallend dat het Hof niet voor eenzelfde benadering kiest in *Nunez* en *Antwi*.²² Vooral in de zaak *Antwi* doemt de vraag op waarom de belangen van Noam in *Neulinger* wel – aan de hand van de *Üner/Maslov*-criteria – systematisch werden benaderd en de belangen van het Noorse meisje in *Antwi* niet. Zowel Noam als het meisje hebben de nationaliteit van het land waarin zij verblijven. In beide gevallen staat hun verblijf in deze landen, en hun privé-leven, onder druk. Ook zouden

dat, omdat de moeder bewust de autoriteiten heeft misleid, haar recht op respect voor gezinsleven niet geschonden kan worden geacht. Toch kiest het Hof er voor om in de slotparagraaf het volgende te overwegen:

‘The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between its public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant’s need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand.’²⁵

Hoewel de kinderen in *Nunez* geen procespartij waren, zou het Hof gesierd hebben als het in deze slotoverweging meer recht werd gedaan aan de autonomie en individuele rechten en belangen van kinderen.²⁶ Door de gekozen bewoording van het Hof verschuift het perspectief terug naar de moeder en haar behoefte om in het belang van de kinderen met ze in contact te blijven. Daarmee verkrijgt de ouder een recht om in een dergelijk geval niet belemmerd te worden in het waarborgen van het belang van het kind. Bij een kinderrechtenbenadering zou echter centraal moeten staan of de rechten en belangen

Het Hof maakt in Nunez en Antwi op geen enkele manier gebruik van de rechten in het EVRM of het IVRK om het best interests-principe vorm te geven.

beiden zodanig geworteld kunnen zijn in hun land van verblijf dat het niet in hun belang is om gedwongen te worden dit land te verlaten. Toch lijkt Noam een sterker recht op privé-leven te hebben dan het Noorse meisje. Dit zou verklaard kunnen worden door het feit dat *Neulinger* een kinderontvoeringszaak betreft en *Antwi* een immigratiezaak.²³ Het is echter het Hof zelf dat in de uitspraken de link tussen de ontvoeringszaak en de migratiezaken legt: in *Neulinger* werd aansluiting bij migratiezaken gezocht (*Üner/Maslov*) en in *Nunez* werd weer expliciet verwezen naar *Neulinger*. Bovendien is het de vraag of de migratiecontext überhaupt een verschil in behandeling van de kinderen zou rechtvaardigen. Als dat zo was, had het Hof mijns inziens expliciet moeten motiveren waarom de principes uit *Neulinger* om invulling te geven aan het belang van het kind niet van toepassing waren in *Antwi*.

Het Hof maakt in *Nunez* en *Antwi* op geen enkele manier gebruik van de rechten in het EVRM of het IVRK om het best interests-principe vorm te geven.²⁴ Ook in de slotoverweging van *Nunez* geeft het Hof een ambigu signaal af. Het Hof overweegt

van de kinderen de staat zelf dwingen om het belang van het kind te waarborgen, in dit geval, door het toekennen van leegaal verblijf aan de ouder.

In de zaken waar geen toepassing wordt gegeven aan het best interests-beginsel komt het Hof ook op zeer verschillende manieren tot zijn eindconclusie. In *Osman* zijn de individuele rechten en belangen van het kind voor het Hof doorslaggevend ongeacht het feit dat de situatie het gevolg was van bewust handelen door ouders:

‘The Court also notes that although the legislation at issue aimed at discouraging parents from sending their children to their countries of origin to be “re-educated” in a manner their parents consider more consistent with their ethnic origins, the children’s right to respect for private and family life cannot be ignored.’²⁷

In de zaak *Butt* wordt precies het tegenovergestelde standpunt ingenomen door het Hof. Daar overwoog het Hof dat het geen reden ziet om kinderen in een dergelijke situatie niet te vereenzelvigen met het gedrag van de ouders.²⁸ De jaren die de

20 Ibid.

21 Zie Boulouf, Üner en Maslov.

22 In mindere mate in de zaak *Nunez* omdat de moeder die uitgezet dreigde te worden niet langer het gezag over de kinderen had. Daarom geen sprake van dat de kinderen de moeder zouden volgen.

