



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht**

Reneman, A.M.

### **Citation**

Reneman, A. M. (2011). Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht. *Asiel & Migrantenrecht*, 2011(8), 349-362. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18412>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18412>

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



## *Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden*

Over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht

Kinderrechten lijken in de Europese context bezig te zijn aan een opmars. In de Nederlandse vreemdelingenrechtspraak speelt het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind een zeer beperkte rol. Zowel in het EU-recht als in de jurisprudentie van het EHRM bestaat steeds meer aandacht voor de bijzondere positie van kinderen. De analyse van het EU-recht en het EVRM in dit artikel laat zien dat de Nederlandse rechter niet langer kan volhouden dat het ‘best interests of the child beginsel’ niet rechtstreeks toepasbaar is.

### 1 Inleiding

Kinderen hebben bijzondere bescherming en zorg nodig. Zij hebben daarom naast de mensenrechten die gelden voor volwassenen ook specifieke kinderrechten. Het belangrijkste instrument waarin deze specifieke rechten zijn neergelegd, is het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK). Dit verdrag werd in 1989 werd aangenomen en is voor Nederland in 1995 in werking getreden.<sup>1</sup> Het verdrag bevat burgerlijke, politieke, sociale en economische rechten voor kinderen en verplichtingen voor staten, overheidsinstanties, rechters en particuliere instellingen.<sup>2</sup> Een van de uitgangspunten van het IVRK is dat de belangen van het kind in beslissingen die hen betreffen de eerste overweging dienen te vormen (art. 3 IVRK).<sup>3</sup> In de toelichting bij het wetsvoorstel tot goedkeuring van het IVRK schreef de Nederlandse regering dat het belang van het kind geen absolute voorrang heeft boven andere belangen. Het

is volgens de regering ‘evenwel met de doelstelling van het verdrag in overeenstemming te achten dat, in geval van conflict van belangen, het belang van het kind als regel de doorslag behoort te geven’.<sup>4</sup>

De rechten van het IVRK zijn van toepassing op alle kinderen die zich op het Nederlandse grondgebied bevinden, inclusief kinderen die in Nederland een reguliere vergunning of asielvergunning hebben aangevraagd en/of niet-rechtmatig in Nederland verblijven.<sup>5</sup> Ook voor vreemdelingrechtelijke beslissing geldt op grond van het IVRK dus dat het belang van het kind de eerste overweging moet vormen. Verder is voor kinderen die naar Nederland zijn gemigreerd en zich al dan niet in een vreemdelingrechtelijke procedure bevinden een groot aantal van de in het IVRK opgenomen rechten bijzonder relevant. Neem bijvoorbeeld het verbod van discriminatie (art. 2 lid 2 IVRK), het recht van een kind bij zijn ouders op te groeien en contact met hen te onderhouden (art. 9 IVRK) en het recht te worden gehoord (art. 12 IVRK). Daarnaast bevat het IVRK de verplichting een verzoek om gezinshereniging met welwillendheid, menselijkheid en spoed te behandelen (art. 10 IVRK)

1 IVRK, ve05001584. Tractatenblad jaargang 1995, nr. 92, ve05002020.

2 Art. 3 lid 1 IVRK richt zich bijvoorbeeld tot openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten en wetgevende lichamen. Zie ook M. Kalverboer en H. Winter, Asielgezinnen en kinderrechten, Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk, *Jaarboek Vreemdelingenrecht* 2006, nr. 10 /199.

3 General Comment No 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (art. 4, 42 and 44, para. 6), p. 3-4, ve04000959.

4 TK 1992-1993, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 15.

5 Zie art. 2 lid 1 IVRK. Zie ook General Comment No 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, para 12.

en stelt het grenzen aan de mogelijkheden kinderen te detineren (art. 37 IVRK). Artikel 22 IVRK richt zich specifiek op vluchtelingkinderen.

In het Nederlandse vreemdelingenrecht spelen de kinderrechten die zijn neergelegd in het IVRK slechts een marginale rol. In het vreemdelingenbeleid en in vreemdelingrechtelijke beslissingen wordt nauwelijks (expliciet) aandacht geschonken aan de rechten en belangen van kinderen.<sup>6</sup> Zij worden vooral gezien als 'aanhangel' van hun ouders.<sup>7</sup> De vreemdelingenrechter, met name de Raad van State, hecht weinig waarde aan de kinderrechten neergelegd in het IVRK (zie paragraaf 2.2 hieronder). Reden hiervoor is dat bijvoorbeeld aan artikel 3 IVRK geen rechtstreekse werking wordt toegekend. Mogelijk heeft deze opstelling van de Nederlandse wetgever, IND en rechter te maken met het feit dat het IVRK een weinig effectief toezichtsmechanisme heeft. Het VN Comité inzake de rechten van het kind (Kinderrechtencomité) doet alleen niet-bindende

van staten onder het EVRM. Op basis van EU-regelgeving en de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM wordt betoogd dat vreemdelingrechtelijke beslissingen die (mede) betrekking hebben op kinderen expliciet aandacht dienen te besteden aan de rechten en belangen van die kinderen. De IND dient te motiveren waarom deze rechten en belangen in het individuele geval niet de doorslag hebben gegeven. De Nederlandse rechter moet de wijze waarop de IND de belangen van kinderen heeft afgewogen vervolgens indringend toetsen. Dit artikel geeft geen volledig overzicht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM. Het is ook niet de bedoeling om de exacte verplichtingen vast te stellen die op grond van het EU-recht en het EVRM ten aanzien van kinderen gelden. Dit artikel besteedt allereerst kort aandacht aan de plaats van kinderrechten binnen het Nederlandse vreemdelingenbeleid en de beslissingspraktijk, en de wijze waarop de kinderrechten die het IVRK garandeert worden toegepast door de Nederlandse

## *Het is geen standaard beleid dat aandacht wordt besteed aan de rechten en belangen van die kinderen.*

algemene aanbevelingen in de vorm van *General Comments* en meer specifieke aanbevelingen aan individuele staten naar aanleiding van door hen aan het Comité gestuurde periodieke rapportages. Het verdrag kent geen individueel klachtrecht, zoals dat wel bestaat in het kader van andere VN verdragen, zoals het VN-Vrouwenverdrag, het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en het Antifolterverdrag.

Kinderrechten worden echter niet alleen gegarandeerd door het IVRK, maar ook door het EU-recht en het EVRM. Artikel 24 van het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) is gebaseerd op het IVRK en omvat een aantal van de in het IVRK gegarandeerde kinderrechten. Bovendien maken deze kinderrechten steeds vaker onderdeel uit van secundaire EU-regelgeving. Het IVRK wordt door het Hof van Justitie van de EU (hierna het Hof van Justitie) gezien als een belangrijk middel voor de interpretatie van het EU-recht. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) garandeert de rechten van kinderen door de rechten die in het EVRM zijn neergelegd, zoals het recht op gezinsleven en het recht op vrijheid en veiligheid, in het licht van het IVRK te interpreteren. Deze ontwikkelingen binnen het EU-recht en de jurisprudentie van het EHRM hebben ervoor gezorgd dat de invloed van de kinderrechten in het IVRK is toegenomen en mogelijk zal blijven toenemen.

Het doel van deze bijdrage is om het gebrek aan aandacht voor kinderrechten in de Nederlandse vreemdelingenregelgeving en -beslissingspraktijk en de opstelling ten aanzien van het IVRK van de Raad van State ter discussie te stellen in het licht van het EU-recht en het EVRM. Dit artikel laat zien dat het IVRK inmiddels verweven is in zowel het EU-recht als de verplichtingen

vreemdelingenrechter (2). Daarna wordt ingegaan op de rol die deze kinderrechten spelen binnen het EU-recht (3) en het EVRM (4). In paragraaf 5 worden enkele conclusies getrokken.

## **2. Kinderrechten in het Nederlandse vreemdelingenrecht**

Diverse auteurs hebben de afgelopen jaren gewezen op het gebrek aan beleid over de wijze waarop de belangen van kinderen in vreemdelingrechtelijke beslissingen moeten worden meegewogen, de onduidelijke beslissingspraktijk en de terughoudendheid van de Nederlandse rechter om het IVRK toe te passen.<sup>8</sup> Hieronder wordt, zonder een volledig overzicht te geven, kort aandacht besteed aan deze problematiek.

### **2.1 Vreemdelingenbeleid en beslissingspraktijk**

Het is geen standaard beleid dat in vreemdelingrechtelijke beslissingen waarbij kinderen zijn betrokken aandacht wordt besteed aan de rechten en belangen van die kinderen. In vreemdelingenwetgeving komt 'het belang van het kind' niet aan de orde, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Burgerlijk Wetboek.<sup>9</sup> In de Vreemdelingendecirculaire wordt bovendien weinig aandacht besteed aan de wijze waarop 'het belang van het kind' moet worden meegewogen in een beslissing.<sup>10</sup> Vol-

6 Zie bijvoorbeeld het artikel van M. Graaf, Het belang van de alleenstaande minderjarige vreemdeling: adequate opvang in het land van herkomst, *A&MR* 2011, nr. 2, p. 56-61, ve11000802.

7 Zie bijvoorbeeld de noot van Meuwese bij NAV 2005/240 en W. Lozowski, Tien jaar kinderrechtenverdrag in Nederland. Ook voor niet-Nederlandse kinderen?, *NCJM-bulletin* 2005, nr. 6, p. 765.

8 Zie bijvoorbeeld M. Kalverboer en H. Winter, Kinderen eerst! Over orthopedagogische rapportages bij beslissingen in het vreemdelingenrecht, NAV 2009, nr. 1, p. 4-20, M. van Emmerik, Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse Rechtspraak, *NCJM-bulletin* 2005, nr. 6, p. 709-714 en G.J. Pulles, Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-Kinderrechtenverdrag, *NJB* 2011, nr. 4, p. 231-234 en de verder in deze paragraaf vermelde literatuur.

9 Zie M. Kalverboer en H. Winter, Asielgezinnen en kinderrechten, Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk, *Jaarboek Vreemdelingenrecht* 2006, nr. 10/199 en G. Cardol, Het belang van het kind in het vreemdelingenrecht, *Migrantenrecht* 2005, nr. 2, p. 55, ve05000724.

10 Het Kinderrechtencomité constateerde in 2009 in zijn Concluding Observations t.a.v. Nederland dat het 'best interests principle is not always codified in legislation affecting children or formalized in proceedings of the administrative arm of Government'. Committee on the Rights of the Child, Concluding observations: Netherlands, 27 maart 2009, CRC/C/NLD/CO/3, p. 5. Zie ook het Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG inzake het Rechten op Gezinshereniging, 8 oktober 2008, COM(2008) 610 definitief, p.

gens de Nederlandse overheid is de bescherming van minderjarige kinderen verweven in het vreemdelingenbeleid.<sup>11</sup> De Minister voor Immigratie en Asiel is bijvoorbeeld van mening dat in het beleid rond grensdetentie waarin een maximumduur voor de detentie van gezinnen met minderjarige kinderen is opgenomen, voldoende rekening is gehouden met de belangen van kinderen.<sup>12</sup>

In 2003 besteedde de ACVZ in haar advies 'Kinderen en de asielpraktijk' aandacht aan de wijze waarop in asielbeslissingen aandacht moet worden besteed aan kinderrechten. De ACVZ stelde dat 'de motivering van een beslissing omtrent een asielverzoek van een minderjarige moet weerspiegelen dat onderzocht en vastgesteld is wat het belang van het daarbij betrokken kind is en hoe dat gewogen is. Hiertoe dient bij elke beschikking met betrekking tot een minderjarige een 'best

## 2.2 Bescherming van het IVRK in de Nederlandse vreemdelingenrechtspraak

Volgens de vaste jurisprudentie van de Raad van State bevat de kernbepaling artikel 3 lid 1 IVRK gelet op haar formulering 'geen norm die vatbaar is voor rechtstreekse toepassing door de rechter, aangezien zij niet voldoende concreet is voor zodanige toepassing en derhalve nadere uitwerking behoeft in nationale wet- en regelgeving'.<sup>17</sup> In sommige uitspraken is de Raad van State minder stellig en wordt in het midden gelaten of artikel 3 lid 1 IVRK rechtstreeks toepasbaar is.<sup>18</sup> Artikel 3 IVRK heeft volgens de Raad van State geen verdere strekking dan dat bij vreemdelingrechtelijke procedures rekening moet worden gehouden met belangen van daarbij betrokken kinderen. De Raad van State toetst alleen of de situatie van de in een procedure betrokken kinderen uitdrukkelijk bij de beoordeling

