



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Pleegrechten voor kinderen: Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst

Zon, K.A.M. van der

Citation

Zon, K. A. M. van der. (2020, October 8). *Pleegrechten voor kinderen: Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst*. Meijers-reeks. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/137311>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/137311>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/137311> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Zon, K.A.M. van der

Title: Pleegrechten voor kinderen: Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst

Issue Date: 2020-10-08

3 | De rechten van het pleegkind bij de beslissing tot uithuisplaatsing

3.1 INLEIDING

De eerste beslissing die centraal staat in het kader van dit onderzoek, is de beslissing die ertoe leidt dat het kind pleegkind wordt: de beslissing om het kind uit huis te plaatsen. De beslissing heeft zoals in het vorige hoofdstuk is gebleken belangrijke consequenties voor de rechten van het kind. Als gevolg van de uithuisplaatsing wordt het kind gescheiden van zijn ouders en neemt de staat in plaats van de ouder een aantal belangrijke beslissingen over het kind, te beginnen met de uithuisplaatsingsbeslissing. Beslissingen over de uithuisplaatsing vereisen vanuit een kinderrechtenperspectief allereerst dat wordt vastgesteld welke rechten het kind heeft bij de uithuisplaatsingsbeslissing. Het pleegkind is immers zelfstandig subject van rechten waardoor alle rechten uit kinder- en mensenrechtenverdragen onverkort aan het kind toekomen. Op basis daarvan zou kunnen worden bepleit dat het kind zelfstandig moet kunnen beslissen waar hij of zij woont. Het recht om zelf te bepalen waar je woont, wordt immers beschermd in mensenrechtenverdragen.¹ Bij de beslissing tot uithuisplaatsing wordt het kind dan beperkt in zijn recht om zelf te bepalen waar hij woont. Maar, zoals we in het vorige hoofdstuk al vaststelden, kunnen kinderen worden beperkt in het uitoefenen van hun rechten. Waar het gaat om de woonplek van het kind, zijn het de ouders die op grond van hun ouderlijk gezag bepalen waar het kind woont. Gaat het om pleegkinderen, dan neemt de staat de rol van ouders in het uitoefenen van dit recht over. Het zorgvuldig vaststellen en meewegen van de belangen van het kind bij deze beslissing garandeert voor het kind dat zijn rechten en mening centraal staan in de besluitvorming.

Voor de rechten van het kind bij de uithuisplaatsingsbeslissing is de afgelopen decennia op internationaal niveau steeds meer aandacht gekomen. Cantwell wijst erop dat de aandacht voor pleegkinderen in internationale documenten aan het begin van de twintigste eeuw vooral charitatief was.² De Verklaring

1 De vrijheid van vestiging wordt beschermd in artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM, en in artikel 12 IVBPR.

2 Cantwell 2015, p. 258. Cantwell wijst hier op het feit dat de adressanten van de verklaring niet staten zijn, maar 'the men and women of all Nations'. Zij (lees: de ouders) worden aangesproken op hun verplichting om het kind te voorzien in zijn behoeften, zonder dat

inzake de Rechten van het Kind uit 1924³ spreekt over de ‘the orphan and the waif’ die op grond van het tweede principe uit de verklaring ‘must be sheltered and secured’.⁴ Duidelijker is de Verklaring inzake de Rechten van het Kind uit 1959.⁵ Daarin is opgenomen dat het kind ‘shall wherever possible, grow up in the care and under the responsibility of his parents, and, in any case, in an atmosphere of affection and of moral and material security’. Dit is de eerste vermelding van de bescherming van de band tussen ouders en kinderen in een mensenrechtendocument.⁶ In het vervolg van de bepaling wordt specifieke bescherming geboden aan jonge kinderen door te stellen dat ‘a child of tender years shall not, save in exceptional circumstances, be separated from his mother’.⁷ Over kinderen zonder familie wordt vervolgens gesteld: ‘Society and the public authorities shall have the duty to extend particular care to children without a family and to those without adequate means of support’.⁸ Met deze laatste zinsnede wordt niet alleen de groep kinderen die onder het bereik van de bepaling valt verbreed, maar wordt er ook een positieve verplichting voor de staat aan het recht op alternatieve zorg verbonden. Wat deze verplichting precies inhoudt, wordt echter niet duidelijk in de verklaring.⁹

In 1986 volgt de ‘*Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with special reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally*’.¹⁰ Deze verklaring werd in 1986 unaniem aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en geeft voor het eerst een uitwerking van de verplichtingen van lidstaten ten opzichte van kinderen die niet kunnen rekenen op zorg binnen de eigen familie.¹¹ Belangrijk uitgangspunt in de verklaring is het voorkomen van alternatieve zorg. De verklaring gaat er dan ook van uit dat ‘child welfare depends on good family welfare’¹² en dat prioriteit dan ook moet liggen bij de verzor-

kinderen daarbij een afdwingbaar recht wordt toegekend. In een reactie op de verklaring stelt de belangrijkste pionier voor de rechten van het kind in de twintigste eeuw Janusz Korczak daarom ‘*The authors of the Declaration of Geneva have mistaken duties for rights. Instead of making demands they try to persuade*’; zie Veerman 2004, p. 3.

3 Volkenbond, *Declaration of the Rights of the Child*, 26 september 1924. In de preambule bij het IVRK wordt deze verklaring onjuist geciteerd als ‘*Declaration on the Rights of the Child*’.

4 Overigens zal slechts een klein deel van de Nederlandse pleegkinderen binnen deze groep ‘wezen en zwervelingen’ vallen. Bovendien is deze bepaling in de verklaring misschien nog wel het minst duidelijk over de vraag *wie* aangesproken worden. Duidelijk is immers dat deze kinderen voor onderdak en bijstand in ieder geval niet terecht kunnen bij hun eigen ouders.

5 VN-Resolutie 1386 (XIV), 20 november 1959.

6 Zie artikel 6 van de Verklaring van de Rechten van het Kind.

7 Artikel 6 van de Verklaring van de Rechten van het Kind.

8 Artikel 6 van de Verklaring van de Rechten van het Kind.

9 Zie hierover ook Cantwell 2015, p. 259.

10 Algemene Vergadering Verenigde Naties, 3 december 1983, UN-doc A/Res/41/85.

11 Cantwell 2015, p. 259.

12 *Declaration on Foster Care and Adoption*, artikel 2.

ging van het kind door zijn eigen ouders.¹³ Voor die kinderen voor wie dat niet mogelijk is geeft de verklaring verdere bescherming. De groep kinderen die dit betreft wordt uitgebreid ten opzichte van eerdere bepalingen in mensenrechtendocumenten. De verklaring richt zich op kinderen voor wie ouderlijke zorg 'unavailable or inappropriate' is¹⁴ en heeft zo een breder bereik dan de term 'kinderen zonder familie' die wordt gebruikt in de Verklaring voor de Rechten van het Kind uit 1959. Ook wordt voor het eerst expliciet een voorkeur vastgelegd voor alternatieve zorg binnen een gezinsomgeving. In artikel 4 noemt de verklaring als mogelijke vormen van alternatieve zorg allereerst pleegzorg binnen het eigen netwerk, vervolgens pleegzorg door onbekende pleegouders en *indien noodzakelijk* zorg in een geschikte instelling. Deze voorkeur voor opvang binnen de familie wordt later overgenomen in artikel 20 van het IVRK. Dit hangt samen met de zorgen die in de jaren tachtig ontstaan over de te ver doorgevoerde institutionalisering van kinderen in de alternatieve zorg.¹⁵ Het in 1989 aangenomen Verdrag inzake de Rechten van het Kind kent vervolgens het kind zelfstandige rechten toe bij de beslissing tot uithuisplaatsing, die hieronder verder uitgewerkt zullen worden. In de jurisprudentie van het EHRM (en in mindere mate ook in die van het VN-Mensenrechtencomité) is daarnaast uitgebreid invulling gegeven aan de rechten van kinderen (en hun ouders) bij de beslissing tot uithuisplaatsing. Voorlopig hoogtepunt vormen de *Guidelines on Alternative Care* die in 2009 zijn verwelkomd door de Verenigde Naties,¹⁶ waarin uitgebreid wordt ingegaan op de rechten van kinderen voorafgaand aan, tijdens en na de uithuisplaatsing.¹⁷

In het navolgende zal worden uitgewerkt welke rechten van kinderen bij de beslissing tot uithuisplaatsing zijn af te leiden uit kinder- en mensenrechtendocumenten. Voor het vaststellen van de relevante criteria is gekeken naar het IVRK, het EVRM, het IVBPR, de *Guidelines on Alternative Care* en de *General Comments* van het VN-Kinderrechtencomité. Het uitgangspunt daarbij is de kinderrechtenbenadering zoals besproken in hoofdstuk 2. Het toetsingskader dat hieruit voortkomt zal in hoofdstuk 8 naast de nationale wet- en regelgeving omtrent de uithuisplaatsingsbeslissing worden gelegd. Op basis daarvan kan worden beoordeeld in hoeverre bij de uithuisplaatsingsbeslissing de rechten van het kind centraal staan.

13 *Declaration on Foster Care and Adoption*, artikel 3.

14 *Declaration on Foster Care and Adoption*, artikel 4.

15 Cantwell & Holzscheiter 2008, p. 16.

16 Algemene Vergadering Verenigde Naties, resolutie 64/142, 24 februari 2010. Met de verwelkoming van de richtlijnen wordt aangegeven dat de inhoud door de VN wordt onderstreept en dat geen van de lidstaten bezwaar heeft tegen de inhoud.