23 In het Haags kinderontvoeringsverdrag is ook opgenomen dat de onmiddellijke terugkeer van het kind wordt gelast indien er minder dan 1 jaar is verstreken. Tevens indien er meer dan een jaar is verstreken, tenzij het kind is geworteld in zijn nieuwe omgeving. Deze bepaling is afgeleid van het belang van het kind. Het Hof verwijst naar deze bepaling in para. 145 van de uitspraak in *Neulinger*.

24 E.g. artikel 6 (recht op ontwikkeling), artikel 9 (recht om contact met beide ouders te onderhouden) IVRK en EVRM protocol 4, artikel 3 (verbod om eigen onderdanen uit te zetten).

25 *Nunez*, para. 84.

26 Zoals ook door het Hof zelf verwoord ten aanzien van de toepassing van het IVRK in *Neulinger* in para. 51 (zie para. 3 van dit artikel).

27 *Osman*, para. 69.

28 In rechtsoverweging 79 van de uitspraak overweegt het Hof: ‘In this regard the Court has noted the general approach of the Borgarting High Court that strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children (see paragraph 34 above). The Court, seeing no reason for disagreeing with this general approach (...)’

jongens als minderjarigen hadden doorgebracht in Noorwegen werden daarom niet geëvalueerd aan de hand van de criteria geformuleerd in uitzettingszaken zoals het Hof in *Neulinger* wel deed. Wel keek het Hof of er verzachtende omstandigheden waren waardoor er toch sprake zou kunnen zijn van een schending van artikel 8 EVRM. Als een van deze verzachtende omstandigheden noemde het Hof het feit dat de kinderen zich

De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

De enige zaak waarin het Hof zich uitsprekt over de manier waarop de mening van het kind bij de besluitvorming betrokken dient te worden is de zaak *Osman*. In deze uitspraak maakt het Hof duidelijk dat de autoriteiten meer waarde hadden moeten hechten aan de mening van het meisje dat om toestem-

In Osman benadrukte het Hof dat het respect voor het gezag van de ouders geen afbreuk mocht doen aan de individuele rechten van het meisje.

niet bewust waren van hun onrechtmatige verblijf tot het moment van hun arrestatie. Zij waren toen respectievelijk vijftien en zestien jaar oud. De vraag is of hier uit valt af te leiden dat het Hof van kinderen verwacht dat zij – zonder begeleiding van hun ouder – het land verlaten op het moment dat zij zich realiseren dat ze geen rechtmatig verblijf hebben.

4 De mening van het kind

De derde kernwaarde is dat de mening van het kind betrokken moet worden bij de invulling van het best-interest beginsel. Dit is een van de manieren waarop het Verdrag de paternalistische aard van het best interests-beginsel ondervangt. In artikel 12 IVRK is neergelegd dat ieder kind dat in staat is zijn of haar mening te vormen, die mening vrijelijk moet kunnen uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, en dat aan deze mening passend belang moet worden gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.

In General Comment No. 14 (belang van het kind) wordt bevestigd wat het Comité eerder overwoog in General Comment No. 12 (Recht van het kind om mening vrijelijk te uiten) namelijk dat artikel 3 en artikel 12 IVRK intrinsiek aan elkaar verbonden zijn. Artikel 3 (1) IVRK kan volgens het Comité onmogelijk op een correcte manier toegepast worden als geen invulling wordt gegeven aan Artikel 12 IVRK.²⁹ Artikel 12 stelt kinderen in staat hun rechten te doen gelden, hetgeen in het belang van het kind is. Dit draagt ook bij aan de kwaliteit van de besluitvorming. In het proefschrift van Smyth is dit als volgt geformuleerd:

‘(..)the participation of the child in the process increases the likelihood of a decision that coincides with the views of the child and ensures that a decision that is contrary to the views of the child is justified on that account, making the decision-making process more robust and the decision-maker more accountable.’³⁰

ming vroeg om weer toegelaten te worden tot Denemarken. Het meisje had duidelijk aangegeven dat zij tegen haar wil naar Kenia was gestuurd. De autoriteiten hadden dit afgedaan door te verwijzen naar het feit dat de ouders gezag over het meisje hadden. Het Hof benadrukte dat dit respect voor het gezag van de ouders geen afbreuk aan de individuele rechten van het meisje mocht doen. De mening van het meisje over haar recht op respect voor gezinsleven had niet op dergelijke wijze genegeerd mogen worden.

In geen enkele andere zaak die in dit artikel nader bekeken wordt geeft het Hof zijn visie op de relatie tussen de rechten van het kind en het horen van het kind. Er wordt ook nergens gerefereerd aan artikel 12 IVRK. Dat het Hof ook voor een andere benadering had kunnen kiezen, kan worden geïllustreerd met de zaak ZH (Tanzania). In deze zaak – over de uitzetting van de moeder van Britse kinderen – wijdde Barones Hale een hele sectie van haar overwegingen aan de vraag naar of en wanneer kinderen geraadpleegd moeten worden in zaken die hen aangaan. Hoewel het volgens haar vooral belangrijk is dat degenen die de besluiten nemen de relevante feiten onder ogen krijgen – eventueel door middel van aparte vertegenwoordiging van de kinderen – en dat deze mensen de juiste vragen stellen, overweegt ze dat ‘the immigration authorities must be prepared at least to consider hearing directly from a child who wishes to express a view and is old enough to do so.’³¹ Deze zaak vertoont veel overeenkomsten met de zaken *Nunez* en *Antwi*. In al deze zaken waren de kinderen tussen de 9 en 12 jaar oud. Hoewel dat misschien jong lijkt heeft het Comité in een General Comment over de rechten van erg jonge kinderen benadrukt dat ook zij een recht hebben om gehoord te worden op het moment dat zij in staat zijn hun mening vrijelijk te uiten.³²

5 De afweging van het belang van het kind tegen het algemene belang

De vierde en laatste kernwaarde is dat de belangen van het kind zorgvuldig afgewogen moeten worden tegen het algemeen belang. Volgens artikel 3 IVRK moet het belang van het kind een eerste overweging vormen.³³ Dit betekent dat het

29 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), para. 43.

30 C.M. Smyth, *The common European asylum system and the rights of the child: an exploration of meaning and compliance*, ‘s-Hertogenbosch, Uitgeverij Boxpress, 2013, p.30.

31 Supreme Court VK 1 februari 2011, ZH (Tanzania) t. SSHD, UKSC 4 para. 37, ve11001292.

32 General Comment No. 7 (2005) Implementing child rights in early childhood, paras. 13 en 14.

33 In specifieke gevallen, zoals adoptie (artikel 21 IVRK), moet aan het belang van het kind wel doorslaggevende waarde toegekend worden.

niet gelijk staat aan alle andere overwegingen maar ook niet noodzakelijkerwijs de beslissende factor vormt.³⁴ Het belang van het kind dient hoge prioriteit te krijgen. In haar artikel stelde Reneman al dat er veel discussie bestaat over de toepasbaarheid van deze norm.³⁵ Volgens het General Comment is bij de afweging van het belang van het kind tegen het algemeen belang de juridische argumentatie en het redeneerproces van essentieel belang:

'If, exceptionally, the solution chosen is not in the best interests of the child, the grounds for this must be set out in order to show that the child's best interests were a primary consideration despite the result. It is not sufficient to state in general terms that other considerations override the best interests of the child; all considerations must be explicitly specified in relation to the case at hand, and the reason why they carry greater weight in the particular case must be explained. The reasoning must also demonstrate, in a credible way, why the best interests of the child were not strong enough to outweigh the other considerations.'³⁶