## *De Raad van State toetst niet of de belangen van kinderen op de juiste wijze zijn gewogen.*

interests' omschrijving te worden opgenomen'.<sup>13</sup> In reactie op het ACVZ-advies schreef de toenmalige Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie dat zij deze aanbeveling overnam en in beschikkingen een op het individu toegesneden motivering zou opnemen waaruit blijkt hoe de belangen van de betrokken kinderen zijn afgewogen.<sup>14</sup>

Kalverboer en Winter concludeerden echter in 2009 dat niet beleidsmatig naar de situatie van de kinderen van een hoofdaanvrager wordt gekeken. Zij leidden dit af uit een analyse van een aantal dossiers in zowel asiel- en reguliere procedures waarin orthopedagogische rapportages<sup>15</sup> waren ingediend. Volgens Kalverboer en Winter lijkt het af te hangen van de individuele IND-ambtenaar die de zaak beoordeelt of de informatie over kinderen en over hun perspectief en kinderrechtsituatie wel of niet wordt meegewogen. Zij vermoedden dat, gezien de uitkomst van de procedures waarin orthopedagogische rapportages waren ingebracht, deze rapportages wel relevant worden geacht. Dit bleek echter niet uit de concrete beschikkingen.<sup>16</sup>

zijn betrokken, maar niet of de belangen van deze kinderen op de juiste wijze zijn gewogen. De Raad van State is namelijk van oordeel dat artikel 3 IVRK geen norm bevat wat betreft het gewicht dat in een concreet geval aan het belang van een kind moet worden toegekend.<sup>19</sup> 'De Afdeling verstaat de woorden "de eerste overweging"' in artikel 3, eerste lid, van het IVRK, mede in aanmerking genomen de bewoordingen in de Engelse versie – "a primary consideration" – zo dat het belang van het kind een eerste overweging is, maar ruimte geeft voor het zwaarder laten wegen van andere belangen'.<sup>20</sup>

Verscheidende auteurs zijn van mening dat artikel 3 lid 1 IVRK wel een norm bevat die rechtstreeks zou moeten worden toegepast. Van Emmerik schreef bijvoorbeeld dat kan worden toegepast dat artikel 3 IVRK een dwingend afwegingskader biedt dat door de rechter in het concrete voorliggende geval kan worden toegepast. Dit kader houdt in dat de belangen van kinderen extra gewicht in de schaal leggen, hetgeen niet betekent dat deze altijd voor andere belangen moeten gaan. Bij het laten prevaleren van andere belangen, legt artikel 3 IVRK een extra zware motiveringsplicht op de overheid.<sup>21</sup>

De Raad van State heeft verder geoordeeld dat de artikelen 2 (het discriminatieverbod)<sup>22</sup> en 22 (rechten van vluchtelingkin-

12, ve08001724, waar de Commissie constateerde dat de verplichting van art. 5 lid 5 van de richtlijn om bij de behandeling van een verzoek om terdege rekening te worden gehouden met de belangen van minderjarige kinderen in Nederland niet uitdrukkelijk in de wetgeving is opgenomen.

11 Zie bijvoorbeeld EK 2008-2009, aanhangsel van de handelingen, nr. 2, antwoord bij vraag nr. 9.

12 AbRvS 12 juli 2011, nr. 201104214/1/V3, JV 2011/375, ve11001678. Het gaat om paragraaf A6/2.7 Vc 2000, ve11001800.

13 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, Kinderen en de asielpraktijk, de positie van het kind voor, tijdens, en na de asielprocedure - tegen de achtergrond van het internationaal recht, 2003, p. 18, te vinden op [www.acvz.com](http://www.acvz.com). TK 2003-2004, 19637, nr. 824.

14 Deze orthopedagogische rapportages belichten de ontwikkeling van het kind, diens perspectief bij voortgezet verblijf in het gastland Nederland en bij terugkeer naar het land van herkomst. M. Kalverboer en H. Winter, Kinderen eerst! Over orthopedagogische rapportages bij beslissingen in het vreemdelingenrecht, NAV 2009, nr. 1, p. 13.

16 M. Kalverboer en H. Winter, Kinderen eerst! Over orthopedagogische rapportages bij beslissingen in het vreemdelingenrecht, NAV 2009, nr. 1, p. 4-20. Zie ook C. van Os en M. Goeman, Foute kinderen bestaan niet. De eigen rechtspositie van kinderen met een 1F-ouder, NAV 2008, nr. 6, p. 443-448. Ook zij concluderen dat de belangen van het kind nog te weinig transparant wordt meegewogen in de belangenafweging bij vreemdelingrechtelijke beslissingen.

17 AbRvS 15 februari 2007, nr. 200604499/1, JV 2007/144 m.nt. Cardol, ve07000325. Zie voor een overzicht van de bepalingen van het IVRK die volgens de wetgever rechtstreeks toepasbaar zijn: TK 1992-1993, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 8-9.

18 Zie bijvoorbeeld AbRvS 22 februari 2011, nr. 201007802/1/V1, ve11000473, LJN BP5932.

19 Zie bijvoorbeeld AbRvS 22 februari 2011, nr. 201007802/1/V1, ve11000473, LJN BP5932, AbRvS 9 februari 2009, nr. 200806121/1, r.o. 2.6.1, JV 2009/151, ve09000253.

20 AbRvS 15 februari 2007, nr. 200604499/1, r.o. 2.4.1, JV 2007/144, m.nt. Cardol, ve07000325, LJN AZ9524.

21 M. van Emmerik, Toepassing van het kinderrechtenverdrag in de Nederlandse Rechtspraak, NJCM-bulletin 2005, nr. 6, p. 715. Zie ook de noot van Boeles bij JV 2004/449, ve04001652 en G. Cardol, Het belang van het kind in het vreemdelingenrecht, *Migrantenrecht* 2005, nr. 2, p. 52-55, ve05000724.

22 In AbRvS 12 april 2007, nr. 200606485/1, JV 2007/241, ve07000728 oordeelde de Raad van State dat art. 2 lid 2 IVRK er niet aan in de weg staat dat, waar het de opvang van kinderen betreft, op zakelijke en redelijke gronden onderscheid wordt gemaakt tussen kinderen van ouders die op grond van de Rva 2005 recht op opvang hebben en kinderen van ouders aan wie dit recht niet toekomt.

deren) van het IVRK geen rechtstreekse werking hebben.<sup>23</sup> Dat geldt ook voor artikel 23 (rechten van gehandicapte kinderen),<sup>24</sup> artikel 24 (het recht op gezondheid en gezondheidszorg)<sup>25</sup> en artikel 27 (het recht op een toereikende levensstandaard) IVRK.<sup>26</sup> Uit artikel 27 IVRK vloeit volgens de Raad van State geen rechtstreekse verplichting voort van het COA om de primaire verantwoordelijkheid van ouders om voor hun kind te zorgen over te nemen. Evenmin kunnen minderjarigen, van wie de ouders van verstrekkingen zijn uitgesloten, hieraan een rechtstreekse aanspraak op zodanige verstrekkingen ontleenen.<sup>27</sup> Tenslotte heeft de Raad van State geconcludeerd dat artikel 37 IVRK, waarin normen zijn opgenomen over detentie van kinderen, niet rechtstreeks toepasbaar is. Spijkerboer en Meuwese vonden deze beslissing terecht 'onbegrijpelijk' c.q. zeer 'opmerkelijk', mede omdat artikel 37 grotendeels overeenkomt met andere verdragsbepalingen (bijvoorbeeld artikelen 3 en 5 EVRM) die wel rechtstreekse werking hebben.<sup>28</sup> De Raad van State heeft aan artikel 37 aanhef en onder c IVRK, dat bepaalt dat minderjarigen gescheiden van volwassenen dienen te worden gedetineerd, wel indirecte rechtstreekse werking toegekend. De Raad van State oordeelde dat artikel 2, eerste lid

De Raad van State legt de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de rechten van kinderen in sommige gevallen vooral neer bij de ouders en bekijkt zaken vaak niet vanuit het perspectief van de kinderen. De kinderen kunnen op die manier het slachtoffer worden van de keuzes of het gedrag van hun ouders. In een detentiezaak overwoog de Raad van State bijvoorbeeld dat de betrokken vreemdelingen er zelf voor hadden gekozen om hun zeer jonge kinderen tijdens de bewaring in het Uitzetcentrum Zestienhoven bij zich te houden, hoewel elders opvang voor de kinderen mogelijk was. De rechtbank had volgens de Raad van State in zijn oordeel over de aan de ouders opgelegde maatregel de belangen van de kinderen voldoende betrokken en daaraan voldoende betekenis gehecht.<sup>29</sup> Een ander zeer recent voorbeeld is een uitspraak over de afwijzing van een reguliere vergunning aan een Angolese minderjarige om te verblijven bij zijn Nederlandse pleegouders. Volgens de Raad van State mocht de minister in zijn belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM de beslissingen van de pleegouders van de vreemdeling laten meewegen. Zij hadden na de definitieve afwijzing van de asielaanvraag en de aanvraag voor een vergunning als alleenstaande minderjarige vreemdeling

## *Aan artikel 12 IVRK (het recht te worden gehoord) heeft de Raad van State wel rechtstreekse werking toegekend.*

en artikel 9 van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, gelezen in het licht van artikel 37, aanhef en onder c, van het IVRK in beginsel eisen dat een zeventienjarige vreemdeling, aan wie de maatregel van bewaring wordt opgelegd, in een jeugdinrichting wordt geplaatst.<sup>29</sup>

Aan artikel 12 IVRK (het recht te worden gehoord) heeft de Raad van State wel rechtstreekse werking toegekend. Uit het eerste en tweede lid van artikel 12 van het IVRK vloeit volgens de Raad van State voort dat een kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht heeft omtrent de redenen voor zijn asielaanvraag te worden gehoord, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.<sup>30</sup> Artikel 12 IVRK verplicht de Staat ertoe aan minderjarigen inzake het horen gelijke waarborgen te bieden als aan meerderjarigen in soortgelijke procedures.<sup>31</sup>

meer dan tweeënhalf jaar gewacht met het aanvragen van een 8 EVRM vergunning en in die periode geen voorbereidingen getroffen voor de terugkeer van de vreemdeling.<sup>33</sup>

### *Toepassing van kinderrechten door andere Nederlandse rechters*

De wijze waarop het IVRK door Nederlandse rechters wordt toegepast is verre van consistent.<sup>34</sup> Door sommige rechters wordt toepassing gegeven aan bepalingen uit het IVRK die volgens de Raad van State geen rechtstreekse werking hebben. Sommige rechters zijn, soms via de band van artikel 24 Handvest, wel bereid om de wijze waarop de belangen van kinderen in een besluit zijn meegewogen te beoordelen. Ik noem hier enkele voorbeelden uit de vreemdelingenrechtspraak.<sup>35</sup>

De Centrale Raad van Beroep heeft het IVRK, waaronder artikelen 2, 3 en 27 toegepast en in verschillende zaken aangenomen dat niet-Nederlandse kinderen op grond van het IVRK recht hebben op bepaalde zorg en bijstand.<sup>36</sup> In een uitspraak

23 AbRvS 13 september 2005, nr. 200507132/1, JV 2005/409 m.nt. Spijkerboer, ve05001591, NAV 2005/240 m.nt. Meuwese.

24 AbRvS 12 april 2007, nr. 200606485/1, JV 2007/241, ve07000728.

25 AbRvS 12 april 2007, nr. 200606485/1, JV 2007/241, ve07000728.

26 AbRvS 15 februari 2007, nr. 200604499/1, JV 2007/144 m.nt. Cardol, ve07000325, LJN AZ9524 en AbRvS 1 maart 2005, nr. 200408015/1, JV 2005/176, m.nt. Fleuren.

27 AbRvS 1 maart 2005, nr. 200408015/1, JV 2005/176, m.nt. Fleuren, ve05000486.

28 AbRvS 13 september 2005, nr. 200507132/1, JV 2005/409 m.nt. Spijkerboer, ve05001591, NAV 2005/240 m.nt. Meuwese. Zie ook TK 1992-1993, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 9.

