

## Botsingen tussen jeugdrecht en vreemdelingenrecht

# Een ondertoezichtstelling in een jasje van tijdelijke voogdij

Door het Kinderrechtenverdrag wordt het kind in het jeugd(beschermings)recht steeds meer als rechtssubject gezien, terwijl in het vreemdelingenrecht eerder wordt gedacht aan groepsbelangen van kinderen en kinderen die door hun ouders vooruitgestuurd zouden worden voor rechtmatig verblijf. Door deze uiteenlopende perspectieven wordt de juridische positie van het kind verschillend benaderd en kunnen spanningen ontstaan, omdat op gelijksoortige situaties verschillende jeugd(beschermings)-rechtelijke hulpverleningsconstructies en maatregelen van toepassing kunnen zijn. De binaire vreemdelingrechtelijke praktijk, waarin de aan- of afwezigheid van een ondertoezichtstelling meestal van doorslaggevend belang is, houdt geen rekening met jeugd(beschermings)rechtelijk maatwerk. Op basis van hun WODC-onderzoek beschrijven Ellen Nissen en Iris Sportel de spanningen tussen beide rechtsgebieden en benaderingen. Ze schetsen de wet- en regelgeving, de uitvoeringspraktijk, de jurisprudentie en de knelpunten die werden verwoord door medewerkers van de betrokken organisaties, rechters en advocaten. Ze komen ook met mogelijke oplossingen, en bespreken de reactie van de staatssecretaris daarop.

## Inhoud

- 1. Spanningen door uiteenlopende perspectieven en uitgangspunten**
  - 1.1 Minderjarigheid
  - 1.2 Belang van het kind
    - 1.2.1 *In wet- en regelgeving*
    - 1.2.2 *Materiële invulling*
    - 1.2.3 *Procedurele invulling*
- 2. Vreemdelingrechtelijke betekenis van ondertoezichtstelling**
  - 2.1 Ontstaan en reikwijdte van beleidskader
  - 2.2 Betekenis van af- of aanwezigheid van ondertoezichtstelling
  - 2.3 Gevolgen van de binaire vreemdelingrechtelijke benadering
- 3. Oplossingsrichtingen en beleidsreactie staatssecretaris**

**A**ls kinderen en/of hun ouders zonder bestendig verblijfsrecht in Nederland verblijven, kunnen zich situaties voordoen waarbij zowel het jeugd(beschermings)recht als het migratierecht betrokken is. Zo kan bij een ontwikkelingsbedreiging een ondertoezichtstelling worden overwogen en beide rechtsgebieden kunnen ook een rol spelen wanneer alleenstaande minderjarigen zonder ouders of andere gezagsdragers in Nederland verblijven. De jeugdrechtelijke situatie van een kind kan in sommige gevallen gevolgen hebben voor diens vreemdelingrechtelijke positie.

Er zijn echter grote verschillen tussen de beide rechtsgebieden in uitgangspunten, normen en perspectieven met betrekking tot minderjarigen. Het jeugdbeschermingsrecht reguleert primair ouder-kind relaties, terwijl het vreemdelingenrecht ziet op de vraag wie toegang heeft tot, en mag verblijven op, Nederlands grondgebied. De belangen waarmee rekening gehouden dient te worden, verschillen dan ook tussen beide rechtsgebieden.

In de Memorie van Toelichting van de Wet Herziening Kinderbeschermingsmaatregelen worden de belangen die centraal staan in het jeugdbeschermingsrecht als volgt geformuleerd:

'Enerzijds zijn er de belangen van de ouders die het recht en de plicht hebben hun kinderen te verzorgen en op te voeden op een wijze die zij aangewezen achten. (...) Anderzijds is er het belang van het kind bij een opvoeding en verzorging die aan bepaalde minimumvoorwaarden voor een voorspoedige ontwikkeling voldoet.'<sup>1</sup>

In het vreemdelingenrecht staan – naast de individuele belangen van ouders en kinderen – publieke belangen centraal, onder andere economische en openbare orde belangen.

Als gevolg van de verschillende aard van de rechtsgebieden bestaan verschillende opvattingen over begrippen en concepten die in beide rechtsgebieden van belang zijn, zoals 'minderjarigheid' en 'het belang van het kind'. Daarnaast stroken vreemdelingrechtelijke aannames over jeugd(beschermings)rechtelijke rechtsfiguren niet altijd met de jeugd(beschermings)rechtelijke betekenis en praktijk. Bij het samenkomen van beide rechtsgebieden kunnen hierdoor spanningen en conflicten ontstaan.

### Onderzoek

Dit artikel is gebaseerd op een onderzoek dat in 2020-2021 is uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC).<sup>2</sup> Aanleiding voor het onderzoek was de nasleep van de gebeurtenissen rond de Armeense kinderen Lili en Howick.<sup>3</sup> In deze casus was er sprake van spanningen tussen het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht. Bovendien hebben de gebeurtenissen rond deze casus ook geleid tot spanningen en conflicten tussen de betrokken uitvoeringsorganisaties zoals de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V), de

Immigratie en Naturalisatiedienst (IND), Stichting Nidos en de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK).<sup>4</sup> Ook waren de gebeurtenissen rond de Armeense kinderen (mede) aanleiding voor het afschaffen van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris. Deze afschaffing, en de daarop volgende introductie van het zogenoemde *beleidskader voor kinderen met een kindbeschermingsmaatregel* – waarin is vastgelegd dat aan kinderen en hun gezinsleden onder bepaalde omstandigheden een verblijfsvergunning kan worden verleend wanneer sprake is van een kindbeschermingsmaatregel – hebben voor de betrokken uitvoeringsorganisaties tot nieuwe dilemma's geleid.<sup>5</sup> Het onderzoek richtte zich zowel op het niveau van wet- en regelgeving als op de uitvoeringspraktijk. Naast het bestuderen van relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie zijn ook interviews gehouden met medewerkers van de betrokken organisaties, deskundigen, rechters en advocaten (in totaal 28) om knelpunten en spanningen in de praktijk in kaart te brengen. Tot slot is – naast een algemeen onderzoek naar relevante jurisprudentie op dit thema – ook een specifiek, systematisch jurisprudentieonderzoek verricht naar uitspraken van lagere rechtbanken, met als doel een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van situaties waarin zich spanningen of conflicten voordoen tussen het jeugd(-beschermings)recht en het vreemdelingenrecht.

## 1. Spanningen door uiteenlopende perspectieven en uitgangspunten

### 1.1 Minderjarigheid

Het jeugd(beschermings)recht is een rechtsgebied dat de situatie van minderjarigen reguleert. Het idee dat minderjarigen een andere juridische positie hebben dan volwassenen, ligt hieraan ten grondslag. In tegenstelling tot volwassenen staan kinderen onder gezag,<sup>6</sup> worden ze niet zonder meer handelingsbekwaam geacht<sup>7</sup> en dienen hun belangen in de regel een eerste overweging te vormen.<sup>8</sup> In het vreemdelingenrecht is deze speciale positie echter niet vanzelfsprekend.

Zowel het reguliere vreemdelingenrecht als het asielrecht worden in hoge mate gevormd door verplichtingen die voortvloeien uit internationale en Europese verdragen. Veel van de invloedrijke bepalingen in deze verdragen – zoals artikel 8 EVRM en 3 EVRM – betreffen fundamentele rechten die hun oorsprong kennen in een tijd dat niet kinderen, maar volwassenen als rechtsdrager werden gezien.<sup>9</sup> De belangen van kinderen worden in deze verdragen met name gediend door hun ouders rechten te geven.<sup>10</sup> Gezien de medemenselijkheid van kinderen en het universele recht op gelijke behandeling, worden fundamentele rechten vaak wel op formeel gelijke wijze toegepast op de situatie van kinderen. Het volwassenenperspectief blijft hierbij echter de norm.

1 Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p.2.

2 E. Nissen & I. Sportel, *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse* (WODC rapport 3165), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen - Centrum voor Migratierecht (CMR) 2021.

3 Kamerstukken II 2019/20 29344, nr. 136, p. 4-5; Kamerstukken II 2019/20 29344, nr. 136.

4 *Het vertrekproces van de Armeense kinderen*, Den Haag: Inspectie Justitie en Veiligheid, Ministerie van Justitie en Veiligheid 2019.

5 Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 24 september 2019, nummer WBV 2019/16, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 *Stcrt.* 2019, nr. 52982; B8/13 Vc.