17 Zie hierover o.m. Philips 2011; Bruning & Van der Zon 2013; Cantwell 2015 en Radina 2016.

3.2 HET RECHT VAN HET KIND OM BIJ ZIJN OUDERS TE BLIJVEN

Het recht van het kind op bescherming van zijn familielevens is zowel vastgelegd in het IVRK als in het EVRM en het IVBPR.¹⁸ Dat er familielevens bestaat tussen het kind en de ouders die gezag over hem uitoefenen staat buiten kijf.¹⁹ Datzelfde geldt ook voor het gegeven dat dit familielevens beschermd moet worden, waardoor kinderen en hun ouders in beginsel bij elkaar moeten blijven.²⁰

De primaire bepaling in het Kinderrechtenverdrag omtrent bescherming van het familielevens – artikel 16 – is vrijwel gelijk aan artikel 17 van het IVBPR. Het artikel verschilt slechts in zoverre van artikel 17 IVBPR, dat dit artikel het familielevens van alle mensen beschermt, terwijl het IVRK specifiek gaat over het familielevens van het kind. Hoewel het artikel in het IVRK veelal wordt beschreven als het recht op privacy,²¹ legt het de basis van de bescherming

18 Artikel 17 en 23 IVBPR; artikel 10 en 11 IVESCR en artikel 8 EVRM. Opvallend is dat in de Nederlandse vertaling van mensenrechtendocumenten de termen familielevens, gezinslevens en ouders enigszins door elkaar lijken te lopen. In dit hoofdstuk zal ik steeds aansluiten bij de terminologie zoals die wordt gebruikt in de verschillende documenten. Daarbij beschouw ik de termen familie- en gezinslevens als overlappend. In de Engelse (officiële – zie artikel 54 IVRK) vertalingen van de verdragen wordt steeds de term ‘family’ gebruikt. Ook de Franse vertaling maakt geen onderscheid en gebruikt steeds de term ‘famille’. De Nederlandse vertalingen maken onderscheid tussen gezin en familie. Waar dat onderscheid precies op is gebaseerd is onduidelijk. De bescherming van de band tussen ouders en kinderen beschouw ik als specifieke vorm van familie- of gezinslevens. Zie voor de verschillende terminologie in mensenrechtendocumenten Stevens 2010; zie ook Van Bueren 1998, p. 69.

19 VN-Mensenrechtencomité 27 juli 1988, comm. nr. 201/1985 (*Hendriksen tegen Nederland*), par. 10.3. Hier stelt het VN-Mensenrechtencomité dat ‘the idea of the family must necessarily embrace the relations between parents and child’. Het EHRM stelt ten aanzien van de band met de moeder dat family life *ipso jure* ontstaat op het moment dat het kind uit de vrouw wordt geboren; zie EHRM 21 juni 1988, appl. no. 10730/84 (*Berrehab tegen Nederland*), par. 21 en EHRM 13 juni 1979, appl. no. 6833/74 (*Marckx tegen België*), par. 31. Over het familielevens van de vader kan meer discussie bestaan nu dit familielevens meer moet omvatten dan alleen biologisch ouderschap; zie bijv. EHRM 1 juni 2004, appl. no. 45582/99 (*Lebbink tegen Nederland*). Tegelijkertijd kan ook een niet biologische vader familielevens met het kind kan hebben zoals de vader wiens vaderschap vernietigd is omdat hij niet de juridisch vader is; zie EHRM 16 juli 2015, appl. no. 39438/13 (*Nazarenko tegen Rusland*), of de adoptie-vader; zie EHRM 28 oktober 1998, appl. no. 24484/94 (*Söderback tegen Zweden*). En ook ouders die niet biologisch ouder, noch juridisch ouder zijn, kunnen aanspraak maken op bescherming van hun familielevens; zie EHRM 22 april 1997, appl. no. 21830/93 (*X., Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 33. Zijn er echter aanvullende omstandigheden, zoals het erkennen van het kind ECRM 14 mei 1986, appl. no. 11418/85 (*Jolie en Lebrun tegen België*) of het *de facto* verzorgen van het kind, dan wordt familielevens aangenomen; zie EHRM 21 december 2010, appl. no. 3465/03 (*Chavdarov tegen Bulgarije*). Zie hierover ook Forder 2009a, p. 13 e.v.

20 Van Bueren wijst erop dat internationaal recht ‘salutes the family as the basic unit upon which society is organized’; zie Van Bueren 1995, p. 733. Zie ook Ferrer Riba 2010, p. 17 en FRA 2015, p. 76-77.

21 Zie bijv. Hodgkin & Newell 2007, p. 203 en Detrick 1992, p. 269.

van het familieleven van het kind onder het IVRK.²² Het bepaalt dat geen enkel kind mag worden onderworpen aan een willekeurige of onrechtmatige inbreuk op zijn gezinsleven, en behelst derhalve een negatieve verplichting voor lidstaten.

Artikel 16 IVRK is dus inhoudelijk gelijk aan artikel 17 IVBPR, maar het Kinderrechtenverdrag kent geen equivalent van artikel 23 IVBPR. Dat artikel bevat een expliciete positieve verplichting tot bescherming van het familieleven. Desalniettemin worden in verschillende bepalingen in het IVRK andere positieve verplichtingen geformuleerd om het bestaande familieleven van het kind te beschermen.²³ Dat betreft in de eerste plaats artikel 7 IVRK, waarin wordt gesteld dat het kind het recht heeft om voor zover mogelijk zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Artikel 8 IVRK voegt daar nog het recht aan toe op bescherming van de identiteit van het kind, waaronder zijn familiebetrekkingen, terwijl artikel 9 IVRK bepaalt dat kinderen en hun ouders alleen van elkaar kunnen worden gescheiden als dat noodzakelijk is in het belang van het kind. Artikel 18 IVRK kan worden gezien als een ondersteuning van deze bescherming van het gezin. Deze bepaling legt aan staten de verplichting op om dat te doen wat in hun vermogen ligt om 'de erkenning te verzeke- ren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind'. Artikel 27 IVRK legt de primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de levens- omstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind bij de ouders.²⁴ Voor zowel artikel 18 IVRK als artikel 27 IVRK geldt dat de staat de ouders moet ondersteunen.²⁵ Diezelfde verplichting om sociale en economi- sche ondersteuning te bieden aan ouders wordt ook onderschreven door het VN-Mensenrechtencomité²⁶ en het EHRM.²⁷

Uitgangspunt in het IVRK is dus dat ouders en kinderen bij elkaar horen, terwijl ook het EVRM en het IVBPR positieve verplichtingen opleggen aan staten om scheidingen tussen kinderen en hun ouders zoveel mogelijk te voorkomen.

22 In *General Comment* nummer 14 refereert het VN-Kinderrechtencomité aan artikel 16 IVRK als zijnde het recht op 'family life'; zie VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 59. Zie ook Hodgkin & Newell die stellen dat artikel 16 de bescherming die artikel 9 IVRK biedt tegen scheidingen van kinderen met hun ouders, uitbreidt naar de bredere familie. Hodgkin & Newell 2007, p. 210. Zie hierover ook hoofdstuk 5, par. 5.2.

23 Banda & Eekelaar wijzen erop dat de bescherming onder het IVRK ziet op de bescherming van bestaand familieleven en niet (zoals onder het EVRM en het IVBPR) ook op het recht om een familie te stichten; zie Banda & Eekelaar 2017, p. 847.

24 Zie voor een overzicht van de bepalingen die van belang zijn bij de beslissing tot uithuis- plaatsing ook Cantwell en Holzscheiter 2007, p. 5.

25 Vgl. artikel 18 lid 2 IVRK en artikel 27 lid 3 IVRK.

26 Conte & Burchill 2016, p. 220 en Nowak 2005, p. 519 en 520.

27 Zie onder meer EHRM 16 februari 2016, appl. no. 72850/14 (*Soares de Melo tegen Portugal*); EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*) en EHRM 21 januari 2014, appl. no. 33773/11 (*Zhou tegen Italië*).

Diezelfde nadruk op bescherming van het familieleven is terug te vinden in de *Declaration on Foster Placement and Adoption*. De eerste sectie van deze verklaring wordt besteed aan de bescherming van het kind in de familie. Staten moeten volgens de verklaring hoge prioriteit geven aan families en kindermishandeling.²⁸ Kinderwelzijn is afhankelijk van familiewelzijn²⁹ en prioriteit ligt dan ook bij het verwezenlijken van zorg binnen de eigen familie.³⁰ De verplichting om uithuisplaatsingen waar nodig te voorkomen wordt uitgebreid uitgewerkt in de *Guidelines on Alternative Care* waarin een sterke nadruk op het beschermen en ondersteunen van het gezin ligt. De nadruk op het voorkomen van een uithuisplaatsing is tijdens het opstellen van de richtlijnen steeds meer op de voorgrond komen te staan.³¹ De omvang van deze sectie in de *Guidelines on Alternative Care* reflecteert volgens Cantwell dan ook de zorgen van de opstellers van de richtlijnen over het grote aantal kinderen dat zonder noodzaak daartoe in alternatieve zorg is geplaatst.³² In de richtlijnen zijn twee hele secties gericht op het bevorderen van ouderlijke zorg³³ en het voorkomen van scheidingen tussen ouders en kinderen.³⁴ Vervolgens wordt nog een sectie besteed aan het herenigen van kinderen en hun ouders, wanneer ze eerder van elkaar gescheiden zijn.³⁵

Dat kinder- en mensenrechten zoveel belang hechten aan de bescherming van het familieleven lijkt een duidelijke reden te hebben. In de documenten wordt een duidelijk verband gelegd tussen het familieleven en de ontwikkeling van het kind. Zowel de UVRM als het IVBPR en het IVESCR noemen het gezin als de 'fundamentele en natuurlijke kern van de maatschappij'.³⁶ Vanwege die functie wordt aan het gezin een aantal rechten toegekend, zoals een passende levensstandaard³⁷ en het recht om een gezin te stichten.³⁸ Het IVBPR geeft het gezin ook een opdracht mee ten opzichte van het kind en stelt dat het gezin het kind bescherming moet bieden.³⁹ Het IVRK koppelt de rol van het gezin expliciet aan de ontwikkeling van het kind. In de preambule staat dat het kind 'voor de volledige en harmonische ontplooiing van zijn of haar persoonlijkheid, dient op te groeien in een gezinsomgeving, in een sfeer van geluk, liefde en begrip'. Het gezin vormt zo de voedingsbodem voor de ontwikkeling van het kind. Het kind heeft dus belang bij bescherming van zijn gezinsleven omdat

28 *Declaration on Foster Placement and Adoption*, artikel 1.

29 *Declaration on Foster Placement and Adoption*, artikel 2.

30 *Declaration on Foster Placement and Adoption*, artikel 3.

31 Cantwell e.a. 2012, p. 50.

32 Cantwell e.a. 2012, p. 50.

33 *Guidelines on Alternative Care*, par. 32-38.

34 *Guidelines on Alternative Care*, par. 39-48.

35 *Guidelines on Alternative Care*, par. 49-52.