29 AbRvS 24 februari 2003, nr. 200300583/1, AB 2003, 327 m.nt. Sewandono, JV 2003/161, ve03000526, NAV 2003/128. Zie ook AbRvS 5 maart 2004, nr. 200307893/1, JV 2004/179, ve04000673, AbRvS 5 maart 2004, nr. 200308602/1, JV 2004/180, ve04000674 en AbRvS 15 april 2004, nr. 200401353/1, JV 2004/289, ve04001022.

30 AbRvS 21 januari 2004, JV 2004/99, m.nt. Spijkerboer, ve04000440.

31 AbRvS 29 september 2005, nr. 200503285/1, JV 2005/437, JV 2005/437. Volgens de Raad van State is een bestuursorgaan niet verplicht een minderjarige in bezwaar te horen, waar een volwassene in dezelfde situatie niet zou

zijn gehoord.

32 AbRvS 13 september 2005, nr. 200507132/1, JV 2005/409 m.nt. Spijkerboer, ve05001591, NAV 2005/240 m.nt. Meuwese.

33 AbRvS 16 juni 2011, nr. 201010430/1/V1, JV 2011/338, ve11001536.

34 G.J. Pulles, Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-Kinderrechtenverdrag, *NJB* 2011, nr. 4, p. 231-234.

35 Sommige auteurs hebben erop gewezen dat Nederlandse rechters die werkzaam zijn op het gebied van het familie- en jeugdrecht het belang van het kind zeer serieus nemen. Zie M. van Emmerik, Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse Rechtspraak, *NJCM-bulletin* 2005, nr. 6, p. 709-714, M. Kalverboer en H. Winter, Asielgezinnen en kinderrechten, Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk, *Jaarboek Vreemdelingenrecht* 2006, nr. 10 /199 en C. van Os en M. Goeman, Foute kinderen bestaan niet, De eigen rechtspositie van kinderen met een 1F-ouder, NAV 2008, nr. 6, p. 445, in het bijzonder voetnoot 14.

36 Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 20 oktober 2010, AWBZ 09/365, AWBZ 09/3626, LJN BO3581, JV 2011/90, m.nt. Minderhoud, ve10002116, Centrale Raad van Beroep 24 januari 2006, 05/3621 WWB, 05/3622 WWB, JV 2006/116, m.nt. Minderhoud, ve06000125. In Centrale Raad van Beroep 2

van 15 juli 2011 oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat in het geval van bepaalde vreemdelingen, die op grond van artikel 6 lid 2 van de Algemene Kinderbijslagwet (AKW) geen recht hebben op kinderbijslag, de gerechtvaardigdheid van de koppelingwetgeving niet opgaat. Het gaat om ouders die met hun kinderen al langere tijd in Nederland verblijven, waarvan in ieder geval een zekere tijd rechtmatig in de zin van artikel 8, onder f, g of h Vw 2000 en inmiddels een zodanige band met Nederland hebben opgebouwd dat zij geacht kunnen worden ingezetenen van Nederland te zijn. Volgens de Centrale Raad heeft de Nederlandse staat ten opzichte van de kinderen van deze personen welbewust een zekere, uit het IVRK voortvloeiende zorgplicht op zich genomen. De Centrale Raad stelt niet uit het oog te verliezen dat op de ouders primair een eigen verantwoordelijkheid rust voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen, maar acht van belang dat de kinderbijslag is bedoeld ter ondersteuning in de kosten van het levensonderhoud van de hun ten laste komende kinderen. 'In dat verband dient ook een bijzonder gewicht te worden gehecht aan het eigen belang dat het kind bij deze uitkering heeft, indachtig dat bij de AKW de verbetering van de positie van het kind wordt nagestreefd.'<sup>37</sup> De Centrale Raad besteedt hier dus nadrukkelijk aandacht aan de eigen belangen van het kind, los van de belangen van de ouders.

Ook de vreemdelingenkamers van de rechtbanken zijn meer

rechtbank Den Bosch dat in het kader van een aanvraag voor een vergunning voor medische behandeling van een minderjarige op grond van artikel 3 in samenhang gelezen met artikel 23 IVRK (rechten van gehandicapte kinderen) geen mvv-vereiste had mogen worden tegengeworpen. Het ging om een kind dat leed aan lichte zwakzinnigheid en gedragsstoornissen die mogelijk passen bij een forse ontwikkelingsstoornis. Het kind kreeg in Nederland uitgebreide steun op diverse fronten en het ging naar een speciale basisschool en gespecialiseerde naschoolse opvang. Het kind zou nooit zelfstandig kunnen wonen en werken. Bij terugkeer naar Eritrea zou de moeder van het kind mogelijk dienstplicht moeten vervullen en dus niet voor het kind kunnen zorgen. In Eritrea waren volgens het Bureau Medische Advisering onvoldoende therapiemogelijkheden aanwezig.<sup>40</sup>

In een aantal recente zaken hebben de rechtbanken uit artikel 24 van het Handvest de verplichting afgeleid om de belangen van het kind expliciet af te wegen. Rechtbank Zwolle leidde in een Dublinzaak uit artikel 24 van het Handvest af dat de belangen van het kind specifiek dienen te worden getoetst. De rechtbank laat zich niet uit over de vraag hoe die belangen moeten worden getoetst.<sup>41</sup> De rechtbank Den Haag overwoog in een zaak waarin een minderjarig kind met zijn moeder naar Polen en zijn vader naar Duitsland zou worden overgedragen dat hij het niet uitgesloten acht 'dat de in artikel 24 van het Handvest

## *In diverse zaken heeft het Hof van Justitie op grond van het EU-recht zelfstandige rechten toegekend aan minderjarigen.*

dan de Raad van State geneigd om toepassing te geven aan kinderrechten. Soms passen zij het IVRK, waaronder artikel 3 IVRK, toe.<sup>38</sup> De rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld oordeelde in een uitspraak van 15 december 2010 dat de afwijzing van een vergunning onder de beperking "conform beschikking staatssecretaris" onvoldoende was gemotiveerd. Het ging om een Turks gezin met drie kinderen die allemaal in Nederland geboren zijn (in 1995, 1997 en 2002). De rechtbank overwoog dat uit het besluit in primo noch uit het besluit op bezwaar bleek dat het feit dat de kinderen in Nederland zijn geboren en getogen en in Nederland op school zitten, was meegewogen in de beslissing. 'De constatering van verweerder dat de kinderen kunnen terugkeren naar Turkije doet onvoldoende recht aan het feit dat de eigen belangen van de kinderen op grond van artikel 3 van het IVRK dienen te worden afgewogen. Door zich enkel op het standpunt te stellen dat bij de vaststelling van het beleid de belangen van de kinderen reeds zijn meegewogen, heeft verweerder onvoldoende gemotiveerd hoe de persoonlijke feiten en omstandigheden van de kinderen in dit concrete geval zijn meegewogen. Daarbij is onduidelijk op welk beleid verweerder doelt.'<sup>39</sup> In een uitspraak uit 2009 oordeelde de

bedoelde belangen van het kind onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als bijzondere individuele omstandigheden die aanleiding kunnen zijn voor Nederland om de behandeling van de asielverzoeken aan zich te trekken.' In de voorliggende zaak was geen sprake van dergelijke bijzondere omstandigheden.<sup>42</sup> Volgens de rechtbank strekt artikel 24 van het Handvest niet zover dat daaruit volgt dat een kind te allen tijde bij beide ouders moet kunnen verblijven. Ten aanzien van eisers beroep op artikel 3 IVRK, overwoog de rechtbank dat - voor zover dit artikel al rechtstreekse werking heeft - het niet verder strekt dan artikel 24 van het Handvest. De rechtbank

voorzitter van de Raad van State heeft een voorlopige voorziening getroffen, zodat de Minister geen gevolg hoeft te geven aan de uitspraak van de rechtbank. Voorzitter AbRvS 25 januari 2011, nr. 201100449/2/V1, ve11001022. Zie ook Rb Amsterdam 14 juli 2010, AWB 09/32511, 09/8320 en 09/8322, r.o. 8. Deze uitspraak is door de Raad van State vernietigd in AbRvS 22 februari 2011, nr. 201007802/1/V1, , ve11000473, LJN BP5932.

40 Rb Den Bosch 17 november 2009, AWB 09/20725, JV 2010/49, ve09001722, LJN BK5003. Er is geen hoger beroep tegen deze uitspraak ingesteld.

41 Rb Zwolle 17 december 2010, AWB 09/32665, LJN BO9130, JV 2011/93, ve11000011. Zie ook Rb Den Haag 20 juli 2011, AWB 11/4471 en 11/4473, LJNBR4071. Zie anders Voorzieningenrechter van de Rb Den Bosch 3 februari 2011, AWB 11/1631, 11/1635, 11/1630 en 11/1634 die overwoog: 'Daargelaten de vraag of op artikel 24, tweede lid, van het Handvest in rechte een beroep kan worden gedaan door verzoekers, is de voorzieningenrechter van oordeel dat verweerder van het interstatelijk vertrouwensbeginsel heeft mogen uitgaan. [...] niet valt in te zien hoe een overdracht van verzoekers naar Slovenië in strijd is met de belangen van de minderjarige kinderen.'

42 De Minister mocht meewegen dat het minderjarige kind bij zijn moeder blijft en dat de gezinsband niet al in het land van herkomst bestond. Verder werd meegewogen dat de scheiding van het gezin door toepassing van de Dublinverordening niet blijvend hoefde te zijn.

november 2010, 09/2200 WWB, 09/2203 WWB, 09/6680 WWB en 09/6681 WWB, LJN BO3025, para 6.5.3. overwoog de Centrale Raad echter dat art. 3, 18 en 27 IVRK geen rechtstreekse werking hebben.

37 Centrale Raad van Beroep, 15 juli 2011, JV 2011/393, m.nt. Minderhoud, ve11001830.

38 Zie ook M. van Emmerik, Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse Rechtspraak, *NJCM-bulletin* 2005, nr. 6, p. 700-716.

39 Rb Amsterdam 15 december 2010, AWB 09/28612 en 09/28616, r.o. 9, LJN BQ1750, ve11001022. Tegen deze uitspraak is hoger beroep in gesteld. De

gaf er dus de voorkeur aan artikel 24 Handvest toe te passen in plaats van het IVRK.<sup>43</sup>

De rechtbank Utrecht tenslotte oordeelde in een uitspraak van 26 april 2011 dat in een besluit tot afwijzing van een verblijfsvergunning voor verblijf bij kind onvoldoende was gemotiveerd waarom aan het belang van de Nederlandse Staat groter gewicht toekwam dan aan het belang van de vreemdeling om zijn gezinsleven uit te oefenen. Volgens de rechtbank dient op grond van artikel 8 EVRM en artikel 24 van het Handvest aan de belangen van de kinderen een zwaar gewicht toegekend te worden. Uit het besluit bleek niet dat dit was gebeurd.<sup>44</sup>

### 3. Kinderrechten als EU-grondrechten

Verschillende auteurs hebben al gesignaleerd dat de kinderrechten gegarandeerd in het IVRK binnen het EU-recht in het algemeen en het EU-migratierecht in het bijzonder een belangrijke rol hebben ingenomen.<sup>45</sup> Diverse ontwikkelingen hebben daaraan bijgedragen. In de eerste plaats bepaalt artikel 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie dat de Unie de rechten van het kind bevordert. Daarnaast zijn kinderrechten opgenomen in artikel 24 van het Handvest, dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bindend is geworden. In de tweede plaats verwijzen onder meer de EU-asielrichtlijnen, de Gezinsherenigingsrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn naar kinderrechten. Een belangrijk gevolg van deze ontwikkelingen is dat het Hof van Justitie bevoegd is om bindende uitspraken te doen over de betekenis van kinderrechten voor zover een zaak binnen de reikwijdte van het EU-recht valt. Het Hof van Justitie heeft bovendien het IVRK erkend als een inspiratiebron voor algemene beginselen van EU-recht<sup>46</sup> en heeft zoals uit de hieronder besproken jurisprudentie laat zien, kinderrechten hoog in het vaandel staan.