6 Art 1:245 BW.

7 Art. 1:234 BW

8 Parket bij de Hoge Raad 4 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:463.

9 N. Peleg, *The Child's Right to Development*, Cambridge University Press 2019, p. 35.

10 A. Diduck, *Law's families*, Cambridge University Press 2003, p. 89.

De inwerkingtreding van het Verdrag voor de Rechten van het Kind in 1990 markeert een trendbreuk en getuigt van een brede consensus (alleen de VS is geen verdragspartij) dat kinderen als rechtssubjecten met een speciale juridische positie gezien dienen te worden. Hoewel deze trendbreuk ook in het vreemdelingenrecht – met name in het EU-recht – is terug te zien, is de invloed van de historische positie van kinderen op het nationale recht onverminderd groot. Een besef van de historische positie van kinderen is daarom van groot belang om de rechtspositie van kinderen in het vreemdelingenrecht (alsmede het jeugd(beschermings)recht) te kunnen begrijpen. Op de IND-website staat bijvoorbeeld te lezen: ‘De toets of iemand recht heeft op de bescherming van asiel is bij kinderen niet anders dan bij volwassenen.’<sup>11</sup>

In beginsel is er dus sprake van formele gelijkheid; de gehanteerde (op volwassenen toegespitste) maatstaf is bij kinderen niet anders dan bij volwassenen. Er is echter geen erkenning van de – in het jeugd(beschermings)recht vanzelfsprekende – speciale positie van kinderen ten opzichte van volwassenen. Dit betekent ook dat het van oorsprong jeugd(beschermings)rechtelijke belang van het kind-beginsel in de asielcontext nauwelijks een rol speelt. Het belang van het kind-beginsel als materieel begrip wordt in het jeugd(beschermings)recht doorgaans ingevuld op basis van pedagogisch en gedragswetenschappelijk onderzoek naar de ontwikkeling van kinderen. Over de relevantie van de ontwikkelingsbelangen van kinderen in de asielcontext wordt op dezelfde IND-website het volgende gezegd:

‘Vaak voeren kinderen of hun ouders bij een asielaanvraag, naast asielgronden, omstandigheden aan die gaan over de persoonlijke ontwikkeling van kinderen. Hoe begrijpelijk ook, vaak zijn deze omstandigheden niet of maar beperkt relevant voor de vraag of het kind asielbescherming nodig heeft. Beperkingen in de mogelijkheid tot ontwikkeling of ontplooiing bij terugkeer, vormen in beginsel geen grond voor de bescherming van asiel.’<sup>12</sup>

## Het belang van het kind-beginsel speelt in het jeugd(beschermings)recht een meer beslissende rol dan in het vreemdelingenrecht en is ook in hogere nationale wetgeving neergelegd.

Het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht hanteren dus in de kern verschillende uitgangspunten en opvattingen als het gaat om de vraag welke juridische gevolgen minderjarigheid zou moeten hebben. Deze verschillende uitgangspunten en opvattingen kunnen in situaties waarin een kind met beide rechtsgebieden te maken krijgt tot spanningen leiden, vooral bij de beoordeling van het belang van het kind. De invulling van dit principe in de beide rechtsgebieden zal hieronder nader worden uitgewerkt.

## 1.2 Belang van het kind

### 1.2.1 In wet- en regelgeving

In jeugd(beschermings)recht kunnen vele (gerechtelijke) beslissingen alleen genomen worden indien de betreffende beslissing in het belang van het kind wordt geacht. Deze bepalingen zijn veelal neergelegd in het BW. Zo kan een kinderrechter – wanneer het een onder toezicht gesteld kind betreft – alleen voorzien in een omgangsregeling als ‘dit in het belang van de minderjarige noodzakelijk is’.<sup>13</sup> Na een gezagsbeëindiging kan de kinderrechter een ouder herstellen in het gezag als dit ‘in het belang van de minderjarige is’.<sup>14</sup>

De voorwaarde dat een beslissing *in* het belang van het kind is, komt in de vreemdelingrechtelijke context enkel voor in de Dublinverordening (Dvo). Zo is de lidstaat waar een gezinslid van een niet-begeleide minderjarige verblijft, alleen verantwoordelijk voor de asielaanvraag van deze minderjarige als dit *in* zijn of haar belang is.<sup>15</sup> Het belang van het kind-beginsel kan wel, in andere vormen, gevonden worden in het (nationale) vreemdelingenrecht. In andere contexten geldt de verplichting om het belang van het kind te betrekken in een belangenafweging (e.g. 8 EVRM), kan het belang van het kind een uitzonderingsgrond vormen (e.g. art. 3.15 lid 3 onder c Vb) of is het belang van het een interpretatiemiddel bij de toepassing van een materiële maatstaf (e.g. art. 20 VWEU; T.O. arrest).

De Dvo werkt rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde en behoeft – in tegenstelling tot een Europese richtlijn – niet omgezet te worden in nationale wetgeving. In de Vreemdelingenwet (Vw) komt het belang van het kind-beginsel in zijn geheel niet voor. Europese wetgeving en rechtspraak waarin het belang van het kind een rol speelt en die omgezet moeten worden in nationale wet- en regelgeving, worden in de regel neergelegd in de vreemdelingencirculaire en/of in IND-werkinstructies.<sup>16</sup>

In het jeugd(beschermings)recht speelt het belang van het kind-beginsel dus niet alleen een meer leidende en beslissende rol, het beginsel is ook in hogere nationale wetgeving neergelegd, dan in het vreemdelingenrecht. Dit heeft (mogelijke) gevolgen voor de parlementaire behandeling van regelgeving en de rechterlijke toets, en daarmee de rechtspositie en rechtsbescherming van kinderen.

### 1.2.2 Materiële invulling

In het jeugd(beschermings)recht wordt het belang van het kind met name gehanteerd als een open en individueel concept. Dat het gaat om een open norm, wordt zowel als de belangrijkste kracht als de belangrijkste zwakte van het beginsel gezien.<sup>17</sup> De open normstelling stelt medewerkers in de jeugdhulpverlening en de kinderbescherming in staat om op het individu toegespitste afwegingen te maken en individuele plannen op te stellen. Op deze manier kan passende hulpverlening worden opgestart en kan besloten worden of in het individuele geval dwangmaatregelen zoals een ondertoezichtstelling noodzakelijk zijn. Tegelijkertijd leidt de open (wettelijke) normstelling ertoe dat

11 Zie: <https://bit.ly/3D9meYr>.

12 Zie: <https://bit.ly/3D9meYr>.

13 Art. 1:265g lid 1 BW.

14 Art. 1:277 BW.

15 Art. 8 Dublinverordening.

16 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 32317*, nr. 254.

17 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, para 2.1.2, p.34.

uiteenlopende beslissingen worden genomen in soortgelijke gevallen. Onderzoek naar hoe professionals beslissingen nemen over uithuisplaatsingen, liet bijvoorbeeld zien dat er grote verschillen zijn in hoe professionals voorbeeldcasus beoordelen. Toen professionals na vijf maanden nogmaals dezelfde casus kregen voorgelegd, bleek bovendien dat één op de vier een ander besluit nam dan op het eerste meetmoment.<sup>18</sup>

## In de vreemdelingrechtelijke contexten waarin het belang van het kind als individueel concept een rol speelt, krijgt het meestal een procedurele invulling, bijvoorbeeld als motiveringsplicht.

Dat het belang van het kind een open norm is, betekent niet dat een materieel normenkader volledig afwezig is. Zo heeft de wetgever in de Wet Herziening Kinderbeschermingsmaatregelen uit 2015 nader invulling gegeven aan het belang van het kind-beginsel door in verschillende bepalingen uitdrukking te geven aan de toegenomen waarde die wordt gehecht aan stabiliteit en continuïteit in de opvoeding van een kind.<sup>19</sup> Deze herijking van de invulling van het belang van het kind is te herleiden naar veranderende wetenschappelijk inzichten over de impact van hechtingsfiguren op de ontwikkeling van het kind.<sup>20</sup> Daarnaast worden het IVRK, het EVRM en de Jeugdwet in de praktijk en door kinderrechtshouders als richtinggevend gezien.<sup>21</sup> Kinderrechtshouders toetsen maatregelen – in tegenstelling tot vreemdelingenrechtshouders – wél aan het IVRK.

