



Universiteit
Leiden
The Netherlands

The common European asylum system and the rights of the child: an exploration of meaning and compliance

Smyth, C.M.

Citation

Smyth, C. M. (2009, January 29). *The common European asylum system and the rights of the child: an exploration of meaning and compliance*. Meijers-reeks. Uitgeverij Boexpress, 's-Hertogenbosch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20462>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20462>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20462> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Smyth, Ciara Mary

Title: The common European asylum system and the rights of the child : an exploration of meaning and compliance

Issue Date: 2013-01-29

Samenvatting

HET GEMEENSCHAPPELIJKE EUROPESE ASIELSYSTEEM EN DE RECHTEN VAN HET KIND: EEN VERKENNING NAAR BETEKENIS EN NALEVING

Dit onderzoek gaat over de vraag of het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel (GEAS) in overeenstemming is met de rechten van het kind. Twee zaken worden tegenover elkaar gesteld: de internationaalrechtelijke normen van de rechten van het kind en de regels van het GEAS voor de bescherming van kinderen die asielzoeker of vluchteling zijn. Speciaal die aspecten van de rechten van het kind zijn eruit gelicht, die het meest van belang zijn in de context van asiel. Systematisch wordt onderzocht of en in hoeverre die aspecten terugkomen in het bestaande GEAS en de voorgestelde herziening ervan.

Inleiding

Hoofdstuk I is de inleiding tot de studie. Allereerst wordt de achtergrond van het onderzoek beschreven, te beginnen met de ontwikkeling van het GEAS en de belangrijkste instrumenten ervan. Die instrumenten zijn: de zogenaamde Dublin Verordening (DV), de Opvangrichtlijn (OR), de Procedurerichtlijn (PR), en de Kwalificatierichtlijn (KR). Op het moment van schrijven werd gewerkt aan de herziening van de eerste drie instrumenten en was de herziening van het vierde voltooid. Men kan derhalve spreken van een ontwikkeling naar een 'Fase II GEAS'. Elk van die instrumenten bevat specifieke bepalingen voor kinderen, in hun hoedanigheid van minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen en kwetsbare personen. Maar het is de vraag, of de kind-specifieke en algemene bepalingen van die instrumenten in overeenstemming zijn met de rechten van het kind. Die vraag is des te meer van belang omdat zich een duidelijke legislatieve en beleidsmatige betrokkenheid van de EU met de rechten van het kind heeft ontwikkeld in de periode tussen Fase I en Fase II van het GEAS. De tamelijk gecompliceerde relatie tussen enerzijds het VN-Verdrag van de Rechten van het Kind (VRK), waarvan de mogelijkheden nog niet ten volle zijn ontgonnen, en anderzijds het recht van de EU, wordt beschreven. Daarbij ligt de nadruk op de juridische betekenis van de kinderrechtenbepaling van het Handvest van de Fundamentele Rechten. Betoogd wordt dat dit een goed moment is om de eerbiediging van de rechten van het kind door het GEAS te

onderzoeken, waarbij Fase I dient als het uitgangspunt van beschouwing en Fase II om de geboekte vooruitgang te meten.

Vervolgens worden de doelstellingen van de studie gepresenteerd. Zoals de titel al aangeeft zijn er twee doelen: de betekenis te analyseren van de relevante rechten van het kind en te toetsen of die rechten worden geëerbiedigd in de instrumenten van het GEAS. Wat het eerste betreft: veel rechten van het kind blijken op zich omstreden te zijn, of blijken onhelder te zijn als het gaat om asiel. Dus moet de betekenis van de relevante rechten van het kind scherper worden omlijnd, zowel in het algemeen en als de context van asiel. Wat het tweede doel betreft – te beoordelen of de GEAS instrumenten de relevante rechten van het kind in acht nemen – wordt uitgangspunt gehuldigd dat het niet toereikend is als die instrumenten kunnen worden uitgelegd op een wijze die overeenkomt met de rechten van het kind. Het criterium is of zij *zichtbaar* de inachtneming van de rechten van het kind bevorderen.

De reikwijdte en de begrenzingen van de studie worden omschreven. Met het GEAS wordt gedoeld op de vier instrumenten die nu operationeel zijn en niet op de Richtlijn Tijdelijke Bescherming die nooit is geactiveerd en waarvan ook geen herziening is gepland. Het onderzoek richt zich op de instrumenten zelf en niet op de wijze waarop de instrumenten in de lidstaten zijn overgezet en geïmplementeerd, ofschoon wel wordt verwezen naar de statenpraktijk. Maatstaf vormen de rechten van het kind. Hoewel volgens artikel 2 VRK alle rechten van het Verdrag in beginsel van toepassing zijn op alle kinderen, is uit praktische overwegingen een principiële selectie gemaakt. Op basis van een ‘spiegelend evenwicht’ tussen de rechten van het kind in het VRK en de bepalingen van het GEAS, zijn de volgende rechten gekozen als de meest kritieke – in EU-context - voor het gros van de kinderen die asiel zoeken of vluchteling zijn:

- het beginsel van de beste belangen van het kind (*‘best interests of the child’*)
- het recht van het kind asiel te zoeken en te genieten
- het recht van het kind te worden gehoord
- het recht op dagelijkse bescherming en zorg van het asielzoekende kind en het vluchtelingkind, begeleid of niet-begeleid
- essentiële socio-economische rechten van het kind
- het recht van het kind op vrijheid

Aan elk van deze rechten is een hoofdstuk gewijd. Alle hoofdstukken hebben een eendere structuur: een eerste deel omschrijft de normatieve betekenis van het recht, een tweede deel beoordeelt of de relevante bepalingen van het GEAS met dat recht in overeenstemming zijn, en een derde deel beoordeelt de vooruitzichten voor een betere nakoming in Fase II GEAS.

De bronnen en de methodologie van het onderzoek worden uiteengezet. Zoals gezegd, is het eerste doel van deze studie, scherper te omlijnen wat de betekenis is en wat de juridische vereisten zijn van de relevante kinderrechten. Bij elk kinderrecht dat men wil begrijpen moet men allereerst uitgaan van de

wijze waarop dat recht in het VRK is geformuleerd. Alle gebruikelijke bronnen voor de uitleg van een internationale conventie zijn daarvoor dienstig. Maar het internationale recht met betrekking tot de rechten van het kind is niet beperkt tot het VRK. Andere mensenrechtelijke instrumenten die niet speciaal voor kinderen zijn geschreven kunnen eveneens verhelderend zijn. Zo zijn rechten in het VRK vaak versies van algemene rechten van de mens die zijn toegesneden op kinderen. Een analyse van het algemene recht kan nuttig blijken te zijn, niet alleen voor het leveren van de context maar ook als een contrapunt waartegen de specificiteit en uniciteit van het kinderrecht kan worden afgebakend. Daarom is bij het verklaren van de betekenis van een recht in het VRK óók gekeken naar andere mondiale en regionale (met name Europese) mensenrechteninstrumenten en de jurisprudentie van hun toezicht-houdende organen of rechters. Daarnaast is gebruik gemaakt van wetenschap-pelijke literatuur over kinderrechten - in het algemeen en in samenhang met asiel.

Het tweede doel van het onderzoek is, te beoordelen in welke mate het GEAS, in de eerste en tweede fase, de rechten van het kind naleeft. Ten aanzien van Fase I van het GEAS begint de beoordeling steeds met een tekstuele analyse van de bewoordingen van de instrumenten, met inachtneming van de zich ontwikkelende rechtspraak van het Hof van Justitie over het GEAS. Verwezen wordt ook naar de evaluaties door de Commissie van de implementatie door de lidstaten van de verschillende instrumenten en naar empirisch onderzoek van de statenpraktijk door UNHCR en anderen. Ten aanzien van Fase II begint de beoordeling met een tekstuele analyse van de bewoordingen van de herziening (bij de Kwalificatierichtlijn) dan wel de laatste versie van de herziening (bij de andere drie instrumenten). Vervolgens wordt gekeken naar aanvullende documenten, zoals *explanatory memoranda*, *impact assessments*, gedetailleerde toelichtingen op de voorstellen, eerdere Commissievoorstellen, etc. teneinde de betekenis van bepaalde artikelen te kunnen begrijpen. Ook is melding gemaakt van commentaren van non-gouvernementele organisaties op de gebieden van asiel, mensenrechten en kinderrechten die waren opgesteld om de koers van Fase II van het GEAS te beïnvloeden.

Het beginsel van de beste belangen van het kind

Hoofdstuk 2 onderzoekt de betekenis en de juridische vereisten van het beginsel van de beste belangen van het kind zoals neergelegd in artikel 3 VRK en toetst of de GEAS instrumenten in beide fasen dit principe naleven

Het principe van de beste belangen van het kind is een van de meest aangehaalde en, naar wordt betoogd, minst begrepen beginselen van de kinderrechten. Het hoofdstuk begint met twee heersende benaderingen tegenover elkaar te stellen, benaderingen die beogen aan dat beginsel betekenis te geven. Het gaat om de op 'welzijn-georiënteerde benadering' ('*welfare-oriented approach*') en de 'rechten-georiënteerde' benadering ('*rights-based approach*').