36 Zie artikel 16 (3) UVRM; art 23 (1) IVBPR en artikel 10 (1) IVESCR.

37 Artikel 11 IVESCR.

38 Artikel 23 IVBPR en artikel 10 IVESCR.

39 Artikel 24 IVBPR.

zijn ontwikkeling daarbij gebaat is. Die belangrijke rol van het gezin in de ontwikkeling komt ook weer terug in de *Guidelines on Alternative Care*, dat naast de rol van het gezin in de maatschap (familie is 'the fundamental group of society') stelt dat de familie de natuurlijke omgeving is voor 'the growth, well-being and protection of children'.⁴⁰

3.3 HET ALGEMENE KADER VAN TOETSING VAN DE BESLISSING TOT UITHUISPLAATSING

Dat het kind recht heeft op bescherming van zijn familieleven en daar ook een sterk (ontwikkelings)belang bij heeft, betekent nog niet dat zijn uithuisplaatsing daar altijd mee in strijd is. De beslissing om een kind uit huis te plaatsen maakt weliswaar per definitie *inbreuk* op het familieleven van het kind, maar daarmee is er nog geen sprake van een *schending* van het recht van het kind op bescherming van zijn familieleven. Het IVBPR, het IVRK en het EHRM laten alle drie de mogelijkheid open om het recht op bescherming van het familieleven in te perken en dus een inbreuk te maken op het recht. Grofweg moet zo'n inperking onder alle drie deze documenten voldoen aan dezelfde criteria. Die inbreuk kan slechts worden gerechtvaardigd wanneer deze is gebaseerd op een wettelijke grondslag⁴¹ en de inmenging noodzakelijk is in het licht van het beoogde doel.⁴² Dat doel is steeds het beschermen van de (ontwikkelings)belangen van het kind. Artikel 9 IVRK stelt dat de uithuisplaatsing gerechtvaardigd kan worden indien deze noodzakelijk is in het belang van het kind. In het EVRM en het IVBPR zijn weliswaar geen specifieke verwijzingen naar de uithuisplaatsing in de verdragstekst te vinden, wel worden in de jurisprudentie van het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité verdere voorwaarden gesteld aan de uithuisplaatsingsbeslissing. Ook het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM gaan ervan uit dat de noodzaak om in te grijpen ziet op de belangen van het kind.⁴³ Kilkelly stelt daarover dat:

40 *Guidelines on Alternative Care*, par. 3.

41 Dit vereiste wordt expliciet genoemd in artikel 8 EVRM en sluit aan bij het in artikel 9 IVRK genoemde vereiste dat de uithuisplaatsing in overeenstemming moet zijn met het toepasselijk recht en de gestelde procedures, hetgeen eveneens wordt herhaald in de *Guidelines on Alternative Care* (par. 36). Het IVBPR beschermt tegen willekeurige of *onwettige* inbreuken op het familieleven, waaruit kan worden afgeleid dat een inmenging alleen mogelijk is indien deze is voorzien bij wet.

42 Het EVRM noemt in artikel 8 een aantal doelen op grond waarvan de inmenging gerechtvaardigd kan worden. Het IVBPR geeft geen doelen, maar stelt in zijn jurisprudentie dat inbreuken mogelijk zijn met het oog op de belangen van het kind; zie VN-Mensenrechtencomité 26 september 2007, comm. nr. 1052/2002 (*N.T. tegen Canada*), par. 8.3. In het IVRK wordt in artikel 9 gesteld dat de inbreuk toegestaan is om de belangen van het kind te beschermen.

43 Zie onder meer: EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*), par. 71 en EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 47.

‘Fundamentally, in order to avoid a violation of Article 8’s provision, there must be an appropriate balance between the right to have respect for family life and the legitimate aim served by interfering with it. In its application of this test, the Court has held consistently that “consideration of what is in the best interests of the child is in every case of crucial importance”. Therefore, although Article 8 lacks textual evidence of the best interests principle, the Court consistently reviews national measures in light of Article 8 requirements by considering whether the impugned measure’s interference with parents’ rights (to respect for family life) can be justified as being in the child’s best interests.’⁴⁴

Dat de belangen van het kind bepalend zijn, is niet verwonderlijk. Het gaat immers om een beslissing die normaal gesproken door de ouders wordt genomen maar in dit geval wordt overgenomen door de staat. Zoals in hoofdstuk 2 reeds is laten zien, ziet de overheid als *parens patriae* toe op het welzijn van kinderen en kan deze, wanneer dat nodig is, de rol van de ouder overnemen. In die gevallen vormen de belangen van het kind steeds het toetsingskader voor de te nemen beslissing. Dat de beslissing in dit geval niet alleen in het belang van het kind moet zijn, maar *noodzakelijk* in het belang van het kind toont daarbij mijns inziens de sterke bescherming die het familieleven toekomt onder kinder- en mensenrechtenverdragen. Het is niet voldoende wanneer het kind beter af zou zijn in een ander gezin (dat zou afdoende zijn indien slechts een beslissing in het belang van het kind zou worden vereist) maar de uithuisplaatsing moet *noodzakelijk* zijn om de belangen van het kind te kunnen waarborgen.⁴⁵ De vraag wanneer sprake is van een beslissing die noodzakelijk is in het belang van het kind is echter niet gemakkelijk te beantwoorden.

3.3.1 Beoordelingsruimte

Bij de beoordeling van de uithuisplaatsing geven zowel het EHRM als het VN-Mensenrechtencomité lidstaten een vrij ruime *margin of appreciation*. Het EHRM stelt dat percepties over de noodzaak om in te grijpen per land verschillen en onder meer afhankelijk zijn van de traditionele positie van de familie in een land en de rol van de staat daarin. Ook speelt de beschikbaarheid van publieke middelen een rol.⁴⁶ Naast culturele en economische verschillen tussen landen is ook persoonlijk contact van belang. De autoriteiten in een land worden verondersteld beter in staat te zijn om de specifieke omstandigheden in een zaak te beoordelen en te wegen, zo redeneren zowel het EHRM als het

44 Kilkelly 2002, p. 342; zie hierover ook Banda & Eekelaar 2017, p. 848-849.

45 EHRM 26 februari 2002, appl. no. 46544/99 (*Kutzner tegen Duitsland*); zie ook Fortin 2009, p. 555.

46 EHRM 26 februari 2002, appl. no. 46544/99 (*Kutzner tegen Duitsland*), par. 66.

VN-Mensenrechtencomité.⁴⁷ Het zijn immers de nationale autoriteiten die 'direct contact' hebben met de betrokkenen.⁴⁸ Staten zijn zo het best in staat om te beoordelen wanneer de ouders nalaten de rechten en ontwikkeling van het kind voldoende te beschermen zodat het noodzakelijk is om het kind uit huis te plaatsen. Ferrer Riba wijst er daarnaast op dat de beoordelingsruimte die staten hebben niet alleen betrekking heeft op de inhoudelijke beoordeling van de zaak, maar ook op de precisie van grondslagen in de nationale wetgeving en de procedurele vereisten die tot de beslissing leiden.⁴⁹

Dat de lidstaten zo'n ruime beoordelingsruimte wordt geboden is ook niet verwonderlijk. De omstandigheden waarin het gewenst is om een kind (tijdelijk) van zijn ouders te scheiden kunnen immers zozeer variëren, dat deze moeilijk te vatten zijn in algemene criteria. Het EHRM stelt dan ook ten aanzien van de verplichting om criteria voor de uithuisplaatsingsbeslissing vast te leggen in de nationale wetgeving: 'the circumstances in which it may be necessary to take a child into public care are so variable that it would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality.'⁵⁰ Het is dan ook voldoende wanneer heldere criteria voor de beslissing tot uithuisplaatsing zijn vastgelegd in de wet.⁵¹ De wetbepaling moet daarbij in zoverre specifiek geformuleerd zijn dat een burger redelijkerwijs zou kunnen voorzien welke gevolgen zijn handelen zou kunnen hebben. Absolute precisie is niet noodzakelijk, nu dat vooral rigiditeit van besluitvorming in de hand zal werken.⁵² Wel noodzakelijk is dat de wet burgers effectief beschermt tegen ongerechtvaardigd ingrijpen. Rechterlijke toetsing van het criterium moet derhalve mogelijk zijn.⁵³

Net als onder het EVRM, wordt ook onder het IVRK van lidstaten verwacht dat duidelijke criteria in de wetgeving worden vastgelegd. Sandberg wijst er in dit verband op dat het VN-Kinderrechtencomité lidstaten veelvuldig aanbevolen heeft om 'clear criteria' omtrent de beslissing tot uithuisplaatsing vast te leggen in de wet.⁵⁴ Ook de *Guidelines on Alternative Care* stellen dat er

47 Zie o.m. EHRM 29 maart 2016, appl.no 16899/13 (*Kocherov en Sergeeva tegen Rusland*), par. 93; EHRM 14 maart 2013, appl. nos 18734/09 en 9424/11 (*B.B. en F.B. tegen Duitsland*), par. 47 en VN-Mensenrechtencomité 26 september 2007, comm. nr. 1052/2002 (*N.T. tegen Canada*), par. 8.7. en VN-Mensenrechtencomité 27 juli 1988, comm. nr. 201/1985 (*Hendriks tegen Nederland*), par. 10.4.

48 Zie onder meer EHRM 14 maart 2013, appl. nos 18734/09 en 9424/11 (*B.B. en F.B. tegen Duitsland*), par. 47; EHRM 13 maart 2012, appl. no. 4547/10 (*Y.C. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 136; EHRM 23 maart 2010, appl. nos. 45901/05 en 40146/06 (*M.A.K. en R.K. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

49 Ferrer Riba 2010, p. 15.

50 EHRM 18 april 2013, appl. no. 7075/10 (*Ageyevy tegen Rusland*), par. 123.

51 Doek wijst erop dat uit artikel 9 IVRK tevens kan worden afgeleid dat in de wet een mogelijkheid moet zijn opgenomen om op te komen tegen de uithuisplaatsingsbeslissing; zie Doek 2006, p. 26.

52 EHRM 24 maart 1988, appl. no. 10465/83 (*Olsson tegen Zweden – Olsson I*), par. 61.

53 EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 49. Zie over open normen bij jeugdbeschermingsmaatregelen ook Bruning 2001.

54 Sandberg 2019, p. 12.

passende criteria moeten zijn op basis waarvan wordt beoordeeld of de uithuisplaatsing noodzakelijk is. Deze criteria moeten volgens de *Guidelines on Alternative Care* consequent worden toegepast.⁵⁵

3.3.2 Weging van het noodzakelijkheids criterium

Over de daadwerkelijke weging van het noodzakelijkheids criterium in zaken voor het EVRM is veel geschreven.⁵⁶ Om vast te stellen dat een inmenging noodzakelijk is, moet allereerst gekeken worden naar het doel van de inmenging.⁵⁷ In jeugdbeschermingszaken zal dat doorgaans de bescherming van de rechten en plichten van anderen (lees: de belangen van het kind) zijn.⁵⁸ Vervolgens zal een belangenafweging gemaakt moeten worden om te beoordelen of de gemaakte inbreuk noodzakelijk was om het beoogde doel te beschermen. De wijze waarop die afweging wordt gemaakt is echter weinig transparant, en het Hof gebruikt hiervoor in verschillende zaken verschillende technieken.⁵⁹ In jeugdbeschermingszaken wordt doorgaans gezocht naar ‘*relevant and sufficient reasons*’, terwijl het Hof in enkele andere zaken de uithuisplaatsingsbeslissing toetst aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁶⁰ De verhouding tussen deze begrippen is niet altijd even duidelijk.⁶¹

⁵⁵ *Guidelines on Alternative Care*, par. 39.