Een heldere en transparante motivering is noodzakelijk voor de correcte toepassing van het belang van het kind.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Het Hof is zelden helder wat betreft het gewicht dat aan het best interests-beginsel toegekend moet worden. In de ontvoeringszaak *Neulinger* overwoog het Hof dat:

'there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount.'³⁷

Dit gaat verder dan artikel 3 IVRK dat voorschrijft dat de belangen van kinderen een eerste overweging dienen te vormen en niet de hoogste of belangrijkste. In *Neulinger* worden deze termen als onderling verwisselbaar beschouwd. Hoewel het

Het vasthouden aan de 'exceptional circumstances'- doctrine betekent dat de positie van kinderen in eerste instantie nog steeds voortvloeit uit de keuzes die de ouders gemaakt hebben.

Hof in de overwegingen duidelijk aansluiting zoekt bij de status van het best interests-beginsel bij voogdijzaken³⁸ – waarbij het belang van het kind doorgaans inderdaad voorop staat – spreekt het Hof in het bovengenoemde citaat van 'all decisi-

ons concerning children'. Daarnaast verwijst het Hof ter ondersteuning van deze stelling naar artikel 24 lid twee van het Handvest waarin – net zoals in het IVRK – gesproken wordt over 'a primary consideration'. Er wordt hier door het Hof klaarblijkelijk naar de hoofdregel verwezen.

In *Nunez* verwijst het Hof wel naar de bewoording van artikel 3 IVRK en overweegt het dat de belangen van kinderen 'a primary consideration' dienen te zijn. Tegelijkertijd echter verwijst het Hof naar de zaak *Neulinger* waar – zoals we net gezien hebben – de belangen van kinderen een hogere mate van belangrijkheid toegekend lijken te krijgen. In *Antwi* wordt niet gerefereerd aan het IVRK of aan eerdere jurisprudentie om aan te duiden welk gewicht toegekend zou moeten worden aan het best interests-beginsel.

Uit het General Comment valt op te maken dat het belangrijk is om te expliciteren wat de verschillende belangen zijn en hoe deze zich tot elkaar verhouden. In *Neulinger* lijkt het Hof zich hier ook van bewust:

'In this area the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (...)'³⁹

Echter in het vervolg van de uitspraak komt het Hof niet meer terug op het belang van 'public order'. Nergens wordt nader gespecificeerd wat dit belang precies inhoudt. Uit de individuele opinies van de verschillende rechters valt op te maken dat het doel van de het Haags kinderontvoeringsverdrag is om – naast het voorkomen van kinderontvoeringen – te voorkomen dat de ontvoerende ouder voordeel ondervindt van het onrechtmatige gedrag.⁴⁰ Voor toekomstige zaken was het nuttig geweest als het Hof aangegeven had hoe dit belang afgewogen moet worden tegen het belang van het kind.

In *Nunez* en *Antwi* lijkt het Hof het belang van de staat nadrukkelijker te onderzoeken in de context van het inreisverbod. Het Hof overweegt dat afwijzing van een verblijfsvergunning geen

straf vormt voor het verschaffen van onjuiste gegevens. Een inreisverbod is volgens het Hof een belangrijk afschrikwekkend middel om 'gross or repeated violations' van migratiewetten tegen te gaan.⁴¹

Hoewel in *Antwi* het Hof overweegt dat uitzetting van de vader duidelijk niet 'beneficial' voor het tienjarige dochttertje was, wordt uit de uitspraak niet duidelijk waarom de belangen van de staat zwaarder wogen. Er was geen sprake van een schen-

34 M. Freeman, Article 3: The Best Interests of the Child' In: A. Alen e.a. (red.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 1–74, pp.60-64; General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), paras. 37-40.

35 M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht', A&MR 2011 nr. 8, pp.349-362, p.351.

36 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), para. 97.