De eerste benadering ziet de beste belangen van het kind als een functie van het welzijn van het kind zoals dat wordt vastgesteld door de besluitnemer. De tweede benadering beschouwt de beste belangen van het kind objectiever, als een functie van de rechten van het kind, waarbij de relevante concrete rechten dienen om het begrip betekenis te verlenen. Het verschil in benaderingen van twee Europese hoven (het Hof van Justitie EU en het Europese Hof van de Rechten van de Mens) wordt beschreven en de rechten-georiënteerde benadering wordt krachtig bepleit. Vervolgens wordt de aard van de juridische verplichting onderzocht. De uitkomst is, dat het beginsel een brede strekking heeft, in die zin dat het van toepassing is op alle acties die invloed hebben, direct of indirect, op kinderen, ondernomen door elke actor, individueel of collectief, die iets doet met betrekking tot een kind of kinderen. Ook wordt een analyse gegeven van het gewicht dat bij het nemen van besluiten moet worden gehecht aan de beste belangen van het kind en van de toenemende aan 'soft law' te ontleen aanwijzingen voor de manier waarop in individuele gevallen een vaststelling van de beste belangen van het kind kan plaatsvinden.

Na de betekenis, reikwijdte, weging en toepassing van het 'beste belangen' beginsel te hebben vastgesteld, onderzoekt Hoofdstuk 2 of de GEAS instrumenten in de beide fasen dit beginsel naleven. Eigenlijk kunnen hier twee onderzoeksvragen worden gesteld. Ten eerste: zijn de richtlijnen aan de lidstaten zoals die in elk van de GEAS instrumenten zijn gegeven in overeenstemming met de normatieve vereisten van dit beginsel? Alle 'beste belangen' bepalingen in de DV, OR, PR en KR zijn onderzocht. De uitkomst is, dat alle instrumenten weliswaar het belang onderstrepen van de beste belangen van het kind bij het nemen van beslissingen, maar dat zij doorgaans het bereik van het beginsel beperken tot acties die expliciet of exclusief op kinderen zijn gericht. Verder is weliswaar het primaire belang van dit beginsel in de wetgeving onder woorden gebracht, maar, of aan de beste belangen van het kind het vereiste gewicht wordt toegekend hangt ervan af of alle *andere* bepalingen van het instrument verenigbaar zijn met de relevante kinderrechten. Immers, als dat niet zo is, kunnen de beste belangen van het kind niet worden verzekerd. En dat valt nog te bezien. Tenslotte bevat het GEAS geen waarborgen dat een vaststelling van de beste belangen van het kind ('*best interests determination*') wordt verricht zoals die in 'soft law' is voorzien. Duidelijke tekenen van verbetering, in alle opzichten, kunnen worden waargenomen in Fase II, opmerkelijk genoeg met uitzondering van de voorgestelde herziening van de PR die niet de juiste reikwijdte van het beginsel in acht neemt en evenmin voorziet in een vaststelling van de beste belangen.

De tweede vraag die kan worden gesteld is, of het GEAS als geheel in het beste belang van kinderen is. Nu wij hebben gezien dat er een nauw verband bestaat tussen de beste belangen van het kind en zijn rechten, komt deze vraag erop neer of het GEAS de rechten van het kind naleeft. Dat is een vraag die moet worden beantwoord in de rest van dit onderzoek.

Het recht van het kind om internationale bescherming te zoeken en daarvoor in aanmerking te komen

Hoofdstuk 3 behandelt twee onderwerpen: het eerste deel gaat over het recht van het kind om internationale bescherming te *zoeken* en het tweede gaat over het recht van het kind om *in aanmerking te komen* voor internationale bescherming.

Het recht van het kind om internationale bescherming te zoeken (samen met of onafhankelijk van zijn of haar ouders), neergelegd in artikel 22 VRK, wordt tamelijk gedetailleerd uiteengezet. Vervolgens verschuift de aandacht naar de PR – de belangrijkste richtlijn voor de indiening van een asielverzoek – en naar de vraag of de richtlijn voldoet aan het recht van het kind om internationale bescherming te zoeken. De bevinding is, dat begeleide minderjarigen geen recht hebben een onafhankelijk asielverzoek in te dienen en geen gewaarborgd recht om met de aanvraag van iemand anders te mogen meedoen. Omgekeerd, lijken niet-begeleide minderjarigen wel in staat om een aanvraag via hun vertegenwoordigers in te dienen, maar is er in dat opzicht enige tweeslachtigheid. De voorgestelde herziening van de PR is in dat opzicht een verbetering omdat daarin is neergelegd dat minderjarigen hetzij zelf een onafhankelijke aanvraag moeten kunnen indienen, hetzij een aanvraag namens hen moeten kunnen laten indienen, en dat een vertegenwoordiger het recht heeft een aanvraag in te dienen namens een niet-begeleide minderjarige. Er is echter geen duidelijke aanwijzing dat het kind degene is die een recht heeft om een aanvraag in te dienen.