⁵⁶ Zie onder meer Christofferson 2009; Gerards 2005 en Gerards 2013.

⁵⁷ Het eveneens in artikel 8 genoemde vereiste dat de inbreuk moet zijn voorzien bij wet, wordt behandeld onder de procedurele voorschriften in par. 3.5.

⁵⁸ Overigens is het ook denkbaar is dat het doel niet is gelegen in de bescherming van dit kind, maar in de bescherming van de openbare orde (en dus de belangen van kinderen in algemene zin), bijvoorbeeld wanneer sprake is van een illegale adoptie. De reden om in te grijpen is dan niet noodzakelijkerwijs het beschermen van de belangen van *dit* kind, maar het beschermen van de belangen van alle kinderen, in die zin dat bijvoorbeeld de adoptieprocedures worden nageleefd. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Paradiso en Campanelli tegen Italië*, die draaide om de illegale adoptie van een (niet biologisch) kind dat was geboren uit een draagmoeder; zie EHRM 27 januari 2015, appl. no. 25358/12 (*Paradiso en Campanelli tegen Italië – uitspraak van de Kleine Kamer*), par. 73; EHRM 24 januari 2017, appl. no. 25358/12 (*Paradiso en Campanelli tegen Italië – uitspraak van de Grote Kamer*), par. 177. Mak wijst er in haar noot bij deze uitspraak mijns inziens terecht op dat het gebruik van het beoordelingskader omtrent de openbare orde problematisch kan zijn, nu het niet duidelijk is hoe de belangen van het individuele kind daarbinnen moeten worden meegewogen; zie Mak, *EHRC* 2017/85, par. 5.

⁵⁹ Gerards 2013, p. 467 en Greer 2008, p. 696-697.

⁶⁰ Zoals bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 2006, appl. no. 23848/04 (*Wallova en Walla tegen Tsjechië*), par. 68; EHRM 1 juli 2004, appl. no. 64796/01 (*Couillard Maugery tegen Frankrijk*), par. 237 en EHRM 13 oktober 2015, appl. no. 52557/14 (*S.H. tegen Italië*), par. 38. De vraag naar subsidiariteit lijkt hier onderdeel uit te maken van de vraag naar proportionaliteit. In *R.M.S. tegen Spanje* is het Hof op zoek naar ‘sufficiently sound and weighty considerations in the interests of the child’; zie EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*), par. 71.

⁶¹ Zie daarover ook Gerards 2013, p. 468.

De *relevant reasons* zien simpel gezegd op de ‘ernst’ van de zaak, het zijn de ‘relevante redenen’ voor de uithuisplaatsing. In hoeverre lukt het ouders niet om de rechten en ontwikkeling van het kind te waarborgen? Bij het beoordelen van de vraag of de aangevoerde redenen ook *sufficient* zijn, kijkt het Hof naar de *onderbouwing* van die redenen én naar de vraag of de genoemde redenen niet op een andere, minder vergaande manier kunnen worden ondervangen. Dat is echter iets anders dan het proportionaliteitsvereiste dat volgens het EHRM inherent onderdeel uit van het Verdrag als geheel.⁶²

Het EHRM toetst dus de noodzaak van uithuisplaatsing aan de vraag of sprake is van *relevant en sufficient reasons*. In sommige zaken wordt daarnaast nog aan het proportionaliteitscriterium getoetst,⁶³ terwijl in andere zaken helemaal niet naar *relevant en sufficient reasons* wordt verwezen.⁶⁴ In het navolgende zal worden ingegaan op de eisen die voortvloeien uit deze jurisprudentie, zonder dat telkens wordt ingegaan op de vraag of dit voortvloeit uit het criterium *relevant of sufficient* of uit de meer algemene proportionaliteitstoets.

3.4 DE NOODZAKELIJKHEID VAN DE UITHUISPLAATSING

De uithuisplaatsing moet noodzakelijk zijn met het oog op het doel (*legitimate aim*) dat ziet op de belangen van het kind. Dat volgt expliciet uit artikel 9 IVRK en wordt ook onderschreven in de jurisprudentie van het EHRM⁶⁵ en het VN-Mensenrechtencomité.⁶⁶ Centrale vraag in deze noodzakelijkheidstoets is uiteraard wat dat belang van het kind inhoudt, en wanneer de plaatsing vervolgens *noodzakelijk* is in het belang van het kind.

De tekst van artikel 9 IVRK geeft weinig aanwijzingen voor een antwoord op de vraag wanneer een scheiding tussen ouders en kind in het belang van het kind noodzakelijk is. We moeten het doen met twee voorbeelden – de situatie waarin sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders én de situatie waarin ouders van elkaar gescheiden leven en een beslissing moet worden genomen over de verblijfplaats van het kind.⁶⁷ Een

62 EHRM 7 juli 1989, appl no 14038/88 (*Soering tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 89. Zie ook Gerards 2013, p. 467. Gerards bepleit hier dat het Hof er goed aan zou doen om standaard gebruik te maken van een meer traditionale proportionaliteitstoets, waarbij gekeken wordt naar de effectiviteit van de maatregel, de noodzakelijkheid en de vraag naar ‘less restrictive means’.

63 Zie bijv. EHRM 8 april 2004, appl no. 11057/02 (*Haase tegen Duitsland*), par. 88 en EHRM 28 oktober 2010, appl. no. 52502/07 (*Aune tegen Noorwegen*), par. 79.

64 Zie bijv. EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*), par. 71 en EHRM 13 oktober 2015, appl. no. 52557/14 (*S.H. tegen Italië*), par. 38.

65 Zie onder meer EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*), par. 71 en EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 47.

66 VN-Mensenrechtencomité 26 september 2007, comm. nr. 1052/2002 (*N.T. tegen Canada*), par. 8.3.

67 Zie hierover ook Doek 2006, p. 24.

derde voorbeeld is wel geopperd tijdens het opstellen van het Verdrag, maar heeft de uiteindelijke tekst niet gehaald omdat de opstellers van mening waren dat artikel 9 IVRK geen uitputtende lijst van voorbeelden zou kunnen geven. Dat voorbeeld zag op de situatie waarin het kind het niet eens was met zijn ouders over zijn vaste verblijfplaats.⁶⁸

Hoewel de mogelijkheid dat kinderen zelf aangeven dat zij niet meer bij hun ouders willen wonen de tekst van het Verdrag dus niet heeft gehaald, blijft staan dat bij een zorgvuldige invulling van de belangen van het kind wel de wens van het kind serieus genomen moet worden. Zoals bepleit in hoofdstuk 2 moet bij een zorgvuldige invulling van de belangen van het kind zowel de rechten, als de mening van het kind worden meegewogen. Dat het IVRK, het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité de beslissing tot uithuisplaatsing koppelen aan het belang van het kind biedt daarom mijns inziens ruimte voor het serieus meewegen van de rechten van het kind en zijn mening bij uithuisplaatsingsbeslissing.

Daar waar het IVRK, het EVRM en het IVBPR de reden van de uithuisplaatsing zoeken in het belang van het kind, geven de documenten die specifiek gaan over kinderen die niet thuis kunnen wonen, een net iets ander criterium. De *Guidelines on Alternative Care* stellen dat de uithuisplaatsing kan worden ingezet als het welzijn van het kind in het geding is.⁶⁹ *De Declaration on Foster Care and Adoption* stelt dat het moet gaan om een situatie waarin de zorg van de ouder(s) afwezig, of *inappropriate* is.⁷⁰ Hoewel die formuleringen anders zijn dan het uit de criterium 'noodzakelijk in het belang van het kind', kan niet worden gesteld dat ze daarmee in strijd zijn. Het belang van het kind zal immers zien op het welzijn van het kind, terwijl (zoals hierna zal blijken) zowel onder het IVRK als onder het EVRM en het IVBPR bedoeld wordt op de rol die ouders spelen in het beschermen van de belangen van hun kind. Desalniettemin bieden beide formuleringen minder ruimte om de mening en rechten van het kind mee te nemen in de belangenafweging, nu de formulering niet is gekoppeld aan het belang van het kind. Zoals in par. 2.5.3 bepleit, zal bij een

68 Detrick 1999, p. 168. Opname van dit voorbeeld zou een interessante toevoeging aan het verdrag hebben gegeven. Wanneer ouders en hun kinderen het niet eens zijn over de vaste woon- of verblijfplaats van het kind hebben we te maken met een kind dat zelf opkomt voor zijn rechten, los van zijn ouders. De spanning tussen kinderen als zelfstandig rechtssubject en de begeleidende rol van ouders komt dan op scherp te staan. Het is wat mij betreft dan ook te betreuren dat deze zinsnede de tekst van het verdrag niet heeft gehaald, niet omdat kinderen perse zelf moeten beslissen waar ze wonen, maar omdat de wens van een kind om niet meer thuis te wonen wel serieus genomen moet worden. Het serieus nemen van een wens gaat immers gemakkelijker wanneer deze is vervat in een recht, dan wanneer het kind moet vertrouwen op de welwillendheid van volwassenen. Hiermee zou derhalve benadrukt kunnen worden dat het kind zelfstandig subject is van rechten en dat de begeleiding die ouders geven bij het uitoefenen van rechten aan grenzen is gebonden.

69 *Guidelines on Alternative Care*, par. 39.

70 *Declaration on Foster Care and Adoption*, artikel 4.

zorgvuldige invulling van de belangen van het kind immers ook altijd de mening van het kind zelf worden meegewogen.

3.5 DE INVULLING VAN DE NOODZAKELIJKHEIDSTOETS

Het is als gesteld niet gemakkelijk om de noodzakelijkheidstoets bij een uithuisplaatsingsbeslissing in te vullen nu lidstaten juist een ruime beoordelingsruimte wordt geboden bij de beslissing om het kind uit huis te plaatsen. Een zorgvuldige analyse van kinder- en mensenrechtendocumenten laat zien dat in ieder geval moet worden voldaan aan vier criteria, die hieronder zullen worden uitgewerkt.