Overigens draagt niet alleen het Hof van Justitie bij aan de bescherming van kinderrechten. De Europese Commissie heeft de bescherming van kinderrechten tot een van haar hoofdprioriteiten gemaakt. Zij heeft voorgesteld een EU-strategie te ontwikkelen om de rechten van het kind in het interne en externe beleid van de EU te bevorderen en te waarborgen en om de inspanningen van de lidstaten op dit gebied te bevorderen. Een van de specifieke doelstellingen van deze strategie is de rechten van het kind als uitgangspunt te nemen bij het uitwerken van wetgevende en niet-wetgevende maatregelen die gevolgen kunnen hebben voor kinderen.<sup>47</sup> De rechten van het kind maken inmiddels deel uit van de vaste 'grondrechtentoets' waaraan de Commissie ontwerp EU-wetgeving onderwerpt. De Commissie heeft richtsnoeren opgesteld waarmee haar diensten het effect van een initiatief op de rechten van het kind kunnen beoordelen en de optie kunnen selecteren die het meest reke-

ning houdt met het belang van het kind.<sup>48</sup> In de EU agenda voor de rechten van het kind van februari 2011 stelde de Commissie een aantal concrete maatregelen voor om de beleidsdoelstellingen genoemd in de EU-strategie te verwezenlijken. In deze agenda worden ook de voorstellen tot wijziging van het EU-asielrecht genoemd. De Commissie meldt onder meer dat deze voorstellen de detentie van kinderen verbieden, tenzij dat in hun belang is en alle mogelijke alternatieven werden onderzocht. Zij bevatten bovendien een verbod om niet-begeleide minderjarige asielzoekende kinderen op te sluiten. Ook wordt gewerkt aan de uitwisseling van 'best practices' en de verbetering van de opleiding van voogden, openbare instanties en andere actoren die in nauw contact staan met niet-begeleide minderjarigen.<sup>49</sup>

Deze paragraaf besteedt allereerst aandacht aan artikel 24 van het EU Handvest. Daarna wordt ingegaan de wijze waarop kinderrechten worden gewaarborgd in EU-migratieregelgeving en de wijze waarop het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie invulling geeft aan de rechten van kinderen.

#### 3.1 Artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de EU

Het Handvest heeft tot doel om de bescherming van grondrechten in de EU te versterken door deze rechten beter zichtbaar te maken.<sup>50</sup> De bepalingen van het Handvest zijn in de eerste plaats gericht tot de instellingen, organen en instanties van de EU. Daarnaast binden zij de lidstaten voor zover 'zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen'.<sup>51</sup> Het is aannemelijk dat het Handvest dezelfde reikwijdte heeft als algemene beginselen van EU-recht en daarmee van toepassing is wanneer het optreden van een lidstaat binnen de reikwijdte van het EU-recht valt.<sup>52</sup>

Artikel 24 van het Handvest richt zich, zoals hierboven al is opgemerkt, speciaal op de rechten van kinderen. Volgens dit artikel hebben kinderen recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Kinderen mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening wordt in aangelegenheden die hen betreffen passend belang gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid. Bovendien vereist deze bepaling dat bij alle handelingen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen. Tenslotte heeft ieder kind er recht op regelmatig persoonlijke betrekkingen en

43 Rb Den Haag 20 juli 2011, AWB 11/4471 en 11/4473, ve11001809, LJN BR4071.

44 Rb Utrecht 26 april 2011, AWB 10/38692 en 10/38693, r.o. 2.9, ve11001066, LJN BQ2526.

45 Zie de noot van Boeles bij HvJ EG Zaak C-540/03, *Parlement t. de Raad*, Jur. 2006, p. I-5769, JV 2006/313, onder punt 7 en C, ve06000854. van Os en M. Goeman, Foute kinderen bestaan niet, De eigen rechtspositie van kinderen met een 1F-ouder, NAV 2008, nr. 6, p. 444.

46 Zie bijvoorbeeld HvJ EG Zaak C-540/03, *Parlement t. de Raad*, Jur. 2006, p. I-5769, para 57, ve06000854.

47 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een EU-Strategie voor de rechten van het kind, 4 juli 2006, COM(2006) 367 def.

48 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een EU agenda voor de rechten van het kind, COM (2011) 60 definitief, p. 5.

49 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een EU agenda voor de rechten van het kind, COM (2011) 60 definitief.

50 Zie over de wijze waarop het Handvest wordt toegepast in de rechtspraak van het EU Hof en de Nederlandse rechter A. Pahladsing en H.J.Th.M. van Roosmalen, Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend rechtspraak in kaart, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2011, nr. 2, p. 54-61 en A.M. Reneman, Het Handvest van de Grondrechten van de EU: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht, A&MR 2010, nr. 5&6, p. 233-244, ve10000968.

51 Art. 51 lid 1 Handvest.

52 Zie bijvoorbeeld K. Lenaerts en J.A. Gutiérrez-Fons, The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law, *Common Market Law Review* 2010, p. 1659-1660 en de conclusie van Advocaat-Generaal Trstenjak van 22 september 2011 bij HvJ EU Zaak C-411/10, N. S. t. *Secretary of State for the Home Department*, para 74-83.

rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.

De tekst van artikel 24 is gebaseerd op de artikelen 3, 9 (3), 12 en 13 IVRK.<sup>53</sup> Op grond van artikel 53 van het Handvest mag artikel 24 van het Handvest niet zo worden uitgelegd dat het een beperking vormt van of afbreuk doet aan de rechten die in het IVRK (of andere verdragen) zijn gewaarborgd. Het Hof van Justitie heeft in diverse uitspraken naar artikel 24 van het Handvest verwezen. Deze uitspraken komen hieronder aan de orde.

### 3.2 Verwijzingen naar de rechten van het kind in EU migratieregelgeving

Alle consideransen van de EU-migratierichtlijnen stellen dat de richtlijn de grondrechten eerbiedigt en de beginselen in acht neemt die met name zijn neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Bovendien verwijzen veel van deze richtlijnen naar de kinderrechten die in het IVRK zijn opgenomen. Het IVRK wordt echter in geen van de maatregelen expliciet genoemd.

Sommige richtlijnen bevatten op artikel 3 IVRK en/of artikel 24 lid 2 van het Handvest gebaseerde bepalingen waarin de lidstaten worden verplicht zich bij de uitvoering van (een bepaalde bepaling van) de richtlijn in eerste instantie of primair te laten leiden door het belang van het kind<sup>54</sup> dit belang voorop te stellen<sup>55</sup>, als hoofdoverweging aan te merken<sup>56</sup> of er (terdege) rekening mee te houden<sup>57</sup>. Hieruit blijkt dat de lidstaten in de beslissingen die op deze richtlijnen gebaseerd zijn kenbaar dienen te maken op welke wijze zij de belangen van de in de beslissing betrokken minderjarigen hebben afgewogen.

De concrete betekenis van 'het belang van het kind' wordt in de richtlijnen niet gedefinieerd. Tot op zekere hoogte kan dit echter worden afgeleid uit de rechten die in het IVRK zijn opgenomen<sup>58</sup> en uit de relevante bepalingen uit EU-migratieregelgeving. Een voorbeeld van een relevante bepaling van EU-migratierecht is artikel 18 lid 2 van de Opvangrichtlijn<sup>59</sup> dat de lidstaten verplicht om ervoor te zorgen dat minderjarige asielzoekers die het slachtoffer zijn geweest van bepaalde vormen van geweld toegang hebben tot de rehabilitatiediensten, dat passende geestelijke gezondheidszorg wordt ontwikkeld en waar nodig gekwalificeerde begeleiding wordt verstrekt. Deze bepaling is direct gebaseerd op artikel 39 IVRK.<sup>60</sup> Artikel 17 van

de Terugkeerlijn<sup>61</sup> dat gaat over de detentie van niet rechtmatig verblijvende minderjarigen of gezinnen is gebaseerd op artikel 37 IVRK. Artikel 17 bepaalt dat deze minderjarigen en gezinnen slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring worden gesteld. Bovendien moeten de detentieomstandigheden aan kinderen worden aangepast. Verder bevatten de EU-migratierichtlijnen bepalingen die niet direct gebaseerd zijn op het IVRK, maar die de rechten van minderen wel beogen te beschermen. Een voorbeeld is artikel 10 van de Richtlijn slachtoffers Mensenhandel<sup>62</sup>, dat vereist dat lidstaten erop toezien dat de procedure is afgestemd op de leeftijd en de volwassenheid van het betrokken kind. De lidstaten kunnen in het bijzonder in het belang van het kind de tijd verlengen die het kind wordt gegund om te beslissen of het met de bevoegde autoriteiten wil samenwerken om daders van strafbare feiten op te sporen en te vervolgen. Een ander voorbeeld is artikel 17 van de Procedurerichtlijn<sup>63</sup> dat de lidstaten ertoe verplicht ervoor te zorgen dat een niet-begeleide minderjarige bij de behandeling van het asielverzoek wordt vertegenwoordigd en/of bijgestaan door een vertegenwoordiger. Deze vertegenwoordiger dient onder andere in de gelegenheid te worden gesteld de niet-begeleide minderjarige te informeren over het persoonlijke onderhoud en bij dit onderhoud aanwezig te zijn. Bepalingen van richtlijnen die de rechten van kinderen beogen te beschermen, zoals die hierboven zijn genoemd, moeten worden aangemerkt als een uitwerking van het EU-rechtelijke 'best interests of the child' beginsel. Men kan daarom betogen dat de verplichtingen die volgen uit deze bepalingen moeten worden ingelezen in het beginsel neergelegd in artikel 24 van het Handvest dat bij alle handelingen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen. Een dergelijke benadering is niet volstrekt nieuw. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft al erkend dat EU-regelgeving als een bron van inspiratie kan gelden voor de interpretatie van EU-grondrechten. In een aantal beroepen tegen de oplegging van EU-sancties aan organisaties die verdacht werden van betrokkenheid bij terroristische activiteiten, interpreteerde het Gerecht het recht op een gemotiveerde beslissing en het recht op een effectief rechtsmiddel. Aan de orde was de beperking van deze rechten vanwege het gebruik van geheime informatie. Het Gerecht vond bij de interpretatie van de genoemde rechten inspiratie in Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden.<sup>64</sup> Deze richtlijn voorziet in de mogelijkheid om de vrijheid van verkeer en verblijf van een burger van de Unie of een familielid te beperken op

herstel en deze herintegratie vinden plaats in een omgeving die bevorderlijk is voor de gezondheid, het zelfrespect en de waardigheid van het kind.

53 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (2007/C 303/02), OJ 14 December 2007, C 303/25.

54 Art. 18 Opvangrichtlijn 2003/9/EG, ve03000782, art. 17 lid 6 Procedurerichtlijn 2005/85/EG, ve06001289.

55 Art. 17 lid 5 Terugkeerlijn 2008/115/EG, ve09000077.

56 Overweging 12 van de Considerans en art. 20 lid 5 van de Kwalificatierichtlijn 2004/83/EG, ve04001791.

57 Art. 5 lid 5 Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86/EG, ve03001574, Art. 5 sub a Terugkeerlijn 2008/115/EG en art. 10 Richtlijn slachtoffers mensenhandel 2004/81/EG. Deze formulering (rekening houden met) is zwakker geformuleerd dan de formulering van art. 24 lid 2 Handvest dat eist dat de belangen van het kind in een beslissing de eerste overweging vormen. Aangenomen mag worden dat het Hof van Justitie deze bepalingen conform art. 24 lid 2 Handvest zal uitleggen.

58 Zie ook C. van Os en M. Goeman, Foute kinderen bestaan niet, De eigen rechtspositie van kinderen met een 1F-ouder, NAV 2008, nr. 6, p. 445.

59 Richtlijn 2003/9/EG tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten, Pb EU 2003, L 31/18., ve03000782

60 Dit artikel eist dat staten alle passende maatregelen nemen ter bevordering van het lichamelijk en geestelijk herstel en de herintegratie in de maatschappij van een kind dat het slachtoffer is van: welke vorm ook van verwaarlozing, exploitatie of misbruik; foltering of welke andere vorm ook van wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing; of gewapende conflicten. Dit

61 Richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, Pb EU 2008, L 348/98, ve09000077.

62 Richtlijn 2004/81/EG betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie, Pb EU 2004, L 261/19, ve06000426.

63 Richtlijn 2005/85/EG betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, Pb EU 2005, L 326/13, ve06001289.

64 Zie GEA Zaken T-228/02, *Organization des Modhahedines du peuple d'Iran Jur.* 2006, p. II-4665, para 149, ve09000200 en Zaak T-47/03, Sison, Jur. 2007, p. II-2047, para 204, ve07001666.

grond van de openbare orde of de openbare veiligheid. Als een besluit tot een dergelijke beperking wordt genomen, vereist de richtlijn dat de redenen die ten grondslag liggen aan dit besluit, de betrokkene nauwkeurig en volledig ter kennis worden gebracht, tenzij redenen van staatsveiligheid zich daartegen verzetten. Bovendien dient de betrokkene toegang te hebben tot een rechterlijke instantie en dient de rechterlijke toetsing zowel de wettigheid van het besluit als de feiten die aan dit besluit ten grondslag liggen te omvatten.<sup>65</sup>

Mocht het Hof van Justitie erkennen dat EU-regelgeving inhoud geeft aan het 'best interests of the child' beginsel van artikel 24 Handvest, dan zou dat helpen de betekenis van dit artikel concreter te maken. Ik geef hier twee vrij willekeurige voorbeelden van de wijze waarop artikel 24 door EU-regelgeving zou kunnen worden ingevuld.