Het recht van een kind om in aanmerking te komen voor internationale bescherming, wordt in dit hoofdstuk als volgt uitgelegd: zo'n recht vloeit niet voort uit het kind-zijn als zodanig, maar een kind heeft, net als ieder ander, een recht om in aanmerking te komen als hij of zij voldoet aan de insluitingscriteria (of niet voldoet aan de beëindigingscriteria of uitsluitingscriteria). Echter, de criteria voor kwalificatie zijn niet neutraal doch weerspiegelen doorgaans een verborgen vooringenomenheid uit het gezichtspunt van volwassenen. Om deze vooringenomenheid tegen te gaan moet worden aanvaard dat de rechten van het kind *als zodanig* potentieel relevant zijn om een behoefte aan internationale bescherming te genereren. De kwalificatiecriteria moeten dus openstaan voor de rechten van het kind. Dit hoofdstuk onderzoekt of de kwalificatiecriteria, die hoofdzakelijk voorkomen in de KR, gevoelig zijn voor de rechten van het kind, waarbij de aandacht wordt gericht op:

- de vluchtelingdefinitie
- de definitie van 'ernstige schade'
- de bronnen van schade en bescherming
- binnenlandse bescherming
- informatie over landen van herkomst
- beëindiging (cessation)
- uitsluiting (exclusion)

- het begrip ‘veilig land van herkomst’ als een voorbeeld van begrippen die insluiting (inclusion) beperken

De KR blijkt in sommige opzichten tamelijk progressief te zijn door een kinder-rechtenperspectief in zijn definities in te sluiten – althans niet uit te sluiten, gezien de gekozen formulering. Maar in andere opzichten lijkt de KR een kinder-rechtenperspectief uit te sluiten, bij voorbeeld in de constructie van de betekenis van nationale bescherming en de voorzichtige definitie van ‘ernstige schade’ met het oog op subsidiaire bescherming. Vervolgens wordt de herziening van de KR bekeken. De herziening blijkt de meeste geïdentificeerde problemen, zo niet alle, te corrigeren, wat leidt tot de conclusie dat de herziene KR in grote lijnen in overeenstemming is met de rechten van het kind om te kwalificeren voor internationale bescherming.

Het recht van het kind om te worden gehoord

Het vorige hoofdstuk ging over het recht van het kind om internationale bescherming te zoeken en daarvoor in aanmerking te komen. Maar ook als wordt aangenomen dat het kind toegang krijgt tot de procedure en dat de criteria om voor bescherming in aanmerking te komen open staan voor de rechten van het kind, dan nog is er een probleem: de gangbare asielprocedure is niet ontworpen voor kinderen. Daarom opent Hoofdstuk 4 met de vraag, welke rechten kinderen hebben die ertoe kunnen leiden dat de op volwassenen georiënteerde procedure meer ontvankelijk en toegankelijk is voor kinderen. Het belangrijkste recht van het kind in dit opzicht is het in artikel 12 VRK neergelegde recht om te worden gehoord. Het hoofdstuk onderzoekt het recht langs drie lijnen: het recht op een gehoor; rechten met betrekking tot de wijze waarop een gehoor wordt gehouden zoals het recht op een vertegenwoordiger en het recht op aanpassing van de zitting op zo’n manier, dat het kind zijn of haar visie vrijelijk tot uitdrukking kan brengen; en het recht van een kind, dat aan zijn of haar opmerkingen bij het nemen van de beslissing passend gewicht wordt gehecht in overeenstemming met leeftijd en rijpheid. Steeds wordt aandacht besteed aan de vraag hoe het recht tot uitdrukking komt in de speciale context van asiel.

Nadat de betekenis en de juridische vereisten van het recht van het kind om te worden gehoord in de asielcontext is vastgesteld, gaat Hoofdstuk 4 verder met de toetsing of de PR – de richtlijn die het duidelijkst te maken heeft met het recht van het kind om te worden gehoord – het recht naleeft. De uitkomst is, dat de PR geen enkele van de belangrijkste elementen van het recht van het kind om te worden gehoord, nakomt. Zo is het aan de lidstaten overgelaten te bepalen of een kind al dan niet recht heeft op een persoonlijk onderhoud. En, zelfs als nationaal recht toestaat dat een kind wordt gehoord, staat de richtlijn het de lidstaten toe het persoonlijk onderhoud achterwege te laten op tal van gronden, waarvan sommige kunnen worden toegepast ten

nadele van kinderen of juist voor kinderen nadelig zijn. Niet begeleide minderjarigen hebben, anders dan begeleide, recht op een vertegenwoordiger maar de rol van de vertegenwoordiger is onduidelijk en er kan in verschillende situaties van dat recht worden afgeweken. Als er een persoonlijk onderhoud plaatsvindt, bepaalt de richtlijn dat rekening moet worden gehouden met de 'behoefte' van de niet-begeleide minderjarigen – opnieuw niet met die van de begeleide minderjarigen. Tenslotte, wat betreft het gewicht dat moet worden gehecht aan de zienswijze van het kind, laat de richtlijn niet alleen na dit te regelen, maar bevat de richtlijn bovendien verschillende bepalingen met betrekking tot bewijslast, veilig land begrippen en het voordeel van de twijfel, die de zienswijze van het kind lijken te veronachtzamen. Kort gezegd: Fase I van het GEAS voldoet niet aan het recht van het kind om te worden gehoord.