Meer rechtstheoretisch gezien is van belang dat ouderlijke rechten in het jeugd(beschermings)recht worden gezien als dienstbaar aan het belang van het kind. Volgens de Hoge Raad betreft het ouderlijk gezag een recht van ouders, maar is dit recht ‘gegeven in het belang van het kind’.<sup>22</sup> In zijn conclusie bij deze zaak schreef A-G mr. Langemeijer de verschuivende visie op ouderlijke rechten deels toe aan de invloed van het IVRK (curs. toegevoegd):

‘Het op 20 november 1989 totstandgekomen Verdrag inzake de rechten van het kind is het resultaat van een rechtsontwikkeling waarin de minderjarige geleidelijk wordt erkend als rechtssubject. Het recht van de ouders wordt daardoor *minder absoluut*. Zelfs is verdedigd dat het ouderlijk gezag slechts een middel is om het recht van elk kind op een harmonische ontplooiing te realiseren en geen doel op zichzelf en dat hierin de wezenlijke legitimatie ligt van overheidsinterventie in de ouderlijke opvoedingsautonomie.’<sup>23</sup>

Een andere materiële opvatting van het belang van het kind is te vinden in het begrip ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’. Een rechter kan een minderjarige alleen onder

toezicht stellen als hij of zij ernstig in zijn of haar ontwikkeling wordt bedreigd.<sup>24</sup> In 2020 onderzocht het Nederlands Jeugdinstituut de wenselijkheid van een nadere concretisering van dit begrip, wat als ‘vaag’ gekwalificeerd kan worden.<sup>25</sup> Uit de interviews met verscheidende experts en jeugdzorg medewerkers kwam een breed gedeelte angst voor ‘afvinklijstjes’ naar voren. Jeugdzorg Nederland stelde bijvoorbeeld dat: ‘Hoe meer (afvink)lijstjes, hoe meer kinderen er mogelijk buiten vallen (“hokjesdenken”), met alle gevolgen van dien.’<sup>26</sup> De meeste geïnterviewden waren dan ook geen voorstander van een vastomlijnd normenkader omdat een dergelijk kader ‘de oneindige complexiteit van de gezinnen niet [kan] bevatten.’<sup>27</sup>

### En in het vreemdelingenrecht...

In het vreemdelingenrecht zijn individuele en expliciete materiële opvattingen over het belang van het kind lastig te ontwaren. Artikel 3 van het IVRK speelt in het vreemdelingenrecht geen rol van materiële betekenis.<sup>28</sup> In de vreemdelingrechtelijke contexten waar het belang van het kind als individueel concept een rol speelt, krijgt het beginsel vaak een (met name) procedurele invulling, bijvoorbeeld in de vorm van een motiveringsplicht.<sup>29</sup> Deze geringe (materiële) rol van het belang van het kind-beginsel hangt samen met het idee dat de belangen van kinderen – en individuele omstandigheden – verdisconteerd zijn in het beleid. Wat deze verdiscontering precies betekent, wordt doorgaans niet duidelijk uit parlementaire stukken of uit de rechtspraak. Zonder al te diep op dit fenomeen in te gaan, willen we er niettemin twee zaken over opmerken.

Allereerst heeft het verdisconteren van de belangen van kinderen in generieke (beleids)regels tot gevolg dat het belang van het kind principe in beginsel niet op een individueel niveau maar op (sub)groepsniveau opereert. Dit niveau varieert van algemene regels die op alle minderjarigen van toepassing zijn (e.g. 17a lid 1 onder c Vw) tot zeer gedetailleerde regels die op een erg kleine groep kinderen van toepassing zijn (e.g. B8/10 Vc ‘Verwesterde schoolgaande minderjarige vrouwen’). Dergelijke categorisering heeft tot gevolg dat de ‘afvinklijstjes’ waar in het jeugd(beschermings)recht voor wordt gevreesd, juist inherent zijn aan de vreemdelingenrechtelijke benadering.

Ten tweede betekent het verdisconteren van belangen dat het beleid de uitkomst is van een belangenafweging, en dat het impliciete materiële opvattingen van het belang van het kind in zich draagt. Wanneer dergelijke impliciete opvattingen expliciet worden gemaakt, valt het op dat zij doorgaans zien op kinderen als een groep (i.e. alle personen onder de 18 jaar oud) en gericht zijn op het reguleren van het gedrag van ouders. Dit was bijvoorbeeld goed zichtbaar bij het niet openbaar gemaakte en recentelijk teruggedraaide beleid, waarin honderden alleenstaande minderjarige vreemdelingen niet langer erkend werden als alleenstaand (en daardoor niet in aanmerking kwamen voor

18 *Betrouwbaar en valide beslissen over uithuisplaatsing*, Utrecht: Nederlands Jeugdinstituut 2019, p. 7.

19 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, o.a. para 7.2.1.2, p.177.

20 *Richtlijn Uithuisplaatsing voor jeugdhulp en jeugdbescherming*, BPSW, NIP en NVO 2019, zie onder meer p.64.

21 *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming: Inventariserende studie naar de heersende opvattingen over aanscherping van de rechtsgronden voor kinderbeschermingsmaatregelen*, Utrecht: Nederlands Jeugdinstituut 2020, p. 9 en 10.

22 HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2714, NJ 1999/379, m.nt. S.F.M. Wortmann (Nielsen), r.o. 3.2.

23 Concl. A-G mr. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:1998:23, bij HR 25 september 1998, NJ 1999/379, m.nt. S.F.M. Wortmann (Nielsen), r.o. 3.7.

24 Art. 255 BW. Daarnaast moet er sprake zijn van het onvoldoende acceptatie van noodzakelijk geachte zorg.

25 *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming 2020*, p.61.

26 *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming 2020*, p.63.

27 *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming 2020*, p.18.

28 ABRvS 10 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2666.

29 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, para. 3.4.6.2, p.108.

gezinshereniging). Dit beleid had als doel om ‘een duidelijk signaal [af te geven] waarmee het vooruitsturen van kinderen kan worden ingeperkt’, een praktijk die wordt gezien als tegengesteld aan het belang van het kind.<sup>30</sup> Een dergelijke focus op generieke ‘beleidsprykkels’ staat op gespannen voet met opvattingen in het jeugd(beschermings)recht over het belang van het kind als individueel concept, waarbij een verre gaande vorm van maatwerk vereist is. Tijdens de het rondetafelgesprek in de Tweede Kamer over maatwerk en uitvoering in het vreemdelingenrecht vroeg de directeur migratiebeleid van het Ministerie van Justitie en Veiligheid zich bijvoorbeeld af voor wie maatwerk in het vreemdelingenrecht precies wenselijk is:

‘Voor de kinderen hier kan een keuze heel goed zijn. Maar mijn collega’s die langer in dit domein werkzaam zijn, constateren dat er twintig jaar geleden geen kinderen in bootjes op de Middellandse Zee zaten. (...) Het zou kunnen dat door alle waarborgen die ingebouwd zijn voor kinderen, er een prikkel ontstaat om kinderen vooruit te sturen.’<sup>31</sup>

Oftewel, in het vreemdelingenrecht worden (impliciete) materiële opvattingen over de groepsbelangen van kinderen aangewend om de afwezigheid van een individueel belang van het kind-toets (maatwerk) te rechtvaardigen. Deze benadering – waarin het ouderlijk gezag in tegenstelling tot het jeugd(bescherming)recht in hoge mate verabsoluteerd wordt – is ook terug te zien bij de interpretatie en toepassing van artikel 8 EVRM. Ook in deze context liggen (impliciete) opvattingen over het gedrag van ouders en het belang van het kind ten grondslag aan het gevoerde beleid. In dissenting opinions bij baanbrekende uitspraken van het EHRM waarin veel waarde werd toegekend aan de individueel belangen van kinderen – *Nunez en Jeunesse* – uitten de rechters zorgen over het signaal dat deze benadering zou zenden aan ouders, en hoe het groepsbelang van kinderen hierdoor geraakt zou worden.<sup>32</sup> In het *Jeunesse* arrest overwogen zij bijvoorbeeld (curs. toegevoegd):

‘It is commonly understood that respect for family life implies that the best interests of the children are then considered to be best served by accepting the consequences of the (lawful) choices made by their parents, unless fundamental rights of the children (such as those protected by Article 3) would thereby be violated. Shifting the responsibility for consequences of choices made by parents to the State is, in our view, in principle not conducive to the furtherance of the best interests of the children with regard to family life. There would also be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves (see *Butt v. Norway*, no. 47017/09, § 79).’<sup>33</sup>

## In het vreemdelingenrecht worden materiële opvattingen over de groepsbelangen van kinderen aangewend om de afwezigheid van een individueel belang van het kind-toets te rechtvaardigen

Op wetenschap gebaseerde opvattingen, zoals bijvoorbeeld het belang van kinderen bij stabiliteit en continuïteit, zijn niet op gelijksoortige impliciete of expliciete wijze terug te zien in het politieke discours of in de wet- en regelgeving. Ook de ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’ is geen vreemdelingrechtelijk begrip. Wel is de ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’ in zekere zin verdisconteerd in het vreemdelingenrecht, door middel van het beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel en de artikel 8 EVRM-werkinstructie.<sup>34</sup> In de tweede helft van deze bijdrage wordt dieper ingegaan op het beleidskader.