Artikel 10 van Richtlijn 2004/81/EG vereist dat procedures rond verblijfsvergunningen voor slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel, waarin kinderen zijn betrokken, zijn afgestemd op de leeftijd en de volwassenheid van deze kinderen. Op basis van deze bepaling kan betoogd worden dat artikel 24 van het Handvest een algemene verplichting omvat om

of met de verplichtingen die volgen uit het EVRM. Deze regel vult artikel 24 Handvest niet in, maar is daarmee in strijd.<sup>66</sup>

### 3.3 De rechten van het kind in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat dat Hof kinderrechten, waaronder die gegarandeerd door het IVRK, buitengewoon serieus neemt. Voordat het Verdrag van Lisabon op 1 december 2009 in werking trad, had het Hof van Justitie al erkend dat het IVRK als inspiratiebron dient voor algemene beginselen van gemeenschapsrecht.<sup>67</sup> Het Hof van Justitie heeft naar verschillende artikelen van het IVRK verwezen, ook naar artikelen die niet expliciet als basis hebben gediend voor artikel 24 van het Handvest. Voorbeelden zijn artikel 10 dat gaat over gezinshereniging<sup>68</sup> en artikel 17 dat het recht op toegang tot de media waarborgt<sup>69</sup>. Het ligt daarom in de lijn der verwachting dat het Hof van Justitie alle rechten van het IVRK zal gebruiken om het beginsel neergelegd in artikel 24 lid 2 van het Handvest, dat bij alle handelingen betreffende kinderen 'het belang van het kind' de eerste overweging vormt, in te vullen.

Dat het Hof van Justitie belangrijk gewicht toekent aan het be-

## *In diverse zaken heeft het Hof van Justitie op grond van het EU-recht zelfstandige rechten toegekend aan minderjarigen.*

procedures op de leeftijd en de volwassenheid van minderjarigen af te stemmen. Deze verplichting zou dan ook gelden voor bijvoorbeeld asielprocedures of terugkeerprocedures waarin (niet-begeleide) minderjarigen betrokken zijn.

Op gelijke wijze zouden de waarborgen neergelegd in artikel 17 van de Terugkeerrichtlijn die van toepassing zijn op de detentie van niet rechtmatig verblijvende minderjarige vreemdelingen, invulling kunnen geven aan artikel 6 (het recht op vrijheid en veiligheid) in combinatie met artikel 24 van het Handvest. Het uitgangspunt dat (niet-begeleide) minderjarigen en gezinnen met kinderen slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring gesteld worden, is dan ook van toepassing op minderjarige asielzoekers die op basis van artikel 18 van de Procedurerichtlijn in vreemdelingendetentie zitten en op wie de detentiebepalingen van de Opvangrichtlijn van toepassing zijn. Hetzelfde geldt voor de bijzondere regels van artikel 17 Terugkeerrichtlijn met betrekking tot de detentieomstandigheden voor minderjarigen. Het zou immers niet gerechtvaardigd zijn om aan rechtmatig verblijvende asielzoekende minderjarigen minder rechten toe te kennen dan aan minderjarigen die niet-rechtmatig op het grondgebied verblijven en in bewaring zijn gesteld met het oog op hun uitzetting.

Bepalingen van secundair EU-recht kunnen de waarborgen neergelegd in artikel 24 van het EU Handvest (een bepaling van primair EU-recht) overigens niet beperken. Neem bijvoorbeeld een regel van secundair EU-recht die in strijd is met het IVRK

lang van het kind blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het van oordeel is dat de bescherming van kinderen in beginsel een legitiem belang is dat een beperking van een fundamentele vrijheid, zoals het vrij verkeer van goederen, kan rechtvaardigen.

<sup>70</sup> Voorwaarde is wel dat de maatregel geschikt is om het beoogde doel te bereiken en proportioneel is. In *Dynamic Medien* accepteerde het Hof van Justitie onder een aantal voorwaarden dat Duitsland de verkoop per postorder van DVD's en video's verbiedt, wanneer deze niet onderworpen zijn aan de Duitse leeftijdskeuring (maar wel aan de leeftijdskeuring in een ander land). De bescherming van minderjarigen rechtvaardigde in dit geval de beperking van het vrij verkeer van goederen.<sup>71</sup>

In recente zaken oordeelt het Hof van Justitie over de betekenis van kinderrechten in het kader van artikel 24 van het Handvest. Veel van deze zaken gingen over internationale kinderontvoering. Het Hof van Justitie heeft overwogen dat bepalingen van EU-regelgeving niet zodanig mogen worden geïnterpreteerd dat de rechten van het kind, neergelegd in dit artikel, worden geschonden.<sup>72</sup> Soms past het Hof van Justitie

65 Art. 30 en 31 van de richtlijn, ve04001792.

66 In HvJ EU Zaak C-403/09 PPU, *Deticek*, Jur. 2009 p. I-12193, para 55, ve10000012 overwoog het Hof van Justitie dat bepalingen van EU-regelgeving niet zodanig mogen worden geïnterpreteerd dat de rechten van het kind, neergelegd in dit artikel worden geschonden. Art. 24 Handvest mag op grond van art. 53 Handvest niet zo worden uitgelegd dat het een beperking vormt van of afbreuk doet aan de rechten gegarandeerd door het IVRK of het EVRM.

67 Zie bijvoorbeeld HvJ EG Zaak C-540/03, *Parlement t. de Raad*, Jur. 2006, p. I-5769 [2006], para 57, JV 2006/313 m.nt Boeles, ve06000854.

68 HvJ EG Zaak C-540/03, *Parlement t. de Raad*, Jur. 2006, p. I-5769, para 57, JV 2006/313 m.nt Boeles, ve06000854.

69 HvJ EG Zaak C-244/06, *Dynamic Medien*, Jur. 2008 p. I-505, para 40.

70 HvJ EG Zaak C-244/06, *Dynamic Medien*, Jur. 2008 p. I-505, para 42.

71 HvJ EG Zaak C-244/06, *Dynamic Medien*, Jur. 2008 p. I-505, para 52.

72 HvJ EU Zaak C-403/09 PPU, *Deticek*, Jur. 2009 p. I-12193, para 55,

artikel 24 toe in samenhang met een ander recht uit het Handvest, zoals artikel 7 dat het recht op gezinsleven waarborgt. Het Hof van Justitie overwoog bijvoorbeeld in *J. McB* dat:

‘artikel 7 van het handvest [...] moet worden gelezen in samenhang met de verplichting van artikel 24, lid 2, van het Handvest om rekening te houden met de belangen van het kind, en met inachtneming van het in artikel 24, lid 3, neergelegde grondrecht van een kind om regelmatig persoonlijke betrekkingen met zijn beide ouders te onderhouden.’<sup>73</sup>

In de uitspraak *Parlement tegen de Raad* (het Handvest was toen nog niet bindend) had de verwijzing naar artikel 24 van het Handvest nog weinig toegevoegde waarde. Dit artikel werd alleen aangehaald om het bestaan van een algemeen beginsel van EU-recht te bevestigen. Het Hof van Justitie kende meer gewicht toe aan de bestaande rechtspraak over deze algemene beginselen en aan de jurisprudentie van het EHRM.<sup>74</sup> In een aantal recentere zaken waarin het Hof van Justitie gevraagd werd om een interpretatie van Verordening 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, hechtte het Hof van Justitie echter wel belang aan het Handvest.<sup>75</sup> In *Deticek* vond het Hof van Justitie in artikel 24 van het Handvest steun voor zijn interpretatie van deze verordening.<sup>76</sup> Het Hof van Justitie overwoog in die uitspraak dat uit artikel 24 lid 3 van het Handvest volgt dat:

‘een maatregel die eraan in de weg staat dat een kind regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders onderhoudt, slechts [kan] worden gerechtvaardigd door een ander belang van het kind dat zo sterk is dat het de overhand heeft op het belang dat aan voormeld grondrecht ten grondslag ligt.’<sup>77</sup>

In *J. McB* toetste het Hof van Justitie of een letterlijke interpretatie van een bepaling van de genoemde verordening in overeenstemming is met artikel 24 van het Handvest. Het Hof van Justitie oordeelde in die uitspraak dat artikel 24 van het Handvest zich er niet tegen verzet dat het gezagsrecht over een minderjarige in beginsel uitsluitend aan de moeder wordt toegekend en dat de vader van een buitenhuwelijks kind alleen krachtens een rechterlijke beslissing over een gezagsrecht beschikt. Het Hof van Justitie achtte van belang dat een dergelijk vereiste de bevoegde nationale rechterlijke instantie in staat stelt om een beslissing te nemen over het gezag over het kind, en over de omgangsrechten met betrekking tot dit kind, terwijl zij alle relevante gegevens in aanmerking neemt. Daarbij gaat het met name om de omstandigheden rond de geboorte van het kind,

de aard van de relatie met zijn ouders, die tussen elke ouder en het kind, en de bekwaamheid van de ouder om het gezag op zich te nemen. Volgens het Hof van Justitie dient het feit dat deze gegevens in aanmerking worden genomen naar zijn aard de bescherming van de belangen van het kind, overeenkomstig artikel 24, lid 2, van het Handvest.

Ten slotte ging het Hof van Justitie in *Aguirre Zarraga* uitgebreid in op de betekenis van het (op artikel 12 IVRK gebaseerde) vereiste van artikel 24 lid 1 van het Handvest dat aan de mening van kinderen in aangelegenheden die hen betreffen passend belang wordt gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid. Het Hof van Justitie overwoog dat de rechter in een procedure waarin deze het gezagsrecht over een kind vaststelt, moet beoordelen of het nuttig is om het kind te horen. Wanneer een gehoor niet raadzaam is of schadelijk is voor de psychische gezondheid van het kind, dient van een gehoor te worden afgezien. Het Hof van Justitie stelde dat aan beslissingen over het gezagsrecht van de ouders spanningen zijn verbonden waaronder het kind kan leiden. ‘Ook al heeft het kind een recht om te worden gehoord, kan dit dus niet een absolute verplichting uitmaken, maar moet het in het licht van de noden in verband met het belang van het kind overeenkomstig artikel 24, lid 2, van het Handvest van de grondrechten concreet worden beoordeeld.’<sup>78</sup>

In diverse zaken over vrij verkeer van personen en EU burgerschap heeft het Hof van Justitie de (verblijfs)rechten van kinderen centraal gesteld zonder dat overigens werd verwezen naar het IVRK of artikel 24 Handvest.<sup>79</sup> In *Baumbast*<sup>80</sup>, *Ibrahim*<sup>81</sup>, *Teixeira*<sup>82</sup>, *Chen*<sup>83</sup>, en *Ruiz Zambrano*<sup>84</sup> werden op grond van het EU-recht zelfstandige rechten toegekend aan minderjarigen. In *Baumbast*, *Ibrahim* en *Teixeira* ging het om het recht van kinderen om in de gastlidstaat te verblijven om onderwijs te volgen en af te maken. Het verblijfsrecht van de ouders die deze kinderen verzorgden, werd vervolgens van dit recht afgeleid.<sup>85</sup> In *Chen* oordeelde het Hof van Justitie dat een baby met de Ierse nationaliteit recht op verblijf in het Verenigd Koninkrijk had, mits zij (via het inkomen van ouders) voldoende middelen en een ziektekostenverzekering tot haar beschikking had. De Chinese moeder die haar verzorgde diende te worden toegestaan om in het Verenigd Koninkrijk te verblijven, om zo het nuttig

<sup>78</sup> HvJ EU Zaak C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, 22 december 2010, para 60-67.