In de herziene versie van de PR kunnen sommige verbeteringen worden waargenomen. Maar de verbeteringen zijn doorgaans op de een of andere manier aan beperkingen gebonden. Zo zijn de mogelijkheden van lidstaten om het gehoor weg te laten beknotten, maar het kind heeft nog steeds geen recht op een persoonlijk onderhoud; een algemeen recht op een zitting in beroep is geïmpliceerd maar niet duidelijk omschreven; significante verbeteringen zijn aangebracht met betrekking tot de vertegenwoordiger van de niet-begeleide minderjarige, maar er is nog steeds geen bepaling die rekening houdt met de mogelijkheid dat een begeleide minderjarige een vertegenwoordiger nodig zou hebben; aanmerkelijke voortgang is geboekt met betrekking tot de aanpassing van het persoonlijk onderhoud voor alle minderjarigen maar aan die verbeteringen wordt afbreuk gedaan door dat de voorgestelde herziening is besprenkeld met afwijkingsmogelijkheden, expliciet en impliciet; sommige wijzigingen vergroten de kans dat 'passend gewicht' zal worden gehecht aan de zienswijze van het kind maar die zijn noch op alle kinderen toepasselijk, noch op alle begrippen waartegen bezwaar bestaat. Samengevat, Fase II is relatief beter dan Fase I wat betreft het recht van het kind om te worden gehoord, maar voldoet, op zichzelf beschouwd, niet aan de vereisten van dat recht.

Het recht van het kind op dagelijkse bescherming en zorg

Het kind heeft een recht op dagelijkse bescherming en zorg, en veel bepalingen in het VRK zijn gewijd aan het omlijnen van de juridische verplichtingen in dit opzicht. Hoofdstuk 5 spitst zich toe op de vraag: wie is primaire degene die het kind beschermt en verzorgt? In het normale geval worden kinderen beschermd en verzorgd door hun ouders. Daarom is het belangrijk te kijken naar de rechten in het Verdrag die betrekking hebben op het bijhouden van het gezin – gezinseenheid, dus. Het is echter in asielsituaties niet ongevoel dat kinderen van hun ouders gescheiden raken. In zulke gevallen moet de staat ingrijpen en de rol van de ouders overnemen. Daarom is het belangrijk te kijken naar rechten in het Verdrag over vervangende bescherming en zorg.

Dienovereenkomstig heeft het eerste materiële deel van het hoofdstuk betrekking op het begrip gezinseenheid. Het onderzoekt de verschillende rechten van het kind in verband met gezinseenheid, waarbij de nadruk valt op het begrip van afgeleide rechten, het verbod om een kind van zijn of haar ouders te scheiden tegen hun wil, en het recht van het kind op gezinshereniging. Het hoofdstuk gaat vervolgens na of de relevante instrumenten van het GEAS met de rechten van het kind in verband met gezinseenheid in overeenstemming zijn. De relevante instrumenten zijn de OR, de KR en tot op zekere hoogte de DV. De naleving blijkt te variëren per instrument. Maar als men variaties tussen de instrumenten toelaat, is de bevinding dat de instrumenten in het algemeen de belangrijkste attributen van het recht op gezinseenheid erkennen. Zij beperken echter de strekking van de bepalingen over gezinseenheid door kind en/of gezin in enge zin uit te leggen. Dit wordt verergerd doordat uitdrukkelijk of impliciet wordt toegestaan dat van aspecten van het recht op gezinseenheid wordt afgeweken en doordat een gedifferentieerde behandeling wordt toegestaan van degenen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, wanneer het gaat om afgeleide rechten en gezinshereniging. In de instrumenten zoals die eruitzien in voorgestelde Fase II zijn de definities van kind en gezin enigszins uitgebreid, met als resultaat een bescheiden winst ten aanzien van degenen die in aanmerking komen voor rechten die samenhangen met gezinseenheid. Bovendien is het recht op gezinseenheid in het algemeen minder vatbaar voor uitdrukkelijke of impliciete beperkingen en is de gedifferentieerde behandeling van subsidiair beschermden geschrapt ten aanzien van afgeleide rechten, zij het niet voor gezinshereniging. Om die redenen is Fase II een beperkte verbetering ten aanzien van Fase I ten aanzien van de rechten van het kind op gezinseenheid.