3.5.1 Het schadebeginsel

Een eerste vereiste aan de noodzakelijkheidstoets kan worden beschreven als een ‘schadebeginsel’. Het is voor de uithuisplaatsingsbeslissing niet voldoende wanneer het kind ergens anders beter af zou zijn.⁷¹ Pas wanneer de minderjarige daadwerkelijk benadeeld wordt in zijn ontwikkeling kan een uithuisplaatsing gerechtvaardigd worden.⁷² Richtinggevend daarbij is de vraag of de ouder inbreuk maakt op een recht van het kind en om welk recht het dan gaat. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het recht op godsdienstvrijheid,⁷³ het recht op onderwijs,⁷⁴ het recht op vrijheid van meningsuiting of het recht op bescherming tegen geweld.⁷⁵ Voor de meeste van deze rechten

71 EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 50; EHRM 14 januari 2003, appl. no. 27751/95 (*K.A. tegen Finland*), par. 92; EHRM 24 maart 1988, appl. no. 10465/83 (*Olsson tegen Zweden – Olsson I*), par. 72. EHRM 10 januari 2019, appl. no. 18925/15 (*Wunderlich tegen Duitsland*), par. 48. Zie daarover ook EHRC 2019/74. Zie ook Ferrer Riba 2010, p. 18.

72 Ferrer Riba 2010, p. 18. Een voorbeeld is de zaak *Zhou tegen Italië* waarin de moeder niet in staat was om het kind zelf de extra zorg te geven die het nodig had. Hierdoor verliep de ontwikkeling van het kind zorgelijk. Desalniettemin was het gedrag van de moeder niet negatief geweest voor het kind, en kon derhalve de uithuisplaatsing niet worden gerechtvaardigd; zie EHRM 21 januari 2014, appl. no. 33773/11 (*Zhou tegen Italië*) par. 57.

73 Zoals bijvoorbeeld het geval was in EHRM 22 maart 2018, appl. nos. 68125/14 en 72204/14 (*Wetjen en anderen tegen Duitsland*).

74 Zoals bijvoorbeeld het geval was in EHRM 10 januari 2019, appl. no. 18925/15 (*Wunderlich tegen Duitsland*).

75 Zie met name EHRM 23 september 1998, appl. no. 25599/94 (*A. tegen het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 mei 2001, appl. no. 29392/95, (*Z. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2001/46 m.nt. Brems; en EHRM 26 november 2002, appl. no. 33218/96, EHRC 2003/14 (*E. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), m.nt. Janssen. Ook in de bovengenoemde zaak *Wunderlich tegen Duitsland*, werd de uithuisplaatsing gerechtvaardigd doordat de geloofs-overtuiging van ouders met zich mee bracht dat de kinderen geslagen werden met een

geldt dat ouders, en vervolgens lidstaten, een vrij ruime beoordelingsmarge hebben om invulling te geven aan die rechten. Zo zal een zeer strikte religieuze opvoeding waarbij kinderen verplicht worden om dagelijks uren aan Bijbelstudie te wijden, tegenwoordige wellicht enkele wenkbrauwen doen fronsen, het zal niet direct aanleiding geven voor een uithuisplaatsing. Ouders die hun kind geen enkele inspraak geven in familieaangelegenheden zullen eveneens in de ogen van voorstanders van kinderrechten geen voorbeeldfunctie vervullen, maar ook hier zal een uithuisplaatsing niet op zijn plaats zijn.

Doorgaans gaat het in zaken omtrent de uithuisplaatsing van de minderjarige om zijn recht op ontwikkeling en de vraag in hoeverre ouders die ontwikkeling voldoende stimuleren. Nu het kind echter ook een sterk belang heeft bij het voorkomen van een scheiding met zijn ouders, zullen zorgen hieromtrent alleen een uithuisplaatsing kunnen rechtvaardigen wanneer de ouder de ontwikkeling van het kind ook daadwerkelijk kwaad doet.⁷⁶ Zo ging het in de zaak *Wunderlich tegen Duitsland* bijvoorbeeld om ouders die weigerden hun kinderen naar school te sturen en vanuit religieuze overwegingen besloten om hun kinderen thuisonderwijs te geven. Nadat de Duitse autoriteiten meerdere boetes hadden opgelegd aan de ouders werd besloten om de ouders gedeeltelijk uit het gezag te ontheffen en de kinderen tijdelijk uit huis te plaatsen. Het EHRM oordeelde dat de maatregelen gerechtvaardigd konden worden omdat de kinderen ‘would not only acquire knowledge but also learn social skills, such as tolerance or assertiveness, and have contact with persons other than their family, in particular children of their own age’.⁷⁷ De genomen maatregelen was dan ook erop gericht ‘to prevent social isolation of the applicants’ children and ensure their integration into society’.⁷⁸ Het Hof was dus met de Duitse autoriteiten van mening: ‘that children were endangered by the applicants by not sending them to school and keeping them in a “symbiotic” family system’.⁷⁹

Gaat het echter om een absoluut geformuleerd recht, zoals het recht op vrijheid van geweld, dan is de afweging veel gemakkelijker te maken. Zowel onder het IVRK, als onder het EVRM en het IVBPR wordt een duidelijke grens getrokken waar het gaat om kindermishandeling. Gaat het om ernstige gevallen

stok. Zie EHRM 22 maart 2018, appl. nos. 68125/14 en 72204/14 (*Wetjen en anderen tegen Duitsland*).

76 Het VN-Kinderrechtencomité stelt: ‘such separation should only occur as a last resort measure, as when the child is in danger of experiencing imminent harm or when otherwise necessary’; zie VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 61. Zie onder het EHRM bijvoorbeeld de hierboven genoemde zaak *Zhou tegen Italië*. Zie EHRM 21 januari 2014, appl. no. 33773/11 (*Zhou tegen Italië*), par. 57. Zie ook bijv. EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*), par. 84; EHRM 26 oktober 2006 appl. no. 23848/04 (*Walova en Walla tegen Tsjechië*), par. 72.

77 EHRM 10 januari 2019, appl. no. 18925/15 (*Wunderlich tegen Duitsland*), par. 49.

78 EHRM 10 januari 2019, appl. no. 18925/15 (*Wunderlich tegen Duitsland*), par. 51.

79 EHRM 10 januari 2019, appl. no. 18925/15 (*Wunderlich tegen Duitsland*), par. 51.

van kindermishandeling dan verwordt de ruimte om in te grijpen een verplichting om te handelen (zie hierover verder par. 3.6).

3.5.2 De doelmatigheid

Ten tweede moet worden gekeken naar wat ik zal omschrijven als het doelmatigheidscriterium. Het doelmatigheidsvereiste of het vereiste van *suitability* ziet erop dat de genomen maatregelen er redelijkerwijs toe kunnen leiden dat het beoogde doel bereikt wordt.⁸⁰ Hoewel bepleit zou kunnen worden dat onder dit criterium ook gekeken moet worden naar de effectiviteit van de uithuisplaatsing als maatregel *an sich*,⁸¹ vertaalt het criterium in kinder- en mensenrechtendocumenten zich vooralsnog in een focus op de rol van de ouder. Het criterium wordt bovendien meestal niet expliciet benoemd, maar volgt uit de redenering van de toezichthoudende instanties. Meer algemeen kan gesteld worden dat het criterium volgt uit het proportionaliteitsvereiste dat inherent onderdeel uitmaakt van een toetsing aan mensenrechten.⁸² Waar het gaat om de uithuisplaatsing vertaalt dit criterium zich in de vraag of de problemen die aanleiding geven voor de uithuisplaatsing samenhangen met de zorg die ouders (kunnen) bieden.⁸³ Ligt de oorzaak van de problemen niet bij de ouders, dan zal een scheiding van het kind en zijn ouders de gestelde problemen logischerwijs niet oplossen en wordt niet voldaan aan het doelmatigheidscriterium.

Smyth laat zien dat de gronden die artikel 9 IVRK noemt voor een uithuisplaatsing gaan over de relatie tussen kinderen en hun ouders en hun persoon-

80 Dit criterium wordt doorgaans besproken onder '*suitability*' of onder '*effectiveness*' en ziet erop dat, wil een inbreuk te rechtvaardigen zijn, dan moet het ingezette middel er redelijkerwijs wel toe kunnen leiden dat het beoogde doel bereikt wordt. Veelal wordt het vereiste ook beschreven als onderdeel van de proportionaliteitstoets. Zie hierover ook Gerards 2013, p. 473 en Christoffersen 2009, p. 165.

81 Zie ook Bruning 2013, p. 39. Zie hierover ook Van Bueren 2007, p. 137.

82 Zo oordeelde het EHRM dat het proportionaliteitsvereiste inherent ligt besloten in het EVRM als geheel; zie EHRM 7 juli 1989, appl no 14038/88 (*Soering tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 89. Zie hierover uitgebreider Gerards 2013, p. 467.

83 De aanname dat de beslissing tot uithuisplaatsing draait om de rol van ouder(s) wordt onderschreven in de literatuur. Pas wanneer die opvoeding en verzorging niet goed genoeg is, komt de staat aan zet. Minow stelt daarover: 'The basic framework rests on a sharp distinction between public and private responsibilities for children. Using this public/private distinction, the framework assigns childcare responsibilities to parents and thereby avoids public responsibility for children. Public power becomes relevant only in exceptional circumstances, when parents default'. Minow gaat er dus van uit dat ingrijpen gerechtvaardigd is wanneer ouders het laten afweten. Zie Minow 1986, p. 7. Gherge stelt dat 'Child protection represents the set of rights and duties acknowledged in the child's interest, to his/her natural or foster parents, whose exercise, and fulfillment, respectively, has as purpose the insurance of the child's raising, education and the formation for life'. Zie Gherge 2009, p. 414-419.

lijke omstandigheden.⁸⁴ De voorbeelden die artikel 9 noemt, zien immers allemaal op de rol van de ouder. En ook onder het IVBPR en het EVRM zal steeds gekeken worden naar de rol van ouders bij het beschermen van de belangen van hun kind. Zo benadrukte het Europese Hof in verschillende zaken dat het gedrag van de ouder niet schadelijk was geweest voor het kind hetgeen bijdroeg aan de conclusie dat de uithuisplaatsing niet gerechtvaardigd kon worden.⁸⁵ In *S.H. tegen Italië* werd eveneens opgemerkt dat het gedrag van de moeder niet schadelijk was voor de kinderen. Hoewel haar in deze zaak dus geen verwijt kon worden gemaakt, kon de uithuisplaatsing wel worden gerechtvaardigd onder artikel 8 EVRM. De moeder in deze zaak was namelijk vanwege gezondheidsproblemen simpelweg niet in staat om voor de kinderen te zorgen.⁸⁶

Het doelmatigheidscriterium overlapt deels met het onder 3.5.4 te bespreken criterium dat er geen minder ingrijpende middelen voorhanden mogen zijn. Vaak zullen problemen die niet direct samenhangen met het handelen (of nalaten daarvan) van de ouders, immers op een minder ingrijpende manier opgelost kunnen worden. Zo ging het in de zaak *Moser tegen Oostenrijk* om een alleenstaande moeder zonder verblijfsvergunning.⁸⁷ Als gevolg van haar onzekere verblijfsstatus had ze geen vaste woon- of verblijfplaats en ook onvoldoende financiële middelen. Het Europese Hof oordeelde in deze zaak dat de uithuisplaatsing van haar zoon enkele dagen na de geboorte in strijd was artikel 8 EVRM, nu de autoriteiten op zoek hadden moeten gaan naar alternatieve manieren om de problemen van het jonge gezin op te lossen. Ook in deze zaak merkte het Hof op dat de reden voor de uithuisplaatsing niet was dat de moeder incompetent zou zijn om voor haar kind te zorgen.⁸⁸ Hoewel het doelmatigheidscriterium in dergelijke zaken overlapt met de vraag naar minder ingrijpende middelen, is het naar mijn oordeel zinnig om de twee vragen apart te behandelen. Op die manier kan worden voorkomen dat politiek gevoelige discussies ontstaan over de vraag of een onzekere verblijfstatus of bijvoorbeeld financiële beperkingen het gevolg zijn van het handelen van de ouder.