### 1.2.3 Procedurele invulling

Ook procedureel gezien hanteren het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht andere benaderingen. Een opvallend verschil is de rol die de stem van het kind speelt in het besluitvormingsproces. In artikel 809 Rv is bijvoorbeeld neergelegd dat kinderen van twaalf jaar en ouder altijd in staat gesteld moeten worden om gehoord te worden voordat de rechter uitspraak doet in een hen betreffende zaak.

Hoe de informatie die op deze wijze verkregen wordt de belang van het kind-beoordeling en -besluitvorming kan beïnvloeden, kan geïllustreerd worden aan de hand van een uitspraak die zag op een grensoverschrijdende situatie. In deze zaak boog de kinderrechter zich over de vraag of het in het belang van een Poolse broer en zus was om niet langer in hun Nederlandse pleeggezin te verblijven maar om in een Pools pleeggezin geplaatst te worden. De Raad voor de Kinderbescherming betoogde dat een verplaatsing naar een pleeggezin in Polen niet in het belang van het meisje was. Volgens de Raad voor de Kinderbescherming kwam de wens van de minderjarige om dichterbij haar familie te zijn, voort uit loyaliteit. Volgens de kinderrechter ging het echter om een consistente voorkeur van de minderjarige voor Polen. De kinderrechter achtte het niet acceptabel om de minderjarige ‘tegen haar eigen wil en ook tegen de wil van haar moeder’ te verplichten om in Nederland te blijven wonen, mits Polen de noodzakelijke zorg zou kunnen bieden.<sup>35</sup>

In het vreemdelingenrecht is de mogelijkheid om kinderen te horen geen vanzelfsprekendheid. Als kinderen gehoord worden in bijvoorbeeld asielprocedures, staat deze praktijk doorgaans in dienst van waarheidsvinding ten aanzien van de asielaanvraag, en niet in dienst van een belang van het kind-beoordeling waarbij de mening van het kind van belang is.

Een ander verschil is dat zowel medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming als van gecertificeerde instellingen uit eigen beweging onderzoek doen naar de situatie van kinderen.<sup>36</sup> Ook rechters kunnen hen onderzoeksoop-

30 Zie: <https://bit.ly/36rh51Z>.

31 Citaat uit Rondetafelgesprek over maatwerk en uitvoering in het vreemdelingenrecht, 24 juni 2021, Vaste commissie voor Justitie en Veiligheid, zie <https://debatgemist.tweedekamer.nl/node/25728> (vanaf minuut 11.07).

32 Zie *Joint dissenting opinion* van de rechters Mijović and De Gaetano in EHRM, *Nunez t. Noorwegen* 28 juni 2011, nr. 55597/09: ‘We are particularly concerned that this case will send the wrong signal, namely that persons who are illegally in a country can somehow contrive to have their residence “legitimised” through the expedient of marriage and of having children.’

33 *Joint dissenting opinion* van de rechters Villiger, Mahoney en Silvis in EHRM, *Jeunesse t. Nederland* 3 oktober 2014, nr. 12738/10.

34 WI 2020/16 Richtlijnen voor de toepassing van artikel 8 EVRM, p. 29-30.

35 Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5807, r.o. 3.37.

36 Een gecertificeerde instelling is een rechtspersoon die in het bezit is van een certificaat of voorlopig certificaat als bedoeld in artikel 3.4 en die een

drachten meegeven of andere deskundigen verzoeken om een onderzoek. Zo stelde de kinderrechter in het geval van het Poolse jongetje de volgende gerichte vragen aan het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie (hierna: NIFP) om tot een oordeel te kunnen komen:

‘Wat is te zeggen over de hechtingsrelatie tussen pleegouders en de minderjarige?

Wordt naar verwachting schade toegebracht aan (de ontwikkeling van) de minderjarige ten gevolge van een plaatsing in een pleeggezin in Polen? Zo ja, waaruit bestaat die schade naar verwachting en waarop is deze verwachting gebaseerd?

Kan deze schade – indien te verwachten – mogelijk(er) worden beperkt en zo ja, op welke wijze?’

Vreemdelingenrechters kunnen eveneens een deskundige met kind-specifieke kennis benoemen voor het instellen van een onderzoek.<sup>37</sup> Wij zijn echter geen uitspraak tegengekomen – in zaken betreffende kinderen – waarin de vreemdelingenrechter deze bevoegdheid gebruikt.

Hoewel raadsonderzoekers en medewerkers van de gecertificeerde instellingen (die de ondertoezichtstellingen uitvoeren – GI’s) verplicht zijn om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren en daarbij onderscheid te maken tussen feiten, interpretaties en meningen, kunnen zij hun oordeel baseren op informatie die niet onomstotelijk vaststaat.<sup>38</sup> Bij de beoordeling van de vraag wat in het belang van het kind is, dienen zij namelijk een balans te vinden tussen het streven naar zorgvuldige besluitvorming op basis van gedegen informatie, en de noodzaak om in te grijpen in (spoedeisende)situaties waar (mogelijk) een (onmiddellijk) gevaar voor de veiligheid van het kind bestaat.<sup>39</sup> Het onderzoek dat wordt uitgevoerd door raadsonderzoekers en GI-medewerkers vormt de basis voor de toetsing door de kinderrechter.<sup>40</sup>

In vele vreemdelingrechtelijke contexten wordt de bewijslast volledig bij de minderjarige neergelegd en dienen omstandigheden onomstotelijk vast te staan voordat zij de uitkomst van de besluitvorming kunnen beïnvloeden.<sup>41</sup>

Tot slot worden jeugd(beschermings)rechtelijke gerechtelijke procedures gekenmerkt door toetsing van beoogde maatregelen door kinderrechters met specialistische kennis, die zich actief opstellen<sup>42</sup> en vol toetsen.<sup>43</sup> In de context van de gesloten plaatsing in een jeugdhulpinstelling geldt vanwege de ingrijpende aard van de maatregel de wettelijke

verplichting om de situatie te laten beoordelen door een gedragswetenschapper.<sup>44</sup> Daarnaast krijgt de minderjarige in procedures omtrent gesloten plaatsing altijd een eigen advocaat toegewezen.<sup>45</sup>

In het vreemdelingenrecht is de betrokkenheid van kinderrechters in juridische procedures hoogst uitzonderlijk, stellen rechters zich vaak lijdelijk op en toetsen zij (enigszins) terughoudend. Gedragswetenschappers spelen slechts bij hoge uitzondering een rol van betekenis.

## 2. Vreemdelingrechtelijke betekenis van ondertoezichtstelling

Zoals gezegd is het concept ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’ in zekere zin verdisconteerd in het vreemdelingenrecht. Het begrip ligt besloten in het beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel. Dit kader ziet met name op situaties waarin een ondertoezichtstelling aan de orde is.<sup>46</sup> Niet alleen aan de *aanwezigheid*, maar ook aan de *afwezigheid* van een ondertoezichtstelling wordt in het vreemdelingenrecht betekenis toegekend.

### In het vreemdelingenrecht stellen rechters zich vaak lijdelijk op en toetsen zij terughoudend en spelen gedragswetenschappers slechts bij hoge uitzondering een rol van betekenis.

#### 2.1. Ontstaan en reikwijdte van beleidskader

Het beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregelen is een direct gevolg van de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris.<sup>47</sup> Voorheen kregen onder toezicht gestelde kinderen en hun ouders doorgaans op basis van deze bevoegdheid een tijdelijke vergunning.<sup>48</sup> Na twee verlengingen van de tijdelijke vergunning kwamen zij in aanmerking voor permanent verblijf. Na de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid is een beleidskader voor deze kinderen opgesteld dat het onder bepaalde voorwaarden mogelijk maakt om aan kinderen die onder toezicht zijn gesteld en hun familieleden een verblijfsvergunning toe te kennen.

Kinderen die in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben kunnen onder toezicht worden gesteld wanneer aan de gronden van art. 1:255 BW wordt voldaan. Voordat een kinderrechter een ondertoezichtstelling kan uitspreken, moet er worden voldaan aan een aantal voorwaarden:

- 1) er moet sprake zijn van een ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’ van de minderjarige;
- 2) ouders en/of de minderjarige moeten de hulp die noodzakelijk wordt geacht om de bedreiging af te wenden niet of onvoldoende accepteren;

kinderbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering uitvoert (1.1. Jeugdwet).

37 Art. 8.:47 Awb.

38 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p.35.

39 Ibid.

40 Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 32 015, nr. 3, p.13: ‘Voorts dient de rechter erop te kunnen vertrouwen dat het onderzoek dat is verricht teneinde het verzoekschrift te kunnen onderbouwen qua totstandkoming en qua inhoud rechtmatig is. Dit betekent onder meer dat het rapport onpartijdig is en niet vooringenomen tot stand is gekomen’.