Het tweede materiële deel van het hoofdstuk gaat over het recht van het kind zonder gezin op bijzondere bescherming en zorg. Dit recht, neergelegd in artikel 20 VRK, bevat drie wezenlijke elementen: het recht van het niet-begeleide of gescheiden kind om als zodanig te worden geïdentificeerd, om een voogd of adviseur toegewezen te krijgen om de beste belangen van het kind in het oog te houden, en om alternatieve zorg te ontvangen. In Fase I worden de laatste twee elementen geregeld, maar het eerste niet, met als gevolg dat het niet-begeleide of gescheiden kind mogelijk de rechten niet krijgt waarop hij of zij ingevolge de instrumenten recht heeft. Voorts ontberen de bepalingen van de instrumenten over de voogd of de vertegenwoordiger de precisie die nodig is om de rol en de essentiële attributen van die persoon duidelijk te maken. Tenslotte maken de instrumenten niet duidelijk dat de centrale functie van de zorgplaatsing de bescherming van het kind is, ook al worden in die instrumenten diverse zorgplaatsingen voor niet-begeleide minderjarigen geregeld. In Fase II kunnen enkele verbeteringen worden waargenomen. Met name zijn de bepalingen in de instrumenten met betrekking tot de rol en de hoedanigheid van de voogd flink verbeterd en is het beschermingsaspect van de zorgplaatsing indirect versterkt, hoewel nog steeds geen expliciete melding

wordt gemaakt van bescherming in de context van zorg. Die verbeteringen worden evenwel ondergraven doordat ook Fase II in gebreke blijft een mechanisme vast te stellen voor de identificatie van een niet-begeleid of gescheiden kind.

Bepaalde socio-economische rechten van het kind

Hoofdstuk 6 onderzoekt in hoeverre het GEAS drie wezenlijke socio-economische rechten nakomt: het recht van het kind op gezondheid, op een adequate levensstandaard en op onderwijs. Hier wordt een andere benadering gebruikt om de inhoud van deze rechten te duiden wegens de andersoortige juridische verplichting die in herent is aan socio-economische rechten (d.w.z. progressieve verwezenlijk in plaats van volle en onmiddellijke verwezenlijking). Kort gezegd, de normatieve en de 'kern'inhoud van elk recht zijn beschreven op grond van het uitgangspunt dat de relevante instrumenten van het GEAS in het algemeen aan het eerste moet voldoen, maar dat zij in elk geval aan de laatste moeten voldoen als de instrumenten flexibiliteit aan de lidstaten gunnen in de vorm van beleidsvrijheid en de mogelijkheid om af te wijken. De 'kern' van elk recht bevat de minimale essentiële verplichting en het verbod van discriminatie. De relevante instrumenten van het GEAS zijn de OR en de KR.

Het recht van elk kind op gezondheid is neergelegd in de artikelen 24 en 39 VRK. De normatieve inhoud van het recht omvat het vervullen van de onderliggende beslissende voorwaarden voor gezondheid en ook een recht op gezondheidszorg. Het recht op gezondheidszorg omvat preventie, genezing en revalidatie, met een nadruk op primaire gezondheidszorg. Verder vergt het recht op herstel en herintegratie van het kind dat slachtoffer is van diverse soorten mishandeling, dat staten positieve en organische maatregelen nemen om dat herstel en die herintegratie te bevorderen. De kerninhoud van het recht omvat het recht op primaire gezondheidszorg, herstel en herintegratie en het verbod van discriminatie. Noch de OR noch de KR blijkt duidelijk te voldoen aan de normatieve inhoud dan wel de kerninhoud van het recht. Het wezenlijke probleem van de OR is, dat weliswaar de daar omschreven algemene standaard van gezondheid moet worden verhoogd in het geval van kwetsbare personen, maar dat onzeker is of minderjarigen en niet-begeleide minderjarigen binnen deze categorie vallen. Voorts staat de richtlijn toe dat gezondheidszorg wordt verminderd en teruggetrokken tot een niveau dat minder is dan de kerninhoud van het recht van het kind op gezondheid. Maar, de OR regelt wel de revalidatie en het herstel voor kinderen die slachtoffer zijn van diverse soorten mishandeling, hoewel de identificatie van zulke kinderen een probleem blijft en de betrokken bepaling geen accurate weerspiegeling is van het relevante recht in het VRK. In de voorgestelde herziening worden de meeste van deze problemen aangepakt, zodanig dat gezegd kan worden dat de richtlijn in grote lijnen in overeenstemming is met zowel de kern als de normatieve inhoud van het recht van het kind op gezondheid. Bij de KR is het essentiële probleem

dat deze geen bodemstandaard voor gezondheidszorg voor iedereen bevat maar verschillende stromen van gerechtigdheid creëert. Verder blijft de richtlijn in gebreke een recht op herstel en herintegratie neer te leggen voor het kind dat slachtoffer is van diverse vormen van mishandeling. Het eerste probleem is wel aangepakt in de herziening van de KR, maar het tweede niet, met als gevolg dat de richtlijn niet kan worden gezegd volledig overeen te stemmen met het recht van het kind op gezondheid.