<sup>79</sup> De conclusie van A.G. Sharpston bij HvJ EU Zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 8 maart 2011, ve10001729, gaat wel in op de betekenis van het Handvest.

<sup>80</sup> HvJ EG Zaak C-413/99, *Baumbast*, Jur. 2002, p. I-7091, JV 2002/466, m.nt. Groenendijk, ve03000284. Zie r.o. 73, waarin het Hof overweegt dat het door art. 12 van EEG Verordening nr. 1612/68 aan kinderen van migrerende werknemers toegekende recht om in zo gunstig mogelijke omstandigheden hun opleiding in het gastland voort te zetten, noodzakelijkerwijs impliceert dat die kinderen het recht hebben om te worden begeleid door de persoon die daadwerkelijk voor hun verzorging instaat, en dientengevolge dat deze persoon de mogelijkheid heeft om gedurende de studie van die kinderen bij hen in die lidstaat te wonen.

<sup>81</sup> HvJ EU Zaak C-310/08, *Ibrahim*, Jur 2010, p. I-1065, JV 2010/148, m.nt. Oosterom-Staples, ve10000298.

<sup>82</sup> HvJ EU Zaak C-480/08, *Teixeira*, Jur. 2010, p. I-1107, JV 2010/149, m.nt. Oosterom-Staples, ve10000300.

<sup>83</sup> HvJ EG Zaak C-200/02, *Chen*, Jur. 2004, p. I-9925, JV 2004/446, m.nt. Boeles, ve04001745.

<sup>84</sup> HvJ EU Zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 8 maart 2011, JV 2011/146, m.nt. Boeles, ve11000568.

<sup>85</sup> Zie meer uitgebreid S. van Walsum, Jurisprudentie over migratierecht en gezinsleven. Deel 1: de Europese Richtlijnen, *A&MR* 2010, nr. 9, p. 466-467, ve10002106. Zie ook de noot van Boeles bij JV 2004/449, ve04001652.

ve10000012, HvJ EU Zaak C-400/10 PPU, *J. McB*, 5 oktober 2010, para 60.

<sup>73</sup> HvJ EU Zaak C-400/10 PPU, *J. McB*, 5 oktober 2010, para 60.

<sup>74</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG Zaak C-540/03, *Parlement t. Raad* [2006], Jur. 2006, p. I-5769, para 38, JV 2006/313 nt Boeles, ve06000854. Zie ook M.K. Bulterman, Gezinsherenigingsrichtlijn houdt stand voor Hof van Justitie Hof bindt gezinnen en de lidstaten, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2006, nr. 10, p. 208.

<sup>75</sup> Verordening 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, Pb EU 2003, L 338, ve01000029.

<sup>76</sup> HvJ EU Zaak C-403/09 PPU, *Deticek*, Jur 2009 p. I-12193, para 53-60, ve10000012.

<sup>77</sup> HvJ EU Zaak C-403/09 PPU, *Deticek*, Jur 2009 p. I-12193, para 60, ve10000012.

effect van het verblijfsrecht van haar baby te waarborgen. In *Ruiz Zambrano* oordeelde het Hof van Justitie dat jonge kinderen die burger zijn van de Unie niet gedwongen mogen worden om het gebied van de Unie te verlaten, met als gevolg dat zij geen effectief gebruik kunnen maken van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten ('the substance of the rights conferred on them by virtue of their status as citizens of the Union'). Daaruit leidde het Hof van Justitie af dat de ouders (niet-EU burgers) die voor dergelijke kinderen zorgen het recht moet worden toegekend te verblijven en te werken in de lidstaat waar zijn jonge kinderen verblijven en waarvan zij de nationaliteit hebben. Het Hof van Justitie gaat ervan uit dat bij een weigering van deze rechten de kinderen genoodzaakt zijn het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouders te volgen.

Zowel in *Chen* als in *Ruiz Zambrano* weigerde het Hof van Justitie het gedrag van de ouders afbreuk te laten doen aan de rechten

niet-bindende zienswijzen.<sup>89</sup> Dit geldt in het bijzonder als deze zienswijzen controversieel zijn in de EU lidstaten. In *Grant* weigerde het Hof van Justitie de interpretatie van de term 'discriminatie op grond van geslacht' van het VN Mensenrechtencomité te volgen. Volgens het Mensenrechtencomité omvatte discriminatie op grond van geslacht als bedoeld in artikel 2 lid 1 en 26 IVBPR ook discriminatie op grond van seksuele voorkeur.<sup>90</sup> Het Hof van Justitie overwoog onder meer dat het Mensenrechtencomité 'geen rechterlijke instantie is' en dat zijn 'vaststellingen geen bindende juridische waarde hebben'. Verder achtte het Hof van Justitie van belang dat de zienswijze van het Mensenrechtencomité 'niet de uitlegging leek weer te geven die toen in het algemeen werd gegeven aan het begrip discriminatie op grond van geslacht, neergelegd in diverse internationale instrumenten betreffende de bescherming van de grondrechten'. Het Hof van Justitie verwees naar de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dat van oordeel was

## *Zowel in Chen als in Ruiz Zambrano weigerde het Hof van Justitie het gedrag van de ouders afbreuk te laten doen aan de rechten van hun kinderen.*

van hun kinderen. In *Chen* had de moeder willens en wetens het Britse toelatingsbeleid omzeild door in Ierland te bevallen. In *Ruiz Zambrano* hadden de in België geboren kinderen van Colombiaanse ouders de Belgische nationaliteit verkregen, omdat hun ouders niets hadden ondernomen om hen de Colombiaanse nationaliteit te laten verkrijgen. Davies schrijft dat het Hof van Justitie een enorme belangstelling toont voor de rechten van kinderen, vooral EU-kinderen, en het belang van het kind in het algemeen beschermt tegen de nationale autoriteiten. Hij acht het daarom onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie zou toestaan dat een lidstaat een Europees kind van zijn ouders zou laten scheiden door ze uit de EU te zetten.<sup>86</sup>

### 3.4 De zienswijze van het VN Kinderrechtencomité en het EU-recht

De Europese Commissie stelt in haar EU agenda voor de rechten van het kind, dat zij de werkzaamheden van het VN-Comité inzake de rechten van het kind en zijn interpretatie van de bepalingen van het IVRK aandachtig volgt. De Commissie houdt bij de totstandkoming van EU-regelgeving kennelijk rekening met de mening van het Kinderrechtencomité.<sup>87</sup>

Het Hof van Justitie heeft bij zijn interpretatie van kinderrechten nog geen gebruik gemaakt van de General Comments of andere documenten van het Kinderrechtencomité.<sup>88</sup> Het Hof van Justitie lijkt terughoudend te zijn om zich bij de interpretatie van EU grondrechten te laten inspireren door dergelijke

dat nationale bepalingen die, met het oog op de bescherming van het gezin, gehuwden en als man en vrouw samenlevende personen van verschillend geslacht gunstiger behandelen dan personen van hetzelfde geslacht die een duurzame relatie hebben, niet in strijd waren met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM. Het Hof van Justitie concludeerde dat het gemeenschapsrecht op dat moment niet toepasselijk was op discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

Het feit dat het Mensenrechtencomité in zijn interpretatie van het discriminatieverbod alleen stond, lijkt in *Grant* voor het Hof van Justitie de belangrijkste reden te zijn om die interpretatie niet te volgen. Uit deze uitspraak kan daarom niet worden afgeleid dat het Hof van Justitie de General Comments of aanbevelingen van het Kinderrechtencomité in de toekomst niet in ogenschouw zal nemen. Van belang in dit verband is dat het EHRM de zienswijzen van het Kinderrechtencomité wel betreft in zijn interpretatie van het EVRM. In de volgende paragraaf komt de relevante jurisprudentie van het EHRM aan de orde.

## 4. Kinderrechten in de rechtspraak van het EHRM

Het EHRM gebruikt het IVRK als interpretatiemiddel voor de rechten die in het EVRM zijn neergelegd.<sup>91</sup> Dit past bij het

86 G. Davies, *Ruiz Zambrano* en de non-EU ouders van (bijna) Nederlandse kinderen, *A&MR* 2011, nr. 7, p. 283, ve11002388.

87 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een EU agenda voor de rechten van het kind, COM (2011) 60 definitief, p. 5.

88 Voor het vreemdelingenrecht zijn bijvoorbeeld relevant: General Comment No 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin en General Comment No 12 (2009) on children's right to be heard.

89 Advocaten-Generaal verwijzen in hun conclusies wel regelmatig naar niet-bindende documenten. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A.G. Mengozzi in C-57/09 en C-101/09 B en D [2010], para 43, ve10000780, waar hij schrijft dat hij de aanwijzingen die uit verschillende UNHCR stukken voortvloeien in zijn beschouwing tracht te betrekken.

90 HvJ EG Zaak C-249/96, *Grant*, Jur. 1998, p. I-621, para 44-47.

91 Het EHRM hecht daarbij waarde aan de zienswijze van het VN Kinderrechtencomité. Zie EHRM 23 juni 2008, *Maslov t. Oostenrijk*, nr. 1638/03, para 37 en 38, JV 2008/267 m.nt. Boeles, ve08001098, EHRM 12 Oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, nr. 13178/03, JV 2007/29 m.nt. Battjes, ve06001361 en de concurring opinion van rechter Jebens bij EHRM 28 juni 2011, *Nunez t. Noorwegen*, nr. 55597/09, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum, , ve11001542. Het EHRM heeft ook naar art. 24

standpunt van het EHRM dat het EVRM overeenkomstig algemene beginselen van internationaal recht dient te worden uitgelegd. Het EHRM houdt rekening met “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” en in het bijzonder met die regels die gaan over de internationale bescherming van mensenrechten.<sup>92</sup> Verschillende zaken waarin het EHRM naar het IVRK verwees, betroffen de detentie of uitzetting van minderjarige vreemdelingen. Een aantal van deze uitspraken wordt in deze paragraaf besproken. In de jurisprudentie van het EHRM lijken kinderrechten een steeds belangrijker rol in te nemen. In een aantal recente zaken 8 EVRM beantwoordt het EHRM de vraag of het EVRM is geschonden vanuit het perspectief van het kind en niet meer alleen of vooral vanuit het perspectief van de ouders.<sup>93</sup> EHRM-rechter Jebens schreef in zijn concurring opinion bij *Nunez* dat de bescherming van kinderen in uitzettingszaken ‘has become clearer in recent years, and may even have increased, as a result of the Court’s reliance on other international legal instruments, in particular the UN Convention on the Rights of the Child, notably its Article 3’. Hij merkt op dat door deze benadering van het EHRM de *margin of appreciation* van de staten in uitzettingszaken waarin kinderen zijn betrokken wordt beperkt.<sup>94</sup>

#### *Het ‘best interests of the child’ concept volgens het EHRM*

In *Neulinger en Shuruk* ging het EHRM in op de betekenis en toepassing van het concept ‘the best interests of the child’ in het internationale recht.<sup>95</sup> Het EHRM overwoog: ‘there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount’.<sup>96</sup> In *Neulinger and Shuruk*, een kinderontvoeringszaak waarin werd geklaagd over een schending van artikel 8 EVRM, oordeelde het EHRM dat de belangen van het kind vanuit een persoonlijk ontwikkelingsperspectief afhankelijk zijn van een variëteit van individuele omstandigheden. In het bijzonder van belang zijn leeftijd en mate van volwassenheid van het kind, de aanwezigheid of afwezigheid van zijn ouders en zijn omgeving en ervaringen.<sup>97</sup> Daarbij dient de mening van het betrokken kind mee te worden genomen. Het EHRM overwoog in *Plaza*, een zaak die ging over het omgangsrecht van een gescheiden vader met zijn dochter, dat ‘as children mature and become, with the passage of time, able to formulate their own opinion on their contact with the parents,

the courts should give due weight also to their views and feelings as well as to their right to respect for their private life.’<sup>98</sup> Volgens het EHRM dienen de belangen van het kind in iedere individuele zaak in eerste instantie door de nationale autoriteiten te worden beoordeeld.<sup>99</sup> Deze autoriteiten hebben immers het voordeel van direct contact met de betrokken personen. Zij hebben bij deze beoordeling een zekere *margin of appreciation*, maar hun beslissing kan door het EHRM worden getoetst. Het EHRM overweegt:

To that end the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin.<sup>100</sup>

#### *Het belang van het kind in artikel 8 EVRM*

Het EHRM maakte in zijn uitspraak *Üner* uit 2006 voor het eerst duidelijk dat een van de criteria in de beoordeling van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van een uitzettingsmaatregel in het kader van artikel 8 EVRM is: ‘the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled’.<sup>101</sup> Het EHRM baseert dit criterium in deze uitspraak niet expliciet op artikel 3 IVRK. In *Nunez* maakt het EHRM onder verwijzing naar *Neulinger and Shuruk* wel duidelijk dat artikel 3 IVRK het ‘best interests’ beginsel van Artikel 8 EVRM inspireert.<sup>102</sup> Van Walsum schrijft in haar noot bij deze uitspraak dat artikel 3 IVRK in 8 EVRM zaken vereist dat de belangen van het kind worden onderzocht en in het concrete geval worden afgewogen tegen de belangen van de staat.