84 Zie hierover ook Smyth 2013, p. 143.

85 Zie onder meer EHRM 16 februari 2016, appl. no. 72850/14 (*Soares de Melo tegen Portugal*); EHRM 21 januari 2014, appl. no. 33773/11 (*Zhou tegen Italië*). EHRM 22 juni 2017, appl. no. 37931/15 (*Barnea en Caldararu tegen Italië*).

86 EHRM 13 oktober 2015, appl. no. 52557/14 (*S.H. tegen Italië*), par. 50. Overigens kan het natuurlijk zo zijn dat met de uithuisplaatsing ook andere omstandigheden veranderen zoals de financiële mogelijkheden van de (pleeg)ouders, of een verbetering van de leefomgeving van het kind. Dergelijke problemen moeten echter met het oog op het criterium van minst ingrijpende maatregel anders worden opgelost en kunnen de uithuisplaatsingsbeslissing niet rechtvaardigen.

87 EHRM 21 september 2006, appl. no. 12643/02 (*Moser tegen Oostenrijk*).

88 EHRM 21 september 2006, appl. no. 12643/02 (*Moser tegen Oostenrijk*), par. 68.

3.5.3 De impact van het ingrijpen op het gezin moet zijn onderzocht

Een derde criterium waarnaar wordt gekeken bij de uithuisplaatsingsbeslissing is de vraag of een zorgvuldige beoordeling is gemaakt van de impact die de beslissing heeft op alle betrokken gezinsleden.⁸⁹ Dat criterium wordt onderstreept in de jurisprudentie van het EHRM⁹⁰ Het EHRM oordeelt in verschillende zaken dat: 'it is for the respondent State to establish that a careful assessment of the impact of the proposed care measure on the parents and the child (...) was carried out'.⁹¹

Zoals uit de eerste twee criteria naar voren kwam, draait de uithuisplaatsingsbeslissing om de rol van ouders in het beschermen van de belangen van hun kind. Daarbij kan met name het handelen van ouders dat de ontwikkeling van het kind schaadt tot een uithuisplaatsing kan leiden. Tot hier draait de besluitvorming zo primair om de belangen van het kind, terwijl het handelen van de ouder (of het nalaten daarvan) juist reden kan vormen voor de uithuisplaatsing. Onder dit derde criterium wordt het belang van de ouder bij bescherming van zijn recht op familielevens betrokken in de belangenafweging. Maar ook de te verwachten impact op het kind wordt hier meegenomen. De te verwachten impact van een uithuisplaatsing wordt daarbij in ieder geval veel groter geacht wanneer het gaat om een spoeduthuisplaatsing,⁹² wanneer ouders of het kind niet gehoord zijn voorafgaand aan de beslissing⁹³ of als het gaat om pasgeboren baby's.⁹⁴ In *P.C. en S. tegen het Verenigd Koninkrijk* noemde het Hof de uithuisplaatsing van een pasgeboren baby een 'draconian step',⁹⁵ reden waarom er in die zaken buitengewoon dwingende redenen moeten zijn om een baby van zijn ouders te scheiden.⁹⁶

89 Zie ook Forder 2007, p. 83 en Forder 2008, p. 49. Zie ook Bruning, in: *GS Personen en Familierecht*, artikel 1:265b BW, aant. 2.1.3.2 (online, bijgewerkt tot 16 september 2019).

90 Deze afweging komt niet naar voren onder het IVBPR noch onder het IVRK. Dat is niet verwonderlijk nu de jurisprudentie onder het IVBPR slechts twee zaken omvat en het IVRK betrekking heeft op de rechten van het kind, niet (of slechts afgeleid) die van de ouder(s).

91 EHRM 8 april 2004, appl. no. 11057/02 (*Haase tegen Duitsland*), par. 90; EHRM 11 december 2014, appl. no. 43643/10 (*Hanzelkovi tegen Tsjechië*), par. 72; EHRM 12 juli 2001, appl. no. 25702/95 (*K. en T. tegen Finland*), par. 166; EHRM 17 december 2002, appl. no. 35731/97 (*Venema tegen Nederland*), par. 93; EHRM 16 juni 2002, appl. no. 56547/00 (*P.C. en S. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 116.

92 EHRM 12 juli 2001, appl. no. 25702/95 (*K. en T. tegen Finland*).

93 EHRM 17 december 2002, appl. no. 35731/97 (*Venema tegen Nederland*); EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 59.

94 EHRM 8 april 2004, appl. no. 11057/02 (*Haase tegen Duitsland*).

95 EHRM 16 juni 2002, appl. no. 56547/00 (*P.C. en S. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 133.

96 EHRM 11 december 2014, appl. no. 43643/10 (*Hanzelkovi tegen Tsjechië*), par. 72; EHRM 12 juli 2001, appl. no. 25702/95 (*K. en T. tegen Finland*), par. 168; EHRM 8 april 2004, appl. no. 11057/02 (*Haase tegen Duitsland*), par. 91. Overigens is dit standpunt vanuit de gedragswetenschappelijke kennis omtrent de impact van een uithuisplaatsing op pasgeborenen wel te bekritisieren. Uit verschillende onderzoeken blijkt immers dat de impact van een uithuisplaatsing op pasgeborenen juist het minst groot is, nu jonge baby's zich nog niet

3.5.4 De vraag naar minder ingrijpende middelen

De laatste vraag waarnaar gekeken wordt bij de uithuisplaatsingsbeslissing is de vraag of minder ingrijpende middelen voorhanden zijn om hetzelfde doel te bereiken.⁹⁷ In dit criterium komt de status van de uithuisplaatsing als uiterste maatregel duidelijk tot uiting.⁹⁸ De beslissing kan alleen worden gerechtvaardigd wanneer er geen andere, minder ingrijpende middelen zijn om het doel te bereiken. Deze toets wordt ook wel aangeduid als de vraag naar subsidiariteit en maakt onderdeel uit van de door het Europese Hof gezochte *sufficient reasons*.

Deze subsidiariteitstoets hangt samen met de positieve verplichtingen van staten om het familieleven te beschermen.⁹⁹ De lidstaat moet er immers alles aan doen om het gezin bijeen te houden. Pas wanneer het kind alleen beschermd kan worden wanneer het gescheiden wordt van zijn ouders, is de uithuisplaatsing te rechtvaardigen. Zo stelt ook het VN-Kinderrechtencomité in *General Comment* no 14: 'Before resorting to separation, the State should provide support to the parents in assuming their parental responsibilities, and restore or enhance the family's capacity to take care of the child'.¹⁰⁰ Die minder vergaande middelen kunnen zien op het bieden van materiële of financiële ondersteuning, het bieden van opvoedingsondersteuning of specifieke ondersteuning aan ouders met een handicap.

Het EHRM let in zaken omtrent de uithuisplaatsing scherp op de vraag of minder ingrijpende middelen voorhanden waren geweest. Hoe ver de verplichting van de staat reikt om andere middelen te vinden, is echter niet geheel duidelijk. Brems en Lavrysen wijzen erop dat het Hof daar weinig duidelijkheid over geeft. Zo verwijt het in de zaak *Moser tegen Oostenrijk* de staat een 'failure to make a full assessment of all possible alternatives'.¹⁰¹ In latere zaken verlangt het Hof echter wel van staten dat naar minder ingrijpende middelen is gekeken, maar herhaalt het niet meer de strikte bewoordingen uit *Moser tegen Oostenrijk*.¹⁰² Of van lidstaten wordt verlangd dat zij een volledige analyse van alle andere mogelijkheden maken, of slechts dat ze ook

aan een vast persoon hebben gehecht. Zie daarover onder meer Juffer 2010, p. 9. Het uitgangspunt van het EHRM lijkt zich hier derhalve vooral te richten op de rechten van ouders.

97 Zie ook Ferrer Riba 2010, p. 18; Forder 2007, p. 83 en Forder 2008, p. 49.

98 Vgl. VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 61.

99 Vgl. ook artikel 23 IVBRP. Cantwell bepleit dat door verwelcoming van de *Guidelines on Alternative Care* door de VN, het *necessity* principe nu intergraal onderdeel uitmaakt van het kader waarbinnen beslissingen over alternatieve zorg moeten worden genomen. Uit dit *necessity principle* volgt dat de plaatsing alleen gerechtvaardigd kan worden wanneer het ook met ondersteuning in de thuissituatie niet mogelijk is dat het kind thuis blijft wonen; zie Cantwell 2015, p. 261.

100 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 61. Zie ook Sandberg 2019, p. 12-13.

101 EHRM 21 september 2006, appl. no. 12643/02 (*Moser tegen Oostenrijk*), par. 71.

102 Brems & Lavrysen 2015, p. 18.

andere mogelijkheden in overweging moeten hebben genomen, is dan ook niet duidelijk. Wel is duidelijk dat gekeken moet worden naar de vraag of de uithuisplaatsing met materiële, financiële of sociale ondersteuning kan worden voorkomen.