Wat het recht van het kind op een adequate levensstandaard betreft, dit recht is omschreven in artikel 27 VRK en is, opmerkelijk genoeg, op een hoger niveau gesteld dan het corresponderende recht in de algemene mensenrechten. Maar het recht moet in de eerste plaats worden verwezenlijkt door de ouders van het kind, met een secundaire rol voor de staat. De verantwoordelijkheid van de staat omvat steun aan de ouders bij het nakomen van hun verplichting (wat de vraag oproept in hoeverre de ouders een recht hebben op een adequate levensstandaard) en materiële hulp te bieden in gevallen van nood. De kerninhoud van het recht komt neer op een plicht om ouders bij te staan in de nakoming van hun verplichting en, in noodgevallen, te zorgen voor een basisniveau van voeding, kleding en huisvesting. Alles wat minder is dan dat, lijkt neer te komen op onmenselijke en vernederende behandeling. Een andere dimensie van de kerninhoud is het verbod van discriminatie. In de OR is de normatieve inhoud van dit recht niet nagekomen, aangezien de algemene levensstandaard in de richtlijn is gekoppeld aan algemene, niet kindspecifieke, mensenrechten. De kern van het recht is niet nageleefd wanneer asielzoekers financiële uitkeringen krijgen en waar lidstaten de optie hebben om de opvang te verminderen, in te trekken of te weigeren. De herziening kent een nieuwe bepaling met een afzonderlijke levensstandaard voor minderjarigen die voldoet aan de rechten van het kind, maar de andere problemen blijven bestaan en, alles bijeengenomen, is het onduidelijk of de rechten van alle kinderen op een adequate levensstandaard zijn geborgd. In de KR lijkt het recht van het kind dat vluchteling is op een adequate levensstandaard weliswaar te zijn verzekerd, maar het recht van het kind dat in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming kan worden beperkt. Aangezien deze differentiatie in strijd lijkt te zijn met het discriminatieverbod, is derhalve de kerninhoud van het recht niet nageleefd. In de herziening van de KR zijn sommige rechten met betrekking tot de levensstandaard van subsidiair beschermden naar een hoger niveau getild, maar er is nog steeds een onderscheid ten aanzien van sociale bijstand. Dientengevolge voldoet de herziening van de KR niet volledig aan de kerninhoud van het recht van het kind op een adequate levensstandaard.

Het recht van het kind op onderwijs is neergelegd in artikel 28 VRK en de normatieve inhoud ervan is omschreven in de vier 'A's': availability, accessibility, acceptability and adaptability' (beschikbaarheid, toegankelijkheid, aanvaardbaarheid en aanpassingsmogelijkheid). Het belangrijkste aspect van de kerninhoud is het verbod van discriminatie bij onderwijs, hetgeen zowel de directe als de indirecte discriminatie omvat en naast een positieve dimensie

ook een puur negatieve dimensie kent. Discriminatie bij onderwijs doet zich niet alleen voor bij een regelrechte weigering van toegang tot onderwijs, maar omvat ook andere handelingen die de mogelijkheden tot onderwijs beperken. De OR voldoet noch aan de normatieve noch aan de kerninhoud van het recht van het kind op onderwijs, hoofdzakelijk omdat de richtlijn diverse discriminatoire praktijken, zoals gescheiden onderwijs, toelaat. Sommige van deze praktijken worden in de voorgestelde herziening uitgebannen, maar niet alle, met als gevolg dat de nakoming door de richtlijn van dit recht nog steeds problematisch is. Aan de andere kant voldoet de KR aan het recht van het kind op onderwijs, maar er is reden voor kritiek uit het oogpunt van materiële gelijkheid. In de herziening zijn enkele bescheiden verbeteringen aangebracht met betrekking tot toegang tot integratieprogramma's maar de lidstaten houden aanmerkelijke beleidsvrijheid ten aanzien van de inhoud en omvang van dergelijke programma's. Desalniettemin is de KR, zowel in de huidige vorm als in de herziening, stellig in overeenstemming met de kern van het recht van het kind op onderwijs.

Het recht van het kind op vrijheid

Hoofdstuk 7 toetst of het GEAS de rechten van het kind op vrijheid nakomt. Dit is een belangrijke kwestie omdat heel veel kinderen – begeleid of niet begeleid – die internationale bescherming zoeken in de EU, worden gedetineerd. Het recht van het kind op vrijheid is neergelegd in artikel 37 VRK en is afgebakend langs drie hoofdlijnen: toegelaten detentie, detentieomstandigheden en procedurele bescherming. In termen van 'toegelaten detentie' is de positie naar internationaal recht, dat dwingend voorgeschreven detentie van kinderen niet is toegestaan. Detentie van minderjarigen moet altijd zijn voorafgegaan door een geïndividualiseerde beoordeling, waaronder een beoordeling van de beste belangen, en moet voldoen aan het beginsel van het laatste middel. Vrijheid is dus de regel en detentie is de (uitzonderlijke) uitzondering. De positie ten aanzien van de detentieomstandigheden is, dat een gedetineerd kind moet worden behandeld in overeenstemming met de behoeften en rechten van personen van zijn of haar leeftijd, moet worden gescheiden van volwassenen, tenzij dat in strijd is met de beste belangen van het kind, moet samen zijn met het gezin als het gezin is gedetineerd, en in staat moet worden gesteld te communiceren met verwanten als het kind gescheiden is of niet-begeleid is. Tenslotte heeft het gedetineerde kind recht op alle gebruikelijke procedurele waarborgen van de algemene mensenrechten ten aanzien van detentie. Bovendien moet het kind worden ingelicht over de redenen voor zijn of haar detentie op een wijze die passend is bij zijn of haar leeftijd, en heeft het kind recht op juridische bijstand en de bijstand van een voogd of adviseur.