37 *Neulinger*, para. 135.

38 *Ibid.*, para. 134.

39 *Ibid.*, para. 134.

40 *Neulinger*, Joint separate opinion of Judges Jociene, Sajó and Tsotsoria, para. 4. Zie ook EHRM 6 december 2007, *Maumausseau en Washington t. Frankrijk*, nr. 39388/05, para. 73: 'The aim is indeed to prevent the abducting parent from succeeding in obtaining legal recognition, by the passage of time, of a de facto situation that he or she unilaterally created.'

41 *Nunez*, para. 71.

ding omdat er volgens het Hof geen uitzonderlijke omstandigheden waren en omdat er geen onoverkoombare obstakels in de weg stonden aan de uitoefening van het recht op respect voor gezinsleven in het land van herkomst van beide ouders.

en kan moeilijk een eenduidige lijn worden ontwaard. Een transparante juridische argumentatie is bij de toepassing van het best interests-beginsel nog noodzakelijker dan doorgaans het geval is omdat het beginsel niet alleen in ontwikkeling is,

Belangrijke elementen van het kinderrechtenverdrag ontbreken vaak in de uitspraken van het Hof.

Dat dit niet in het belang van het kind was, werd dus niet gezien als een bijzondere omstandigheid noch als een obstakel waardoor gezinsleven niet in het land van herkomst genoten kon worden. De belangen van het kind werden niet rechtstreeks afgewogen tegen de belangen van de staat:

‘There being no exceptional circumstances at issue in the present case, the Court is satisfied that sufficient weight was attached to the best interests of the child in ordering the first applicant’s expulsion.’⁴²

maar ook aan serieuze kritiek onderhevig is. Het is van belang dat nationale rechters handvatten aangereikt krijgen om het beginsel toe te passen op een manier die het belang van het kind en het IVRK niet ondermijnt. Hopelijk zal het Hof in toekomstige uitspraken aangeven of het de intentie heeft om het kinderrechtenverdrag daadwerkelijk volwassen tanden te geven in plaats van het huidige melkgebit.

De relatie tussen de ‘exceptional circumstances’-doctrine en het belang van het kind wordt niet nader verklaard door het Hof. Om een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen wanneer degene die met uitzetting bedreigd wordt nooit legaal verblijf heeft gehad en wanneer de betrokken personen zich er van bewust waren dat de verblijfsstatus van een van hen onzeker was, moet er sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden. De vraag is hoe redelijk en logisch het is om dit als uitgangspunt te nemen bij de toepassing van het best interests-principe. Het kan kinderen moeilijk tegengeworpen worden dat zij verantwoordelijkheid hadden in het ontstaan van de situatie. Het vast houden aan de ‘exceptional circumstances’-doctrine betekent dat de positie van kinderen in eerste instantie nog steeds voortvloeit uit de keuzes die de ouders gemaakt hebben. Ook in *Maslov* was er geen sprake van een rechtstreekse belangenafweging. Dit kan verklaard worden door het feit dat *Maslov* inmiddels meerderjarig was terwijl zijn uitzetting en de feiten die daar aan ten grondslag lagen – en de rechten die in het geding waren – in het licht van het best interests-beginsel bekeken werden.

6 Slotoverwegingen

De toenemende aandacht voor het belang en de rechten van het kind is een positieve stap voorwaarts. Toch zien we dat belangrijke elementen van het kinderrechtenverdrag vaak ontbreken in de uitspraken van het Hof. Het Hof licht zelden toe waarom het gekozen heeft voor een zekere benadering en het weglaten of in de overwegingen betrekken van bepaalde elementen van het IVRK. Het Hof maakt niet inzichtelijk wanneer het belang van het kind betrokken moet worden bij de overwegingen, hoe invulling gegeven moet worden aan dit principe en welk gewicht eraan toegekend moet worden. Hierdoor lijken de uitspraken van het Hof inconsistenties te bevatten

42 Antwi, para. 103.