3.5.4.1 *Minder ingrijpende middelen: materiële of financiële ondersteuning aan het gezin*

Dat de staat het gezin moet ondersteunen, wordt alom erkend in mensen- en kinderrechtenverdragen. Zo stelt artikel 23 IVBPR dat het gezin recht heeft op ondersteuning van de staat. Lidstaten bij het IVBPR moeten aan het VN-Mensenrechtencomité rapporteren in hoeverre de staat de sociale diensten in hun land financieel en anderszins ondersteunt.¹⁰³ Het IVRK is explicieter en stelt dat kinderen recht hebben op een levensstandaard die toereikend is voor de ontwikkeling van het kind.¹⁰⁴ De eerste verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij ouders. Lidstaten hebben vervolgens een verplichting ouders hierbij te ondersteunen en waar dat nodig is materiële bijstand en ondersteuning te bieden.¹⁰⁵ Die verplichting geldt in het bijzonder voor voeding, kleding en huisvesting.¹⁰⁶

Gelet op deze verplichting om het gezin financiële ondersteuning te bieden, is het logisch dat het VN-Kinderrechtencomité in *General Comment 14* stelt dat een uithuisplaatsing nooit gerechtvaardigd kan worden door financiële of materiële tekortkomingen, dan wel omstandigheden die het directe gevolg zijn van armoede.¹⁰⁷ En ook de *Guidelines on Alternative Care* stellen in paragraaf 15: 'Financial and material poverty, or conditions directly and uniquely imputable to such poverty, should never be the only justification for the removal of a child from parental care'.

Dezelfde lijn wordt aangehouden door het EHRM.¹⁰⁸ Hoewel de gevolgen van het leven in armoede op zichzelf genomen voldoende ernstig kunnen zijn om een uithuisplaatsing te rechtvaardigen, moeten deze problemen op een andere manier worden opgelost. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak *Savigny tegen Oekraïne*. In die zaak ging het om de uithuisplaatsing van zeven kinderen. Beide ouders waren sinds hun geboorte blind en kampten met

103 VN-Mensenrechtencomité, General Comment nummer 19, par. 3. De verplichting om naar minder vergaande middelen te kijken kwam impliciet naar voren in de zaak *Buckle tegen Nieuw-Zeeland*, waarin het VN-Mensenrechtencomité bij de beoordeling van de uithuisplaatsingsbeslissing inging op de inspanningen die waren genomen om de uithuisplaatsing te voorkomen. Mede door die inspanningen kwam het Hof in deze zaak niet tot een schending van het recht op bescherming van het familieleven van klagster; zie Mensenrechtencomité 16 november 2000, appl. no. 858/1999 (*Buckle tegen Nieuw-Zeeland*), par. 5.3.

104 Artikel 27 lid 1 IVRK.

105 Artikel 27 lid 2 IVRK.

106 Artikel 27 lid 3 IVRK.

107 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 62.

108 Zie hierover ook Forder 2008, p. 48.

financiële problemen. De aangevoerde redenen voor de uithuisplaatsing waren op zichzelf genomen voldoende om de plaatsing te rechtvaardigen; de ouders konden hun kinderen niet voorzien van voldoende voedsel en kleding, er was sprake van gebrekkige hygiëne en slechte gezondheidszorg en het ging met de kinderen zowel op sociaal als op educatief gebied niet goed. De rechten van de kinderen kwamen zo op meerdere manieren in de knel. Het Hof noemde deze problemen weliswaar voldoende relevant om een uithuisplaatsing te rechtvaardigen, maar verweet het de lidstaat dat nergens in de procedure was gekeken of de problemen opgelost hadden kunnen worden door het verlenen van financiële en sociale ondersteuning en begeleiding.¹⁰⁹

In latere zaken is het Hof nog concreter. Zo oordeelde het in *Soares de Melo tegen Portugal* dat Portugese autoriteiten in dit geval, in plaats van de kinderen uit huis te plaatsen, aanvullende financiële en materiële steun had moeten geven.¹¹⁰ Zo had de staat de moeder kunnen voorzien in basisbehoeften als voedsel, elektriciteit en stromend water. Ook hadden ze ervoor moeten zorgen dat de jongste kinderen uit het gezin gebruik hadden kunnen maken van dagopvang zodat de moeder een inkomen had kunnen genereren. Voorts hadden ze de moeder moeten begeleiden en adviseren bij onder andere het vinden van sociale uitkeringen, kansen voor sociale huisvesting en andere mogelijkheden om hun moeilijkheden te overwinnen.¹¹¹

3.5.4.2 Minder ingrijpende middelen: opvoedingsondersteuning

Naast een verplichting om gezinnen die in armoede leven te ondersteunen, volgt uit kinder- en mensenrechtendocumenten ook een verplichting tot het bieden van opvoedingsondersteuning. Het meest duidelijk wordt die verplichting verwoord in artikel 18 IVRK waarin staat dat ouders de eerste verantwoor-

109 EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 57.

110 In de uitspraak verwijst het Hof uitgebreid naar de *Concluding Observations* van het Kinderrechtencomité waarin het VN-Kinderrechtencomité zijn zorgen uit over gebrekkige ondersteuning van de Portugese overheid aan families die in armoede leven; zie EHRM 16 februari 2016, appl. no. 72850/14 (*Soares de Melo tegen Portugal*), par. 57.

111 Het Hof stelt: 'En dépit du dénuement matériel manifeste constaté au cours des différentes visites au domicile de la requérante, les autorités internes n'ont pas essayé de combler ces carences au moyen d'une aide financière supplémentaire afin de couvrir les besoins primaires de la famille (par exemple en matière d'alimentation, d'électricité et d'eau courante) et les frais d'accueil des enfants les plus jeunes dans des crèches familiales pour permettre à l'intéressée d'exercer une activité professionnelle rémunérée. (...) Par ailleurs, elle rappelle que le rôle des autorités de protection sociale est précisément celui d'aider les personnes en difficulté, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales disponibles, aux possibilités d'obtenir un logement social ou aux autres moyens de surmonter leurs difficultés.'; zie EHRM 16 februari 2016, appl. no. 72850/14 (*Soares de Melo tegen Portugal*), par. 106. Zie in dezelfde lijn ook EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*); EHRM 22 juni 2017, appl. no. 37931/15 (*Barnea en Caldararu tegen Italië*) en EHRM 26 oktober 2006, appl. no. 23848/04 (*Wallova en Walla tegen Tsjechië*).

delijkheid hebben voor hun kind, terwijl de staat ouders bij de opvoeding passende ondersteuning geeft. In de aanbevelingen die het VN-Kinderrechtencomité opstelde naar aanleiding van de *Day of General Discussion* over kinderen zonder ouderlijke zorg,¹¹² benadrukt het Comité het belang van opvoedingsondersteuning. Geld besteden aan opvoedingsondersteuning kan volgens het Comité voorkomen dat kinderen uit huis geplaatst moeten worden.¹¹³

Het EHRM kijkt ook naar de vraag of opvoedingsondersteuning is geboden. In de zaak *Zhou tegen Italië* voor het EHRM ging het om extra opvoedingsondersteuning die aan de moeder geboden had moeten worden. De moeder in deze zaak was niet in staat om het kind zelf de extra zorg te geven die het kind nodig had. Als gevolg daarvan waren er zorgen over de ontwikkeling van het kind. Desalniettemin was het gedrag van de moeder niet negatief geweest voor het kind.¹¹⁴ De staat had daarom alle mogelijke maatregelen die redelijkerwijs konden worden verwacht moeten nemen om het gezinsleven van de klaagster (moeder) en haar dochter te beschermen.¹¹⁵

Waar het gaat om ouders die vanwege een handicap niet voor hun kind kunnen zorgen, stelt het VN-Kinderrechtencomité in *General Comment 14* dat een handicap nooit de enige reden mag zijn dat kinderen uit huis geplaatst worden.¹¹⁶ Het EHRM let bij de beoordeling van zaken omtrent ouders met een handicap vooral op de vraag of goed gekeken is naar andere mogelijkheden. In de hierboven beschreven zaak *Saviny tegen Oekraïne* waren beide ouders blind. Hoewel het Hof in zijn beoordeling vooral de nadruk legt op het overwinnen van de financiële en materiële tekortkomingen van het gezin, is duidelijk dat alleen de visuele beperking van de ouders de uithuisplaatsing niet kan rechtvaardigen. Er had onderzocht moeten worden of er andere mogelijkheden voorhanden waren.¹¹⁷ In andere zaken voor het Hof ging het om ouders met een intellectuele beperking, zoals bijvoorbeeld in de zaak *Kutzner tegen Duitsland*, waarin het Hof oordeelde dat de uithuisplaatsing van de twee dochters van intellectueel beperkte ouders niet voldoende onderbouwd was en dat onvoldoende was gekeken naar minder ingrijpende middelen.¹¹⁸

112 VN-Kinderrechtencomité 2006a. Deze *Day of General Discussion* vormde tevens aanleiding tot het opstellen van de *Guidelines on Alternative Care*; zie par. 688 van het verslag van de *Day of General Discussion*.

113 VN-Kinderrechtencomité 2006a.

114 EHRM 21 januari 2014, appl. no. 33773/11 (*Zhou tegen Italië*), par. 57.

115 EHRM 21 januari 2014, appl. no. 33773/11 (*Zhou tegen Italië*), par. 49.

116 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 63. Ditzelfde is ook expliciet opgenomen in artikel 23 lid 4 van het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap.

117 EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*).

118 EHRM 26 februari 2002, appl. no. 46544/99 (*Kutzner tegen Duitsland*). Overigens is de redenering van het Hof in deze zaak lastig te volgen, hetgeen ook wordt benadrukt in de concurring opinion van rechter Pellonpää bij de uitspraak. Zie over de redenering van het Hof in deze zaak ook Kilkelly 2004, p. 16-17. Zie over intellectueel beperkte ouders ook EHRM 29 maart 2016, appl. no. 16899/13 (*Kocherov en Sergeyeva tegen Rusland*), waarin de licht verstandelijk beperkte vader van een minderjarige geen toestemming kreeg om,

3.5.4.3 Minder ingrijpende middelen: het handelen van de ouder

Bij de vraag in hoeverre de problemen ook op een andere manier opgelost hadden kunnen worden, kijkt het Europese Hof ook naar de vraag of de ouders iets verweten kon worden. In de meeste zaken waarin het Hof concludeerde dat de uithuisplaatsing een schending van artikel 8 EVRM opleverde, omdat te weinig was gekeken naar minder ingrijpende middelen, wijst het Hof erop dat ouders niet schadelijk hebben gehandeld jegens het kind.¹¹⁹ Een voorbeeld is de zaak *Barnea en Caldararu tegen Italië*. In die zaak waren er weliswaar zorgen over de woonomstandigheden in het Roma-kamp waarin de minderjarige woonde, maar leken de ouders in staat hun rol als ouder te vervullen en hadden zij geen negatieve invloed op de ontwikkeling van het kind. Ook er was nooit sprake geweest van kindermishandeling, misbruik of verwaarlozing. Dat de kinderen in de zaak toch uit huis waren geplaatst leidde dan ook tot een schending van artikel 8 EVRM.¹²⁰ In *Achim tegen Roemenië* echter waren de problemen net als in *Barnea en Caldararu tegen Italië* gerelateerd aan de armoede van de ouders, maar werkten de ouders ook niet mee met de geboden hulpverlening. Bovendien hadden zij de gezondheid van hun kinderen en hun educatieve en sociale ontwikkeling verwaarloosd. In dat geval leverde de (tijdelijke) uithuisplaatsing van de minderjarigen geen schending van artikel 8 EVRM op.¹²¹