Slechts twee van de instrumenten van het GEAS bevatten bepalingen over detentie: de OR en de PR. Geen van beide voldoet volledig aan enig element van het recht van het kind op vrijheid. De richtlijnen blijven in gebreke afge-

mene criteria vast te stellen, laat staan naar leeftijd gespecificeerde criteria, waarin staat wanneer detentie toelaatbaar is. Zij bevatten zwakke bepalingen met betrekking tot de omstandigheden van detentie, waarin wordt nagelaten te erkennen dat detentieomstandigheden van kinderen in overeenstemming moeten zijn met hun leeftijd en – inderdaad – hun rechten. De richtlijnen bevatten ook zwakke procedurele waarborgen voor het aanvechten van de wettigheid van detentie, die niet in overeenstemming lijken te zijn met het recht van het gedetineerde kind op juridische bijstand. De voorgestelde herzieningen van de twee instrumenten in Fase II behelzen een aanmerkelijke verbetering op één gebied, nu wordt vastgesteld dat detentie van minderjarigen alleen is toegelaten in uitzonderlijke omstandigheden, onderworpen is aan het beginsel van het laatste middel en dat van de beste belangen van het kind. Ten aanzien van de detentieomstandigheden kunnen enige verbeteringen worden genoteerd, maar die zijn minimaal en vaak voor afwijking vatbaar. Hetzelfde kan van de procedurele waarborgen worden gezegd. Derhalve: Fase II bevat enkele belangrijke verbeteringen maar die verzekeren niet dat de rechten van het kind op vrijheid ten volle worden nageleefd.

Conclusie

Hoofdstuk 8 begint met enkele algemene beschouwingen over de betekenis van de rechten van het kind die voor deze studie zijn geselecteerd, en gaat dan over tot de centrale onderzoeksvraag: leeft het GEAS de rechten van het kind na? Het eenvoudige antwoord op deze vraag is 'nee'. Sommige rechten van het kind worden in het GEAS weerspiegeld, andere niet, en de wel weerspiegelde rechten krijgen niet noodzakelijkerwijs het beschermingsniveau dat overeenkomt met de standaard van het internationale recht ten aanzien van de rechten van het kind. Anders gezegd, de EU wetgever heeft een selectie gemaakt uit de rechten van het kind die relevant zijn in de context van asiel, waarvan sommige zijn geregeld en andere niet, en ten aanzien van de gekozen rechten een selectie gemaakt uit de aspecten van dat recht, waarvan sommige zijn geregeld en andere niet. Maar de vooruitzichten voor verbeterde naleving met de rechten van het kind in Fase II zijn goed. Duidelijke voortgang is geboekt ten aanzien van de bepalingen van de herzieningen die direct of indirect invloed hebben op alle in de beschouwing betrokken rechten van het kind. Doch er is verschil tussen de beoordeling van verbeterde naleving - een relatieve kwestie - en die van volledige naleving - een absolute kwestie. In weerwil van alle veranderingen in de voorstellen van Fase II, waarvan sommige tamelijk ver strekkend zijn, is er geen enkel recht van het kind dat ten volle en accuraat tot zijn recht komt in ieder instrument waar het aan de orde is. Nu de centrale vraag van deze dissertatie is beantwoord, sluit Hoofdstuk 8 af met het maken van enkele gevolgtrekkingen uit de bevindingen van de studie ten aanzien van mogelijke factoren die in de weg staan aan een volledige naleving van de rechten van het kind. Drie potentiële oorzaken worden ge-

noemd: het feit dat de kinderrechten agenda wordt overschaduwd door de grotere agenda van de migratiebeheersing die het GEAS voortstuwt; het feit dat de EU-wetgever mogelijk niet de kinderrechtelijke capaciteit heeft die nodig is om het kinderrecht perspectief doeltreffend in het GEAS te integreren; en de mogelijkheid, dat het in gebreke blijven van het GEAS om ten volle de rechten van het kind na te leven symptomatisch zou kunnen zijn voor een grotere onopgeloste kwestie, namelijk de precieze relatie tussen Unierecht en fundamentele rechten. Die mogelijke oorzaken zijn thema's voor verder onderzoek.