41 Zie bijvoorbeeld A3/7.1.3 Vc: ‘Onder een medische noodsituatie verstaat de IND: die situatie waarbij de vreemdeling lijdt aan een aandoening, waarvan op basis van de huidige medisch-wetenschappelijke inzichten vaststaat dat het achterwege blijven van behandeling binnen een termijn van drie maanden zal leiden tot overlijden, invaliditeit of een andere vorm van ernstige geestelijke of lichamelijke schade.’

42 K. Plette, *Zorgvuldig feitenonderzoek bij de kinderrechter in kinderbeschermingszaken*, Masterscriptie Jeugdrecht Leiden 2019, p.21.

43 *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming 2020*, p.43.

44 Art 6.1.2.1.6; art. 6.1.3.3.; art. 6.1.4.4 Jeugdwet.

45 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019.

46 Het beleidskader ziet daarnaast op gezagsbeëindiging.

47 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, para. 3.4.6.5 en para. 3.5.2, p.112 en p. 117.

48 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, para. 3.5.2, p.117.

- 3) er dient een gerechtvaardigde verwachting te zijn dat ouders binnen een – voor de minderjarige aanvaardbare – termijn de zorg weer op zich kunnen nemen.<sup>49</sup>

De ondertoezichtstelling wordt uitgevoerd door een gecertificeerde instelling. Dit betekent niet automatisch dat de GI ook met het gezag wordt belast. Hier is een aparte voorziening voor nodig.<sup>50</sup> Een ondertoezichtstelling kan, maar hoeft niet gepaard te gaan met een uithuisplaatsing.<sup>51</sup>

Het vreemdelingrechtelijke beleidskader voor kinderen met een kinderschermingsmaatregel ziet ook op gezagsbeëindiging. De gezagsbeëindigende maatregel fungeert in het jeugdbeschermingsrecht als spiegelbepaling van de ondertoezichtstelling. Er gelden twee cumulatieve voorwaarden voor de beëindiging van het gezag:

- 1) de minderjarige wordt ernstig in zijn ontwikkeling bedreigd, en
- 2) er is *geen* sprake van een gerechtvaardigde verwachting dat de betreffende ouder(s) binnen een voor het kind aanvaardbare termijn de zorg weer zelfstandig kunnen dragen.<sup>52</sup>

Een gezagsbeëindigende maatregel wordt over het algemeen uitgesproken wanneer kinderen al geruime tijd uit huis zijn geplaatst en duidelijk is dat zij niet meer naar hun ouders zullen terugkeren. Met de gezagsbeëindiging kan de minderjarige duidelijkheid krijgen over zijn of haar toekomstperspectief binnen een voor de minderjarige aanvaardbare termijn. Ouderlijk gezag kan echter in uitzonderlijke gevallen ook beëindigd worden zonder dat er een ondertoezichtstelling aan vooraf gaat. De kinderrecht kan na gezagsbeëindiging een GI belasten met de voogdij. Ook kan de voogdij eventueel bij pleegouders worden gelegd.

Het beleidskader voor kinderen met een kinderschermingsmaatregel ziet uitdrukkelijk niet op voogdij situaties die ontstaan wanneer een GI belast wordt met de voogdij omdat er sprake is van een gezagsvacuüm. Er is sprake van een gezagsvacuüm als de gezagsdrager die verantwoordelijk is voor het kind, tijdelijk in de onmogelijkheid verkeert om invulling aan het gezag te geven, wanneer de verblijfplaats van de gezagsdrager onbekend is of wanneer de gezagsdrager in gebreke blijft.<sup>53</sup> Dit is de maatregel die doorgaans op alleenstaande minderjarige vreemdelingen van toepassing is. In dergelijke situaties heeft een GI (in het geval van alleenstaande minderjarigen met een asielachtergrond: Stichting Nidos) dezelfde bevoegdheden als bij voogdij na gezagsbeëindiging. Om toch het verschil aan te geven met voogdij na gezagsbeëindiging, wordt voogdij als gevolg van een gezagsvacuüm vaak aangeduid als ‘(tijdelijke) voogdij’. Het beleidskader voor kinderen met een kinderschermingsmaatregel erkent deze (tijdelijke) voogdij dus niet als ‘kinderbeschermingsmaatregel’.<sup>54</sup>

Uit de interviews met IND-medewerkers en medewerkers in de jeugdbeschermingsketen is gebleken dat opluchting heerst over de inwerkingtreding van het beleidskader. Hierdoor blijft een grondslag bestaan voor rechtmatig verblijf van kinderen die onder toezicht staan. Dat ‘(tijdelijke) voogdijkinderen’ buiten de boot vallen zorgt echter voor spanningen. Het gaat daarbij met name om kinderen zonder verblijfsvergunning die bij andere GI’s dan bij Stichting Nidos onder voogdij staan, zoals bijvoorbeeld bij het Leger des Heils. Dit zijn kinderen voor wie (in eerste instantie) geen asielaanvraag is gedaan. Het gaat in dergelijke gevallen bijvoorbeeld om kinderen (van buiten de EU) die zijn achtergelaten of ondergebracht bij een familielid die het gezag niet heeft.<sup>55</sup> In het verleden werd voor deze groep kinderen vaak gebruik gemaakt van de discretionaire bevoegdheid:

‘De meeste van die voogdijkinderen, daar werd gewoon een handtekening onder gezet door de staatssecretaris. Met die afschaffing, zoals ik al zei, waren we al blij met OTS en gezagsbeëindiging, dat we daar een beleidskader voor konden maken. (...) Maar voor die voogdijkinderen, daar hebben we gewoon tot op heden geen oplossing voor.’<sup>56</sup>

Deze ‘handtekening’-praktijk was echter niet van toepassing op ‘(tijdelijke) voogdijkinderen’ met een asielachtergrond die onder voogdij van Stichting Nidos staan, doorgaans aangeduid als alleenstaande minderjarige vreemdelingen (AMV’s). Dit is ook één van de verklaringen waarom er geen (soortgelijk) beleidskader is ontwikkeld voor ‘(tijdelijke) voogdij kinderen’. De situatie van kinderen zonder asielachtergrond verschilt jeugdbeschermingsrechtelijk niet van kinderen die ooit asiel hebben aangevraagd en onder (tijdelijke) voogdij van Stichting Nidos staan.

### ‘(Tijdelijke) Voogdijkinderen’, zonder verblijfsvergunning, die bijvoorbeeld bij het Leger des Heils onder voogdij staan, vallen in het nieuwe beleidskader buiten de boot.

‘Mede door het feit dat je voor deze [onder toezicht gestelde] kinderen een oplossing wilde hebben, hebben we wel ook gekozen om voogdijkinderen daar niet onder te laten vallen, omdat daar ook waarschijnlijk minder politieke draagkracht voor is. (...) Dat zijn eigenlijk kinderen die heel erg veel lijken op de AMV kinderen. Zij hebben dan weliswaar geen asielverhaal, maar dat hebben ook niet alle AMV kinderen. Dus dat was reden om niet te kiezen om deze ook nog bij de beleidsontwikkeling mee te nemen, omdat je dan vermoedelijk in het vaarwater van het AMV beleid komt.’<sup>57</sup>

De praktijkverandering als gevolg van de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid heeft dus tot nieuwe problematiek geleid. De afschaffing raakt echter ook aan een breder en langer spelend probleem. AMV’s worden al jaren

ouders naar verwachting binnen een redelijke termijn de zorg voor de minderjarige op zich kunnen nemen en het voor de bevoegdheden van de GI niet uitmaakt of er sprake is van voogdij na gezagsbeëindiging voor voogdij vanwege een gezagsvacuüm.  
55 *Duurzame oplossingen voor Roma kinderen die slachtoffer zijn van criminele uitbuiting*, Leiden: Defence for Children – ECPAT en Leger des Heils 2018.  
56 Interview medewerker IND.  
57 Interview medewerker IND.