Het EHRM heeft doorslaggevende betekenis gegeven aan de rechten van het kind in zaken waarin een minderjarige die langdurig in een staat heeft verbleven wordt uitgezet om redenen van openbare orde. In *Maslov* oordeelde het EHRM dat de uitzetting door Oostenrijk naar Bulgarije van een minderjarige die een groot aantal misdrijven had gepleegd in strijd was met artikel 8 EVRM. De jongen had vanaf zijn zesde jaar in Oostenrijk gewoond. Het EHRM stelde dat, in het geval van een uitzettingsmaatregel tegen een minderjarige die een strafbaar feit heeft begaan, de verplichting om rekening te houden met de belangen van het kind een verplichting inhoudt om zijn of haar reïntegratie te bevorderen. Het EHRM verwees hier naar artikel 40 lid 1 IVRK dat de reïntegratie van kinderen die een strafbaar feit hebben begaan beoogt. Dit reïntegratiedoel wordt volgens het EHRM niet bereikt door de gezinsbanden

EU Handvest en secundaire EU-regelgeving verwezen in zaken waar kinder-rechten aan de orde waren. Zie EHRM 6 juli 2010, *Neulinger and Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, para 55, ve10001086 en EHRM 23 juni 2008, *Maslov t. Oostenrijk*, nr. 1638/03, para 41 en 82, ve07000609.

92 EHRM 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, para 131, ve10001086.

93 Overigens gebruiken ook andere toezichthoudende organen het IVRK als interpretatiemiddel. Een voorbeeld is het Europees Comité voor Sociale Rechten. Zie bijvoorbeeld Europees Comité voor Sociale Rechten 20 oktober 2009, *Defence for Children International (DCI) t. Nederland*, nr. 47/2008, para 28-29, JV 2010/150 nt Minderhoud en Larsson, ve10000325.

94 Concurring opinion van rechter Jebens bij EHRM 28 juni 2011, *Nunez t. Noorwegen*, nr. 55597/09, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum, ve11001542.

95 EHRM 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, para 49-56, ve10001086.

96 EHRM 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, para 135, ve10001086.

97 Het EHRM verwijst hier naar de UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child.

98 EHRM 25 januari 2011, *Plaza t. Polen*, nr. 18830/07, para 91.

99 Zie ook de noot van Lavrysen bij EHRC 2011/89.

100 EHRM 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, para 138-139, ve10001086. Zie ook EHRM 12 juli 2011, *Šneerson and Campanella t. Italië*, nr. 14737/09, waar het EHRM oordeelde dat de Italiaanse rechter onvoldoende rekening had gehouden met de belangen van het betrokken kind.

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

102 EHRM 28 juni 2011, *Nunez t. Noorwegen*, nr. 55597/09, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum, para 84, ve11001542.

of sociale banden van het kind door uitzetting te verbreken. Uitzetting mag in het geval van een minderjarige overtreder alleen in laatste instantie plaatsvinden.<sup>103</sup> Het EHRM achtte in *Maslov* van belang dat de misdrijven op veertien- en vijftienjarige leeftijd waren gepleegd en (met één uitzondering) niet gewelddadig waren. Er was volgens het EHRM sprake van 'juvenile delinquency'. Ook in *Moustaquim en Jakupovic* oordeelde het EHRM dat artikel 8 EVRM geschonden was mede omdat de misdrijven door de betrokkene waren gepleegd als minderjarige en omdat het ging om niet-gewelddadige misdrijven.<sup>104</sup> Het EHRM benadrukte in *Maslov* dat in zaken waarin sprake is van zeer ernstige misdrijven gepleegd door een minderjarige, uitzetting wel gerechtvaardigd kan zijn onder artikel 8 EVRM.<sup>105</sup> In verschillende uitspraken oordeelde het EHRM dat de staat op grond van artikel 8 EVRM een verplichting had tot toelating van een kind of een ouder en liet het belang van het betrokken kind daarbij zwaar wegen.<sup>106</sup> In deze zaken was er geen sprake van openbare orde aspecten. Aan de keuzes of het gedrag van de ouders (achterlaten van het kind in het land van herkomst, niet-rechtmatig verblijven in de staat, of overtreding van de immigratieregels) werd in deze zaken minder belang gehecht dan aan de belangen van het betrokken kind.<sup>107</sup> Het meest recente en in het oog springende voorbeeld is de zaak *Nunez*. In deze zaak had een Dominicaanse vrouw met gebruikmaking van een vals paspoort en leugens een verblijfsvergunning gekregen in Noorwegen. Zij had tijdens dit verblijf twee kinderen gekregen (in 2002 en 2003) bij een Dominicaanse man die een verblijfsrecht had in Noorwegen. De Noorse autoriteiten ontdekten in 2001 het bedrog van de vrouw, trokken in 2002 de verblijfsvergunning in en besloten haar in 2005 uit te zetten. De vrouw scheidde in 2005 van haar man. In 2007 besloot de Noorse rechter het gezag over de kinderen toe te kennen aan hun vader, omdat het in hun belang was dat zij in Noorwegen zouden blijven. Het EHRM oordeelt dat de uitzetting van de vrouw vanuit haar perspectief geen schending van artikel 8 EVRM oplevert. Vervolgens beoordeelt het EHRM de zaak vanuit het perspectief van de kinderen en concludeert dat in het besluit tot uitzetting van hun moeder hun belangen onvoldoende gewicht hadden gekregen. Het EHRM wijst in dit verband op verschillende omstandigheden, zoals de langdurige en innige band van de kinderen met hun moeder, de verstoring

in de zorgsituatie en de stress die de kinderen al hadden ervaren en het feit dat de autoriteiten lang hadden gewacht met de beslissing tot uitzetting. Een andere uitspraak waarin het EHRM de zaak vanuit het perspectief van de minderjarige bekeek en tot het oordeel kwam dat er een schending was van artikel 8 EVRM is *Osman*. Het ging in deze zaak om de weigering van een verblijfsvergunning aan een (op het moment van de beslissing van de nationale autoriteiten nog) minderjarig Somalisch meisje. Dit meisje was op vijftienjarige leeftijd tegen haar zin door haar vader in Kenia achtergelaten om daar voor haar oma zorgen. Twee jaar later wilde het meisje naar Denemarken terugkeren, maar haar werd een verblijfsvergunning geweigerd. Het meisje had van haar zevende tot haar vijftiende jaar in Denemarken verbleven en haar ouders en broers en zussen woonden daar nog. Het EHRM erkende dat de zorg en de opvoeding van kinderen normaal en noodzakelijkerwijs vereisen dat de ouders bepalen waar het kind moet wonen en ook de vrijheid van het kind kan worden beperkt. 'Nevertheless, in respecting parental rights, the authorities cannot ignore the child's interest including its own right to respect for private and family life.' Volgens het EHRM was onvoldoende rekening gehouden met de belangen van het kind, met name haar recht op privé- en gezinsleven.<sup>108</sup>

In zaken waarin een staat voornemens is een ouder van een of meer minderjarigen uit te zetten omdat deze een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, geeft het EHRM tot nu toe minder gewicht aan de belangen van deze minderjarigen dan aan het belang van de staat bij uitzetting.<sup>109</sup> In *Üner* bijvoorbeeld oordeelde het EHRM dat de uitzetting naar Turkije van *Üner*, vader van twee Nederlandse kinderen, geen schending van artikel 8 EVRM opleverde. Het EHRM gaf doorslaggevende betekenis aan de ernst van de gepleegde misdrijven (onder meer doodslag). Het overwoog bovendien dat *Üner* gescheiden van zijn kinderen leefde en dat zijn kinderen nog jong waren en zich aan een verblijf in Turkije zouden kunnen aanpassen.<sup>110</sup>

#### *Bijzondere zorgplicht voor niet-rechtmatig verblijvende kinderen*

Staten hebben ten opzichte van alleenstaande minderjarigen die niet rechtmatig op hun grondgebied verblijven of daar asiel hebben aangevraagd een bijzondere zorgplicht op grond van artikel 3 EVRM. Volgens het EHRM zijn kinderen vanwege hun jonge leeftijd, hun status als illegale vreemdeling en het feit dat zij niet worden begeleid en gescheiden zijn van hun familie bijzonder kwetsbaar. Deze kwetsbare status dient te prevaleren boven hun status als illegale vreemdeling.<sup>111</sup> Het EHRM heeft niet expliciet vermeld dat deze interpretatie van artikel 3 EVRM is geïnspireerd door het IVRK. Deze jurisprudentie is echter wel volledig in lijn met de verplichtingen die uit het IVRK volgen, het recht op passende bescherming en humani-

103 EHRM 23 juni 2008, *Maslov t. Oostenrijk*, nr. 1638/03, para 83, JV 2008/267, m.nt. Boeles, ve07000609.

104 EHRM 18 februari 1991, nr. 12313/86 *Moustaquim t. België* en EHRM 6 februari 2003, *Jakupovic t. Oostenrijk*, nr. 36757/97, JV 2003/102, ve03000212, EHRC 2003/27, m.nt. Woltjer. Het EHRM verwees in beide zaken overigens niet expliciet naar het IVRK of het 'best interests' beginsel.

105 EHRM 23 juni 2008, *Maslov t. Oostenrijk*, nr. 1638/03, para 85, JV 2008/267, m.nt. Boeles, ve08001098 en EHRM 20 september 2011, *A.A. t. het Verenigd Koninkrijk*, nr. 8000/08, para 60 en 68, ve11002239, waarin de uitzetting van een meerderjarige die op vijftienjarige leeftijd was veroordeeld voor verkrachting in strijd met art. 8 EVRM werd geacht.

106 In *Osman* en *Nunez* liet het EHRM in het midden of het ging om een positieve of negatieve verplichting van de staat. Zie van Walsum in haar noten bij *Osman* (JV 2011/331, ve11001345) en *Nunez* (JV 2011/402, ve11001542).

107 Zie bijvoorbeeld EHRM 1 december 2005, *Tuquabo-Tekle en anderen t. Nederland*, nr. 60665/00, JV 2006/34 m.nt. Van Walsum, ve05001966 en EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland*, nr. 50435/99, JV 2006/90, m.nt. Boeles, ve06000165. Zie ook EHRM 12 oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, nr. 13178/03, para 84-85, JV 2007/29, m.nt. Battjes, ve06001361, waar het Hof overwoog dat het kind, gezien haar jonge leeftijd, niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor de poging van haar oom om de Belgische autoriteiten te misleiden en voor het gedrag van haar moeder en familie.

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

109 Zie ook: S. van Walsum, Jurisprudentie over migratierecht en gezinsleven. Deel II: Artikel 8 EVRM, A&MR 2010, nr. 10, p. 527, ve10002322.

110 EHRM 18 oktober 2006, *Üner t. Nederland*, nr. 46410/99, para 62, 64, JV 2006/417, m.nt. Boeles, ve06001382.

111 EHRM 12 oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, nr. 13178/03, para 55, JV 2007/29, m.nt. Battjes, ve06001361, EHRM 5 april 2011, *Rahimi t. Griekenland*, nr. 8687/08, para 87, EHRC 2011/89, m.nt. Lavrysen.

taire bijstand voor vluchtelingkinderen (art. 22 IVRK) en het recht op een toereikende levensstandaard (art. 27 IVRK).