49 De derde voorwaarde is met name aan de orde bij uithuisplaatsingen.

50 Art. 1:265e lid 1 BW.

51 Art. 1:256b BW.

52 Art. 1:266 BW.

53 Art. 1:253r lid 1 jo art. 1:253 q lid 2 BW.

54 In de jeugd(beschermings)rechtelijke praktijk wordt deze maatregel eveneens niet altijd gezien als een ‘kinderbeschermingsmaatregel’. (WODC-onderzoek, p. 36) Wel valt de maatregel binnen de definitie van de term ‘kinderbeschermingsmaatregel’ zoals neergelegd in de jeugdwet (art. 1.1). Uit ons onderzoek komt het beeld naar voren dat een gezagsbeëindiging (een maatregel die wel binnen het beleidskader valt) bij deze groep kinderen in de regel niet voorkomt (hoewel dit technisch gezien wel mogelijk is). Mogelijke verklaringen hiervoor zijn dat het lastig kan zijn om onderzoek te doen naar de situatie van de ouder(s) in het buitenland, dat de (tijdelijke) voogdij in tegenstelling tot de OTS niet afhankelijk is van de vraag of

blootgesteld aan het restrictieve beleid, dat nu gevoerd wordt ten aanzien van de gehele groep ‘(tijdelijke) voogdij-kinderen’. Het zijn nu niet langer alleen de medewerkers van Stichting Nidos die met dit restrictieve beleid geconfronteerd worden, maar ook medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming en medewerkers van andere GI’s.

## 2.2 Betekenis van af- of aanwezigheid van ondertoezichtstelling

Uit de uitleg bij het beleidskader voor kinderen met een kinderschermingsmaatregel blijkt dat er een verblijfsgrond bestaat voor onder toezicht gestelde kinderen, omdat er in dergelijke situaties sprake is van een *ernstig bedreigde ontwikkeling* en *dwang*. In het nieuwsbericht op de IND-website wordt daarnaast genoemd dat zo een ingrijpende maatregel ‘niet zomaar’ genomen wordt en dat dit alleen gebeurt als een rechter verplichte hulpverlening noodzakelijk acht.<sup>58</sup> De ingrijpende aard van de maatregel en de rechterlijke toetsing werden ook door de respondenten naar voren gebracht als belangrijke redenen voor dit beleidskader. Eén van de respondenten gaf aan dat er bij een ondertoezichtstelling ‘echt iets aan de hand is’.<sup>59</sup> Volgens de beleidsmakers is bij beëindiging van de ondertoezichtstelling ‘de ernstige ontwikkelingsbedreiging bij het kind opgeheven’ en kan het kind zonder gedwongen hulpverlening in de gezinssituatie verblijven en in *gezinsverband terugkeren*.<sup>60</sup>

In verschillende vreemdelingrechtelijke contexten wordt aangenomen dat een kind *naar* of *samen* met ouders (of andere familieleden) terug kan keren, totdat het tegendeel door de minderjarige bewezen wordt. In de context van het pleegkinderenbeleid bijvoorbeeld dient – om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning – in ieder geval bewezen te worden dat ouders *ondanks ondersteuning van hulpinstanties* de zorg voor kinderen niet op zich kunnen nemen.<sup>61</sup> Zo werd bijvoorbeeld in een procedure bij Rechtbank Den Haag uit 2020, zowel een verklaring van een arts als een rapport ingebracht van het Surinaamse Bureau voor Familierechtelijke zaken (Bufaz). Uit deze documenten bleek dat er sprake was van werkloosheid van beide ouders en een drugsverslaving van de moeder. Hierdoor bestonden serieuze zorgen of de ouders wel op verantwoorde wijze zorg zouden kunnen dragen voor de kinderen. De rechtbank overwoog echter dat:

‘uit het rapport blijkt evenmin dat Bufaz de huidige leefsituatie bij de moeder *zodanig in strijd acht met de belangen* van eiseressen dat *uithuisplaatsing* wordt overwogen. De gestelde dreiging van uitzetting uit de woning is niet *objectief onderbouwd*. Evenmin is aangetoond dat *familie of hulpinstanties in Suriname niets kunnen betekenen in de verbetering van de situatie*.’<sup>62</sup> (curs.toegevoegd)

Volgens de rechtbank kon de staatssecretaris de verblijfsaanvraag afwijzen zonder zelf onderzoek te verrichten. In een 20 VWEU-zaak uit 2015 waarin huiselijk geweld tegen

de moeder aannemelijk werd geacht omdat de (ex-)partner een taakstraf was opgelegd, was volgens de staatssecretaris niet bewezen dat het geweld zich ook tegen de minderjarige dochter richtte en dat de partner de zorg daarom niet op zich kon nemen. De staatssecretaris overwoog het volgende:

‘Eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt dat de partner vanwege het huiselijk geweld in het geheel niet voor zijn dochter kan of mag zorgen, *nu dit niet middels informatie van daartoe bevoegde instanties, zoals Jeugdzorg en de Raad van Kinderbescherming is aangetoond*.’<sup>63</sup> (curs. toegevoegd)<sup>64</sup>

Ook in deze zaak hoefde de staatssecretaris geen onderzoek te verrichten. In artikel 8 EVRM-zaken wordt eveneens met regelmaat overwogen dat een eventueel achterblijvende ouder (of ouder die alleen met een minderjarige terugkeert) in staat moet worden geacht om – al dan niet met inschakeling van hulpinstanties – voor een minderjarige te zorgen, omdat het tegendeel niet bewezen is.<sup>65</sup> Uit het onderzoek komt een beeld naar voren dat zonder rapporten van jeugdhulp en jeugdbeschermingsinstanties het vrijwel onmogelijk is om dit te bewijzen. Niet alleen moet uit deze informatie blijken dat het gevaar van een ondertoezichtstelling (al dan niet met uithuisplaatsing) dreigt, ook is gebleken dat zonder de ‘objectieve toets’ door een kinderrechtter deze informatie niet altijd gevolgd wordt of voldoende ‘objectief’ wordt geacht.<sup>66</sup>

Ook in de context van het AMV-buitenschuldbeleid is de afname dominant dat ouders de zorg voor hun kinderen kunnen dragen – en dat kinderen daarom adequate opvang hebben om naar terug te keren. In deze context wordt regelmatig verwezen naar de ‘wettelijke zorgplicht’ van ouders.<sup>67</sup> In het kader van deze zorgplicht mag ook van ouders verwacht worden dat zij familieleden inschakelen om de zorg voor hun kind te dragen.<sup>68</sup> In de context van het AMV-buitenschuldbeleid betreft dit familieleden tot in de vierde graad (bijvoorbeeld achterneven en achternichten).<sup>69</sup> In de context van het pleegkinderenbeleid gaat het om familieleden tot in de tweede graad (bijvoorbeeld grootouders) en tantes en ooms (derde graad).<sup>70</sup>

In het vreemdelingenrecht wordt de ondertoezichtstelling dus gezien als bewijs van de onmogelijkheid van ouders om de zorg voor hun kinderen te dragen en aan deze ‘wettelijke zorgplicht’ te voldoen. Bij de afwezigheid van een ondertoezichtstelling geldt de aanname dat ouders wel in staat zijn om de zorg voor kinderen te dragen en hun welzijn en ontwikkeling te borgen, en is het aan de minderjarige om deze aanname te weerleggen middels objectieve bewijsmiddelen. Zonder een ondertoezichtstelling is het echter uitermate moeilijk om aan deze bewijslast te voldoen.

58 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p. 149; Zie: <https://bit.ly/3tCi3RU>.

59 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p. 149.

60 Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 24 september 2019, nummer WBV 2019/16, houdende wijziging van de Vreemdelingen-circulaire 2000 (Stcrt. 2019, 52982), p.14.

61 B7/3.7.2 Vc.

62 Rb. Den Haag 22 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5057, r.o. 8.

63 Rb. Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16050.

64 Rb. Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16050.

65 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p. 103-105.

66 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p.110 en p.112

67 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p.102.

68 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*. P.187.

69 B8/6.1 Vc; zie: <https://bit.ly/3iAvlri>.

70 B7/5 Vc.

Uit ons onderzoek blijkt echter dat de vreemdelingrechtelijke aannames over welke betekenis kan worden toegekend aan de aan- of afwezigheid van een ondertoezichtstelling, niet altijd stroken met de jeugd(beschermings)rechtelijke theorie en praktijk. Zo is het welzijn en de ontwikkeling van kinderen niet alleen afhankelijk van de wil van ouders om hulp in te schakelen of van hun pedagogische kwaliteiten. De ernstige ontwikkelingsbedreiging kan ook worden veroorzaakt door zogenoemde kindeigen problematiek. Volgens de Expertgroep Jeugdrechters is in 15 tot 25 procent van de zaken die tot hen komen sprake van ‘echte kindproblematiek’. In de overige gevallen gaat het ‘veelal om ouderproblematiek van een of beide ouders’.<sup>71</sup> Ook is er lang niet bij alle ondertoezichtstellingen sprake van dwang, zoals gesuggereerd wordt in de toelichting bij het beleidskader. Uit de interviews en de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat de vraag of ondertoezichtstelling toegevoegde waarde heeft vaak doorslaggevend is dan de vraag of er sprake is van onwil bij de ouders om hulp te accepteren.<sup>72</sup> Dossieronderzoek van Joost Huijjer laat zien dat in ruim 35 procent van de gevallen waarin een ondertoezichtstelling werd uitgesproken, er wel sprake was van ouders die hulp accepteren. Een ondertoezichtstelling kan dan toch noodzakelijk worden geacht vanwege bijvoorbeeld de complexiteit van de benodigde hulp of omdat ouders vanwege psychische problemen of een verstandelijke beperking onvoldoende effectief gebruik konden maken van de geboden hulp. Het ontbreken van regie, sturing of behandelingsmogelijkheden in het vrijwillig kader was dan de reden voor een ondertoezichtstelling.<sup>73</sup>

### Bij de afwezigheid van een ondertoezichtstelling geldt de aanname dat ouders in staat zijn om de zorg voor kinderen te dragen – zonder een ondertoezichtstelling is deze aanname uitermate moeilijk te weerleggen.

De bovengenoemde aanname dat bij opheffing van een ondertoezichtstelling er niet langer sprake is van een ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’, is deels terug te vinden in de Memorie van Toelichting van de Jeugdwet uit 2015. Hierin staat dat ‘op het moment dat de doelen van de ondertoezichtstelling zijn gerealiseerd en de ontwikkelingsbedreiging van het kind is opgeheven, de maatregel [wordt] beëindigd’.<sup>74</sup> Echter, er zijn ook situaties denkbaar waarbij een ondertoezichtstelling wordt beëindigd zonder dat de doelen gerealiseerd zijn, en zonder dat de ernstige ontwikkelingsbedreiging is opgeheven. Dit kan het geval zijn wanneer niet langer aan de voorwaarden voor ondertoezichtstelling wordt voldaan. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in een uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>75</sup> Het hof was het eens met de afwijzing van het verzoek van Stichting Nidos om verlenging van de ondertoezichtstelling, met name omdat de noodzakelijke

hulp voldoende geaccepteerd werd. Volgens het hof waren er nog steeds ernstige zorgen over de kinderen (waarbij er sprake was van problematiek die verder ging dan alleen de onzekerheid over hun verblijf in Nederland) en was het aannemelijk dat de kinderen ernstig in hun ontwikkeling werden bedreigd. De gemobiliseerde hulp kon volgens het hof echter ook binnen een vrijwillig kader worden georganiseerd.

Hieruit blijkt dat ook wanneer er wel degelijk ‘echt iets aan de hand is’, een ondertoezichtstelling niet aan de orde hoeft te zijn. Dit verklaart ook mede waarom medewerkers in de jeugdbeschermingsketen in een ‘spagaat’ kunnen verkeren als zij in aanraking komen met gezinnen zonder verblijfsvergunning met complexe problematiek. Deze spagaat vloeit voor een groot gedeelte voort uit de omstandigheid dat het ontbreken van een verblijfsvergunning vaak een sneeuwbaleffect heeft:

‘omdat die moeder heel goed meewerkt aan de hulpverlening is er eigenlijk geen kindbeschermingsmaatregel nodig. (...) Maar tegelijkertijd, de stress die het oplevert dat het kind hier niet rechtmatig verblijft, zorgt wel voor heel veel onveiligheid bij een kind. Dus dat is ook weer een soort van punt waar je misschien tegenaan loopt waar soms echt heel lang over wordt gepraat (...) Het gaat ons echt om kindveiligheid en niet om die verblijfsstatus. Alleen, kijk, inmiddels weet ik ook wel dat het misschien een illusie is om beiden helemaal los van elkaar te zien. Sowieso is het natuurlijk nooit één ding waar het aan ligt. Er zijn altijd meerdere dingen. Kijk, als iemand gewoon goed voor zijn kinderen kan zorgen voor de rest, alleen, hè, hij heeft hier geen rechtmatig verblijf, dat is geen reden voor een maatregel. Maar vaak zie je, ze hebben natuurlijk ook gebrek aan inkomsten, een vast dak, een regelmatige schoolgang, dat soort dingen.’<sup>76</sup>

De genuanceerde en op de individuele situatie toegespitste jeugd(beschermings)rechtelijke praktijk heeft tot gevolg dat op grotendeels gelijksoortige situaties verschillende hulpverleningsconstructies en maatregelen van toepassing kunnen zijn.<sup>77</sup> De vreemdelingrechtelijke praktijk is echter binair van aard; de aan- of afwezigheid van een ondertoezichtstelling is van doorslaggevend belang. Alleen bij dergelijk ingrijpen in het gezinsleven door de staat komen de ontwikkelingsbelangen van kinderen bescherming toe.

### 2.3 Gevolgen van de binaire vreemdelingrechtelijke benadering

Deze binaire benadering heeft verschillende problematische gevolgen. Ten eerste trekken de verschillende beleidskaders harde lijnen tussen kinderen die in gelijksoortige situaties zitten. Een voorbeeld daarvan is de dunne grens tussen (tijdelijke) voogdij en een ondertoezichtstelling:

‘Soms is het gewoon maar bij toeval zeg maar. Zou het heel goed kunnen zijn geweest dat als die ouders wel in Nederland zouden zijn geweest en het was eerst een ondertoezichtstelling geworden dat het dan heel snel een gezagsbeëindiging zou zijn geworden. (...) maar toevallig omdat die ouders nergens in de buurt zijn of ergens in de goot liggen en we weten niet waar, is het een tijdelijke voogdij geworden. Voor ons, voor de inhoud van de hulpverlening en de

71 De wettelijke kaders van de jeugdbescherming 2020, p.15

72 Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse, p. 46 en p. 151.

73 J. Huijjer, ‘Herziening kindbeschermingsmaatregelen: naar een nieuwe ondertoezichtstelling’, FJR 2015/8, p. 30-35.

74 Kamerstukken II, 2012/13, 33684, nr. 3, p.32.

75 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3075.

76 Interview medewerker GI.

77 Zie bijvoorbeeld de bespreking van het zogenoemde ‘drangkader’ in Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse, p. 51.

doelstelling maakt het niet uit. Maar de IND kijkt daar wel anders naar. Wij begrijpen dat ook als je er heel formeel naar kijkt, maar vanuit het kind bezien vinden we dat heel moeilijk. Want het is echt bij toeval... ik noem het altijd 'een OTS in een jasje van een tijdelijke voogdij'.<sup>78</sup>

Een ander voorbeeld dat naar voren is gekomen betreft situaties waarin de aan- of afwezigheid van hele betrokken hulpverleners – waardoor intensieve hulpverlening van de grond komt – het verschil kunnen maken tussen wel of niet een ondertoezichtstelling.<sup>79</sup> Terwijl het in de praktijk om kleine verschillen gaat, zijn aan deze verschillen grote vreemdelingrechtelijke consequenties verbonden.

Een ander gevolg van de binaire benadering van het vreemdelingenrecht is dat binnen het beleidskader voor kinderen met een kindbeschermingsmaatregel jeugdrechtelijke uitgangspunten leidend zijn, terwijl buiten dit kader deze uitgangspunten nauwelijks een rol van betekenis spelen. Zo wordt het gedrag van ouders nauwelijks aan kinderen toegerekend binnen het beleidskader.<sup>80</sup> Het is voor de beoordeling van de verblijfsaanvraag op basis van dit kader grotendeels irrelevant of de ouders mee werken of mee hebben gewerkt aan vertrek. Dit staat in groot contrast met bijvoorbeeld de (inmiddels afgeschafte) Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen en de artikel 8 EVRM-jurisprudentie.

Daarnaast doet de DT&V binnen het beleidskader onderzoek naar de overdraagbaarheid van de betreffende kindbeschermingsmaatregel. Uit de informatie die is neergelegd in het handelingsprotocol blijkt dat de DT&V het onderzoek verricht aan de hand van de doelen die zijn opgesteld in het rapport van de Raad voor de Kinderbescherming of de GI. Daarbij wordt gekeken welke hulpverlening bij deze doelen past, en of deze hulpverlening 'overdraagbaar is'.<sup>81</sup> Als de DT&V de maatregel overdraagbaar acht (en de verblijfsaanvraag wordt afgewezen) ontstaat er na anderhalf jaar alsnog een mogelijkheid voor rechtmatig verblijf indien de DT&V de feitelijke overdracht van de maatregel niet heeft weten te realiseren. Deze vormgeving van het beleid staat in groot contrast met het AMV-buitenschuldbeleid waarin geen jeugd(beschermings)rechtelijke invulling wordt gegeven aan het concept 'adequate opvang'. In de context van een AMV wordt niet gesproken over 'overdracht' van de voogdijmaatregel. Wanneer adequate opvang aanwezig wordt geacht ontstaat pas een mogelijkheid tot verkrijging van een buitenschuldvergunning na een periode van drie jaar. Voor de juridische uitkomst van een dergelijke aanvraag is het handelen van DT&V irrelevant. Van AMV's wordt verwacht dat zij zelfstandig en vrijwillig terugkeren en dat – wanneer zij dit niet doen – zij onomstotelijk bewijs leveren van de onmogelijkheid van terugkeer en de afwezigheid van adequate opvang. Dit verklaart waarom er sinds de invoering van het AMV-buitenschuldbeleid in 2013 nauwelijks vergunningen zijn verleend op grond van dit beleid.