Een schending van de zorgplicht onder artikel 3 EVRM werd geconstateerd in de zaak van het niet-begeleide vijfjarige Congolese meisje Kaniki Mitunga. Zij werd in haar eentje in vreemdelingendetentie genomen toen haar oom met haar vanuit Congo via België naar haar moeder in Canada wilde reizen. Het kind werd na een detentie van twee maanden alleen naar Congo uitgezet. De maatregelen die door de Belgische overheid waren genomen, zoals het informeren van de moeder over de detentie van haar dochter, het doorgeven van een telefoonnummer waarop het kind kon worden bereikt, de benoeming van een rechtsbijstandverlener voor het kind en het opnemen van contact met de Canadese autoriteiten en de Belgische ambassade in Kinshasa, waren volgens het EHRM verre van vol-

waaronder vier kleine kinderen met hun moeder waren gede- tioneerd een schending van artikel 3 EVRM opleverden. In dit verband verwees het EHRM naar artikel 22 IVRK, dat Staten verplicht om passende maatregelen te nemen om te waarbor- gen dat een kind dat de vluchtelingenstatus wil verkrijgen of als vluchteling wordt beschouwd passende bescherming en hu- manitaire bijstand krijgt bij het genot van de van toepassing zijnde rechten beschreven in het IVRK en in andere interna- tionale mensenrechten of humanitaire verdragen.<sup>117</sup> In *Rahimi* oordeelde het EHRM dat een detentie van twee dagen in zeer slechte omstandigheden in strijd was met artikel 3 EVRM.<sup>118</sup>

## 5. Conclusie

Het doel van deze bijdrage was om de Nederlandse vreemde- lingenregelgeving en -rechtspraak, waarin weinig aandacht is

## *Wanneer kinderen toch in vreemdelingendetentie worden geplaatst, dienen de omstandigheden aan hun situatie te worden aangepast.*

doende om aan de zorgplicht onder artikel 3 EVRM te voldoen. De Belgische autoriteiten hadden bovendien de uitzetting van het meisje onvoldoende voorbereid en met waarborgen om- kleed. Zij hadden bijvoorbeeld niet geregeld dat het meisje bij aankomst in Congo werd opgevangen.<sup>112</sup> Tenslotte hadden de Belgische autoriteiten de hereniging van het meisje met haar moeder moeten bevorderen.<sup>113</sup> In *Rahimi* werd een schending van artikel 3 EVRM aangenomen omdat een vijftienjarige al- leenstaande minderjarige jongen na zijn detentieperiode op het Griekse eiland Lesbos volledig aan zijn lot was overgelaten. Er was bijvoorbeeld geen opvang geregeld.<sup>114</sup>

### *Kinderrechten in uitspraken over vreemdelingendetentie*

Volgens het EHRM mag vreemdelingendetentie in het geval van kinderen alleen als uiterste maatregel worden gebruikt. De autoriteiten dienen zich ervan te vergewissen dat er geen minder verstrekkende maatregel mogelijk is. Het EHRM ba- seert deze verplichting op artikelen 3 en 37 IVRK.<sup>115</sup> In de zaak Kaniki Mitunga oordeelde het EHRM onder artikel 8 EVRM dat de vreemdelingendetentie van het kind in een gesloten centrum voor volwassenen niet noodzakelijk was omdat 'other measures could have been taken that would have been more conducive to the higher interest of the child guaranteed by Article 3 of the Convention on the Rights of the Child.' Door het EHRM werd als alternatief genoemd plaatsing in een ge- specialiseerd centrum of bij gastouders.<sup>116</sup> Wanneer kinderen toch in vreemdelingendetentie worden geplaatst, dienen de omstandigheden aan hun situatie te worden aangepast. In *Muskhadzhiyeva* oordeelde het EHRM dat de omstandigheden

voor de belangen van kinderen ter discussie te stellen in het licht van het EU-recht en het EVRM. Kinderrechten lijken in de Europese context bezig te zijn aan een opmars. Zowel in het EU-recht als in de jurisprudentie van het EHRM bestaat steeds meer aandacht voor de bijzondere positie van kinderen. In Eu- ropa is doorgedrongen dat kinderen zelfstandige rechten heb- ben en niet zomaar het slachtoffer mogen worden van de keu- zes van hun ouders. Via het Handvest, EU-regelgeving en de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn de rechten van het IVRK geïncorporeerd in het EU-recht en afdwingbaar gewor- den in het nationale recht. Ook heeft het IVRK inhoud gegeven aan de in het EVRM neergelegde rechten. Het IVRK maakt on- derdeel uit van het EU-recht en het EVRM heeft daarmee (indi- rect) twee toezichthoudende instanties verkregen: het Hof van Justitie en het EHRM.

Binnen het EU-recht zijn kinderrechten in artikel 24 van het Handvest erkend als grondrechten. Verschillende bepalingen uit het EU-migratierecht die de rechten van kinderen beogen te waarborgen, kunnen worden gezien als uitwerking van deze grondrechten. Deze bepalingen maken daarmee de betekenis van artikel 24 van het Handvest duidelijk. Verschillende richt- lijnen zoals de Gezinsherenigingsrichtlijn, Kwalificatiericht- lijn en Terugkeerlijn, bevatten een op artikelen 3 IVRK en 24 Handvest gebaseerde verplichting om zich bij de uitvoe- ring van de richtlijn primair te laten leiden door het belang van het kind. Hieruit volgt dat lidstaten in de beslissingen die op deze richtlijnen gebaseerd zijn kenbaar moeten maken op welke wijze zij de belangen van de bij de beslissing betrokken minderjarigen hebben afgewogen. Het Hof van Justitie inter- preteert secundaire regelgeving in het licht van artikel 24 Handvest. Het geeft concrete toepassing aan het 'best interests of the child' beginsel en toont hiermee dat dit beginsel door de EU-rechter, waaronder de nationale rechter dient te worden toegepast. In diverse zaken rondom EU-burgerschap, meest re- cent in *Ruiz Zambrano*, heeft het Hof van Justitie laten zien dat

112 EHRM 12 Oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, nr. 13178/03, para 66-71, JV 2007/29, m.nt. Battjes, ve06001361

113 EHRM 12 Oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, nr. 13178/03, para 84-85, JV 2007/29, m.nt. Battjes, ve06001361.

114 EHRM 5 april 2011, *Rahimi t. Griekenland*, nr. 8687/08, para 92, EHRC 2011/89, m.nt. Lavrysen.

115 EHRM 5 april 2011, *Rahimi t. Griekenland*, nr. 8687/08, para 108-109, EHRC 2011/89, m.nt. Lavrysen.

116 EHRM 12 oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, nr. 13178/03, para 83, JV 2007/29, m.nt. Battjes, ve06001361. Zie ook EHRM 5 april 2011, *Rahimi t. Griekenland*, nr. 8687/08, para 108-109, EHRC 2011/89, m.nt. Lavrysen. Het Hof verwijst in r.o. 108 naar de bestaande consensus dat het belang van kinderen in beslissingen een eerste overweging moet zijn.

117 EHRM 19 januari 2010, *Muskhadzhiyeva t. België*, nr. 41442/07, para 62, JV 2010/119, m.nt. Cornelisse, ve10000147.

118 EHRM 5 april 2011, *Rahimi t. Griekenland*, nr. 8687/08, para 86, EHRC 2011/89, m.nt. Lavrysen.

kinderen zelfstandige dragers van EU-rechten zijn. Het nuttig effect van deze EU-rechten dient gewaarborgd te worden. Dit betekent in het geval van kinderen met ouders die geen EU-onderdaan zijn dat in sommige omstandigheden een lidstaat aan die ouders een verblijfsrecht dient toe te kennen. Staten mogen niet kinderen het effectieve genot van de aan hen door het EU-recht toegekende rechten onthouden, op basis het gedrag van de ouders.

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat nationale beslissende instanties en nationale rechters het EVRM, inclusief de voor het vreemdelingenrecht zo belangrijke artikelen 3, 5 en 8, in het licht van het IVRK dienen te interpreteren. Het 'best interests of the child' beginsel vereist een beoordeling van de individuele omstandigheden van het betrokken kind.<sup>119</sup> In beslissingen om een ouder of een kind uit te zetten of niet toe te laten, moet in het kader van artikel 8 EVRM het belang van het kind expliciet zijn meegewogen. De margin of appreciation van staten bij dergelijke beslissingen wordt beperkt door het

In de Nederlandse vreemdelingenrechtspraak speelt het IVRK een zeer beperkte rol. Dit komt voornamelijk doordat de Raad van State van oordeel is dat een groot deel van de in het IVRK neergelegde rechten, waaronder het 'best interests of the child beginsel', rechtstreekse werking ontbeert. Uit de analyse van het EU-recht en het EVRM in dit artikel blijkt echter dat het standpunt dat het 'best interests of the child beginsel' niet rechtstreeks toepasbaar is door de rechter niet langer houdbaar is. Het EU-recht en het EVRM verplichten de Nederlandse rechter de wijze waarop in vreemdelingrechtelijke beslissingen met de belangen van het kind rekening is gehouden indringend te toetsen. Ook andere kinderrechten van het IVRK, waaraan de Raad van State geen rechtstreekse werking heeft toegekend, zoals artikel 22 en 37 IVRK, maken nu onderdeel uit van het EU-recht en het EVRM. Via de band van het EU-recht en het EVRM dient de rechter toepassing te geven aan deze rechten. Zo nodig en indien mogelijk dienen de rechtbanken en de Raad van State een rechtsgrond die betrekking heeft

## *Het EU-recht en het EVRM verplichten de Nederlandse rechter de wijze waarop met de belangen van het kind rekening is gehouden indringend te toetsen.*

zware gewicht dat het EHRM in uitzettingszaken aan de belangen van kinderen toekent. Het EHRM toont in de uitspraken in Nunez en Osman dat 8 EVRM-zaken niet alleen vanuit het perspectief van de ouder, maar ook vanuit het perspectief van het kind moeten worden benaderd. Bovendien laat het EHRM de belangen van het kind vaak zwaarder wegen dan het laakbare gedrag van hun ouders. Dit is alleen anders als de ouders en (mogelijk ook het kind) een ernstig misdrijf hebben gepleegd. Het EHRM is verder van oordeel dat artikel 3 EVRM een bijzondere zorgplicht omvat voor alleenstaande, niet rechtmatig verblijvende of asielzoekende kinderen. De kwetsbare status van het kind dient volgens het EHRM te prevaleren boven hun status als illegale vreemdeling.<sup>120</sup> Tenslotte legt het EHRM in zaken waarin kinderen gedetineerd zijn artikel 5 EVRM uit in het licht van artikelen 3, 22 en 37 IVRK. Het EHRM acht detentie van kinderen alleen acceptabel als uiterste maatregel en in aan kinderen aangepaste omstandigheden.

De Nederlandse wetgever en IND zullen moeten inzien dat het EU-recht en het EVRM voorschrijven dat de individuele belangen en rechten van kinderen grondig worden onderzocht en daadwerkelijk een eerste overweging zijn in vreemdelingrechtelijke beslissingen. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid voor de situatie waarin een kind verkeert lang niet altijd bij de ouders mag worden neergelegd. De staat heeft een eigen zorgplicht ten opzichte van elk kind, ook ten opzichte van kinderen die hier als vreemdeling al dan niet rechtmatig verblijven.

op het IVRK op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aan te vullen. Een beroep op artikel 3 IVRK zou dan bijvoorbeeld tevens kunnen worden aangemerkt als een beroep op artikel 24 Handvest en/of EU-regelgeving die artikel 3 IVRK weerspiegelt. Bij twijfel over de betekenis van artikel 24 Handvest en/of bepalingen van EU-migratierecht die kinderrechten waarborgen voor de geldigheid of interpretatie van het Nederlandse vreemdelingenrecht moet de Raad van State en kunnen de rechtbanken een prejudiciële vraag voorleggen aan het Hof van Justitie.<sup>121</sup>

119 Zie ook het Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk dat overwoog: 'it is clear from the recent jurisprudence that the Strasbourg Court will expect national authorities to apply article 3(1) of UNCRC and treat the best interests of a child as "a primary consideration".' Supreme Court VK, 1 februari 2011, ZH (Tanzania) (FC) v Secretary of State for the Home Department, para 25, te vinden op [www.supremecourt.gov.uk](http://www.supremecourt.gov.uk).

120 EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België, nr. 13178/03, para 55, JV 2007/29, m.nt. Battjes, ve06001361, EHRM 5 april 2011, Rahimi t. Griekenland, nr. 8687/08, para 87, EHRC 2011/89, m.nt. Lavrysen.

121 Art. 267 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, ve10001178.