Zoals gezegd is het zonder betrokkenheid van jeugdhulp en jeugdbeschermingsinstanties in het kader van een

ondertoezichtstelling (al dan niet met uithuisplaatsing) vrijwel onmogelijk om de aanname te weerleggen dat ouders in het kader van hun wettelijke zorgplicht het welzijn en de ontwikkeling van het kind kunnen waarborgen. Dit wordt op pijnlijke wijze duidelijk in de situatie van gesloten geplaatste AMV's. Bruning omschrijft de gesloten jeugdhulp als 'de meest ingrijpende vorm van een ondertoezichtstelling met machtiging uithuisplaatsing'.<sup>82</sup> De rechter kan een machtiging voor gesloten plaatsing verlenen als de jeugdhulp 'noodzakelijk is in verband met ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen die de ontwikkeling van de jeugdige naar volwassenheid ernstig belemmeren' en een gesloten plaatsing noodzakelijk is wegens het gevaar voor onttrekking aan deze hulp.<sup>83</sup> Er zijn echter ook '(tijdelijke) voogdijkinderen' die in een accommodatie van gesloten jeugdhulp geplaatst worden.<sup>84</sup> Aan een gesloten plaatsing van een AMV is geen enkele vreemdelingrechtelijke consequentie verbonden. Omdat AMV's überhaupt niet onder toezicht gesteld kunnen worden, bestaat er een serieus risico dat met name bij deze groep kinderen een vorm van bewijsnood ontstaat.

### 3. Oplossingsrichtingen en beleidsreactie staatssecretaris

De ontwikkeling die onder invloed van het Kinderrechtenverdrag heeft plaatsgevonden (en nog steeds plaatsvindt) in het jeugd(beschermings)recht, waardoor het kind steeds meer als rechtssubject wordt gezien en ouderlijke rechten minder absoluut worden, heeft nog niet op soortgelijke wijze plaatsgevonden in het vreemdelingenrecht. De vreemdelingrechtelijke benadering van de positie van het kind getuigt dan ook van een enigszins archaische visie op het kind en zijn of haar rechtspositie. Deze benadering wordt tot op de dag van vandaag gerechtvaardigd met verwijzingen naar de bescherming van belangen van kinderen die vooruitgestuurd worden en van kinderen die door hun ouders geïnstrumentaliseerd zouden worden om rechtmatig verblijf te verkrijgen. Dit doet de vraag rijzen of dergelijke rechtvaardigingen volledig vrij zijn van politieke belangen, of dat zij mogelijk ook een vorm van instrumentalisatie van kinderen in zich dragen. Om betekenis te kunnen geven aan de rechten van kinderen dient een balans gevonden te worden tussen de groepsbelangen en individuele belangen van kinderen, tussen de verantwoordelijkheid van de staat en de verantwoordelijkheid van ouders en tussen maatwerk en beginselen zoals rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Dit is bepaald geen simpele opgave.

De staatssecretaris merkt dan ook terecht op in haar beleidsreactie op het in dit artikel besproken WODC-onderzoek dat het 'niet makkelijk [zal] zijn om de uitgangspunten van deze rechtsgebieden met elkaar te verenigen zonder dat dit fundamentele veranderingen in één of beide rechtsgebieden teweeg zal brengen'. Fundamentele verandering, met name in het vreemdelingenrecht, is echter wel precies wat nodig is om de spanningen te reduceren tussen beide rechtsgebieden en de actoren die hierin werkzaam zijn. Het is dan ook teleurstellend te noemen dat de staatssecretaris niet ingaat op de concrete oplossingsrichtingen die in het rapport worden

78 Interview medewerker GI.

79 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p. 151 en p. 155.

80 Wel kan het identiteitsvereiste tegengeworpen worden.

81 Bijlage 4 bij Handelingsprotocol: Procesbeschrijving Kinderbeschermingsmaatregel (ondertoezichtstelling) binnen de Vreemdelingenketen.

82 M. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020.

83 Ibid.

84 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p.42.

aangedragen. In het rapport wordt bijvoorbeeld de volgende oplossingsrichting genoemd:

‘Het [is] noodzakelijk om te onderzoeken hoe het belang van het kind principe neergelegd kan worden in het vreemdelingenrecht en wat de gevolgen daarvan zijn. Het is in deze context essentieel om te onderzoeken hoe ‘de ernstige ontwikkelingsbedreiging’ – in andere woorden, de ontwikkelingsbelangen van kinderen – ook in dit rechtsgebied vorm kunnen krijgen. (...) De ontwikkeling van een begrippenkader met een bijbehorende methode voor vaststelling – met betrekking tot de ontwikkelingsbelangen van kinderen – is van essentieel belang om materiële betekenis te kunnen geven aan het belang van het kind-beginsel in het vreemdelingenrecht.’<sup>85</sup>

In haar reactie gaat de staatssecretaris niet verder dan algemene verwijzingen naar het nieuwe kabinet, het Samenwerkingsverband Kinderen In het Vreemdelingenbeleid (SKIV) en het initiatiefvoorstel van de Kamerleden Voortman en Kuiken voor de verankering van het belang van het kind in het vreemdelingenrecht, momenteel in behandeling bij de Tweede Kamer. Daarmee wordt in het midden gelaten of de noodzaak van een dergelijk onderzoek onderschreven wordt.

Positief aan de beleidsreactie is dat de in het onderzoek en in deze bijdrage omschreven (binaire) systematiek van het vreemdelingenrecht niet wordt betwist. In het rapport stellen wij dat – mede als gevolg van deze systematiek – het vreemdelingenrecht ‘niet de middelen heeft om ernstige ontwikkelingsproblematiek bij kinderen vast te stellen en hieraan gewicht toe te kennen of juridische consequenties te verbinden’ en dat kinderen in het vreemdelingenrecht buiten het beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel ‘geen betekenisvol recht hebben op bescherming van hun (ontwikkelings)belangen’.<sup>86</sup>

Ook andere ontwikkelingen kunnen als bemoedigend gezien worden. Zo wil het nieuwe kabinet op de korte termijn bezien ‘hoe in de asielpcedure het belang van het kind beter meegewogen’ kan worden. Het is ons evenwel onduidelijk waarom deze reflectie beperkt is tot de asielpcedure. Daarnaast vinden er onder invloed van het EU-recht ontwikkelingen plaats in de Nederlandse rechtspraak, die de indruk wekken dat fundamentele veranderingen naar aanleiding van de sterker wordende juridische positie van het kind onvermijdelijk zijn.<sup>87</sup>

Zo oordeelde de Raad van State vorig jaar in de context van een artikel 20 VWEU-aanvraag dat verklaringen van onder andere de peuterspeelzaal, een sociaal werker, de basisschool, een taalcoördinatoren en een maatschappelijk werkster niet door de staatssecretaris enkel op basis van hun ‘niet-objectieve’ karakter terzijde geschoven mogen worden.<sup>88</sup> Personen in de omgeving van ouders en kinderen zijn volgens de Raad van State ‘juist in de positie om te verklaren over de aard en omvang van de zorgtaken’ die een ouder verricht.<sup>89</sup> Deze uitspraak is een cruciale stap in het nader tot elkaar brengen van het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht, aangezien actoren in het jeugd(beschermings)recht hun oordeel juist vormen op basis van informatie afkomstig van zogenoemde ‘informanten’.

Het is wenselijk dat het nieuwe kabinet – mede in het licht van deze ontwikkelingen – erkent dat het niet de vraag is of maar *hoe* het belang van het kind (en daarmee de ontwikkelingsbelangen van het kind) materiële betekenis kan krijgen in de volle breedte van het vreemdelingenrecht. Dit is een vraag die primair door de wetgever – en niet door rechters – beantwoord dient te worden. ◀

85 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p.19.

86 *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse*, p. 169 en p.173

87 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 januari 2021, C-441/19, *T.Q.*, EU:C:2021:9, *JV* 2021/48, m.nt. Klaassen.

88 ABRvS 17 september 2017, ECLI:NL:RVS:2021:2095

89 ABRvS 17 september 2017, ECLI:NL:RVS:2021:2095