Dat het Europese Hof erop let of ouders een verwijt kan worden gemaakt, is logisch. In die gevallen waarin ouders immers wel verwijtbaar hebben gehandeld, zal de verwachting dat andere middelen zullen volstaan immers ook minder groot zijn. Dat de vraag of ouders iets verweten kan worden niet doorslaggevend hoeft te zijn kwam echter naar voren in boven beschreven zaak *S.H. tegen Italië*. Hoewel de moeder hier niets te verwijten viel, leverde

nadat hij een zelfstandige woning had gevonden, zijn vierjarige dochter te gaan verzorgen. Opnieuw oordeelt het Hof dat beter gekeken had moeten worden naar alternatieve mogelijkheden en komt het Hof tot een schending van artikel 8 EVRM. In de zaak *A.K. en L. tegen Kroatië* gaat het eveneens om intellectueel beperkte ouders. In dit geval hangt de schending van artikel 8 EVRM echter samen met de vaststelling van het Hof dat ouders onvoldoende waren ondersteund en betrokken bij de procedure; zie EHRM 8 januari 2013, appl. no. 37956/11 (*A.K. en L. tegen Kroatië*). Overigens verwijst het EHRM in de zaak *A.K. en L. tegen Kroatië* naar de European Convention on the Adoption of Children, ondanks het feit dat deze conventie niet door Kroatië is ondertekend, waarmee het Hof laat zien dat het andere internationale documenten betreft bij de interpretatie van verdragsbepalingen, ongeacht de vraag of de betreffende lidstaat dit specifieke document ook heeft ondertekend. Zie daarover Glas 2017, p. 105.

¹¹⁹ Zie onder meer EHRM 16 februari 2016, appl. no. 72850/14 (*Soares de Melo tegen Portugal*); EHRM 18 juni 2013, appl. no. 28775/12 (*R.M.S. tegen Spanje*) en EHRM 22 juni 2017, appl. no. 37931/15 (*Barnea en Caldararu tegen Italië*).

¹²⁰ EHRM 22 juni 2017, appl. no. 37931/15 (*Barnea en Caldararu tegen Italië*).

¹²¹ EHRM 24 oktober 2017, appl. no. 45959/11 (*Achim tegen Roemenië*).

de initiële beslissing om de kinderen uit huis in dit geval geen schending op van artikel 8 EVRM.¹²²

3.6 VERPLICHTING TOT INGRIJPEN BIJ KINDERMISHANDELING

In kinderrechtendocumenten wordt zo paal en perk gesteld aan de beslissing tot uithuisplaatsing. Ingrijpen in het gezinsleven is toegestaan, maar alleen wanneer dat ingrijpen voldoet aan de bovenbeschreven criteria. Daartegenover staat echter een verplichting voor lidstaten om in te grijpen wanneer het kind thuis (ernstig) wordt mishandeld. Juist het verbod op geweld is immers een absoluut gebod, dat zich niet alleen uitstrekt over geweld gepleegd door overheidsfunctionarissen, maar ook ziet op de verplichting van de staat om bescherming te bieden tegen geweld door (onder meer) ouders jegens hun kinderen. Daarbij moet worden opgemerkt dat de verplichting van de overheid om in te grijpen en het kind uit huis te plaatsen alleen van toepassing is wanneer sprake is van ernstige mishandeling. Het gaat dan om situaties waarin de mishandeling kan worden geschaard onder het martelverbod dat is vastgelegd in artikel 3 EVRM.¹²³

Het VN-Kinderrechtencomité voert in geval van kindermishandeling al jaren een *zero-tolerance* beleid. Het gaat ervan uit dat alle vormen van geweld tegen kinderen te voorkomen zijn en geen enkele vorm van geweld tegen kinderen te rechtvaardigen is.¹²⁴ De staat heeft hierbij een vergaande verplichting om kinderen te beschermen tegen geweld door hun ouders, een verplichting die direct volgt uit artikel 19 IVRK. Daarin staat expliciet dat staten alle passende maatregelen moeten nemen op wettelijke, bestuurlijke, sociaal én opvoedkundig gebied. Dit teneinde kinderen te beschermen tegen geweld *terwijl* zij onder de hoede zijn van ouders of verzorgers.¹²⁵ Hoewel de staat het kind dus moet

122 EHRM 13 oktober 2015, appl. no. 52557/14 (*S.H. tegen Italië*), par. 50. Overigens ging het in *Couillard Maugery tegen Frankrijk* ook om een uithuisplaatsing als gevolg van psychische problemen van de moeder. In dat geval echter weigerde de moeder ook mee te werken aan de geboden hulpverlening; zie EHRM 1 juli 2004, appl. no. 64796/01 (*Couillard Maugery tegen Frankrijk*).

123 Zoals bijvoorbeeld het geval was in EHRM 23 september 1998, appl. no. 25599/94 (*A. tegen het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 mei 2001, appl. no. 29392/95, EHRC 2001/46 (*Z. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), m.nt. Brems; en EHRM 26 november 2002, appl. no. 33218/96, (*E. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2003/14 m.nt. Janssen.

124 Zie onder meer VN-Kinderrechtencomité 2011, par. 3 en Algemene Vergadering Verenigde Naties, *Report of the Independent expert for the United Nations study on Violence against children 2006*, die beiden als uitgangspunt nemen dat 'No violence against children is justifiable; all violence against children is preventable'.

125 Overigens geeft General Comment 13 van het VN-Kinderrechtencomité zo'n brede definitie van het begrip 'onder de hoede zijn van ouders en verzorgers', dat de bescherming in artikel 19 zich in de interpretatie van het Comité uitstrekt over alle situaties waarin kinderen slachtoffer (kunnen) zijn van geweld, bijvoorbeeld wanneer het gaat om geweld gepleegd

beschermen tegen geweld, hoeft niet in alle gevallen te betekenen dat het kind direct uit huis wordt geplaatst.¹²⁶ Eerst gekeken zal moeten worden of het probleem binnen de thuissituatie opgelost kan worden.¹²⁷ Is een van de ouders de agressor dan vereist artikel 9 IVRK volgens Hodgkin en Newell dat gepoogd moet worden om een scheiding van het kind met de andere ouder te voorkomen.¹²⁸

Het EHRM heeft in verschillende uitspraken duidelijk gemaakt dat geweld tegen kinderen kan vallen onder het absoluut geformuleerde martelverbod artikel 3 EVRM, mits sprake is van een *minimum level of severity*.¹²⁹ Bruning wijst er in haar noot bij de zaak *D.M.D. tegen Roemenië* op dat ook het EHRM steeds duidelijker stelling neemt tegen het gebruik van geweld in de opvoeding.¹³⁰ De staat moet dan ingrijpen om het kind te beschermen, doet het dat niet dan leidt dat mogelijkwerwijs tot een schending van het martelverbod door de staat. Zo oordeelde het EHRM eerst in een aantal zaken dat geweld tegen kinderen door (semi-)overheidsinstellingen tot een schending van artikel 3 EVRM kan leiden.¹³¹ Later oordeelde het Hof dat ook wanneer het geweld plaatsvindt achter de voordeur van een gezin, de overheid zich schuldig kan maken aan een schending van dit artikel.¹³² De overheid moet, wanneer het wist of had kunnen weten dat er sprake is van geweld in een thuissituatie, maatregelen nemen om het kind te beschermen. De staat kan dus een schending van het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling worden verweten, wanneer een ouder (dus geen overheidsfunctionaris) zijn kind mishandelt. Datzelfde geldt bij andere vergaande inbreuken op de rechten van het kind. Zo kwam het EHRM in *V.C. tegen Italië* tot een schending van

door leeftijdsgenootjes (*peer group violence*), of geweld gepleegd door een buurman of buurvrouw. Zie VN-Kinderrechtencomité 2011, par. 36.

126 Hodgkin & Newell 2007, p. 269.

127 Hodgkin & Newell 2007, p. 269.

128 Hodgkin & Newell 2007, p. 268.

129 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 april 1978, appl. no. 5856/72 (*Tyrer tegen het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 23 september 1998, appl. no. 25599/94 (*A. tegen het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 26 november 2002, appl.no. 33218/96 (*E. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*). Daarnaast kan het ook zo zijn dat geweld tegen kinderen, hoewel niet de *minimum level of severity* zoals wordt vereist onder artikel 3 EVRM is bereikt, wel een inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit van het kind, zoals die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM; zie daarover EHRM 25 maart 1993, appl. no. 13134/39 (*Costello-Roberts tegen het Verenigd Koninkrijk*).

130 EHRM 3 oktober 2010, appl. no. 23022/13 (*D.M.D. tegen Roemenië*), EHRC 2018/5 m.nt. Bruning en Ölçer.

131 Zie EHRM 25 april 1978, appl. no. 5856/72 (*Tyrer tegen het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 februari 1982, appl. nos. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell en Cosans tegen het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 maart 1993, appl.no. 13134/39 (*Costello-Roberts tegen het Verenigd Koninkrijk*).

132 Zie met name EHRM 23 september 1998, appl. no. 25599/94 (*A. tegen het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 mei 2001, appl. no. 29392/95, (*Z. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2001/46 m.nt. Brems; en EHRM 26 november 2002, appl.no. 33218/96, (*E. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2003/14 m.nt. Janssen. Zie hierover ook Bruning 2003.

artikel 3 EVRM omdat de staat onvoldoende had gedaan om de minderjarige die zich in een prostitutie-netwerk bevond, te beschermen.¹³³

Dat de overheid verplicht is om maatregelen te nemen, betekent natuurlijk nog niet dat de kinderen uit huis geplaatst hadden moeten worden. Zo stelde het Hof in de zaak *E tegen het Verenigd Koninkrijk* vooral dat de autoriteiten in die zaak meer hadden moeten doen om duidelijk te krijgen of de eerder van seksueel misbruik veroordeelde stiefvader, zich in het huidige gezin ook misdroeg. Hadden ze geweten dat de kinderen inderdaad slachtoffer waren van seksuele en lichamelijke mishandeling, dan hadden ze meer kunnen doen om de kinderen te beschermen.¹³⁴ In de zaak *Z tegen het Verenigd Koninkrijk* kwam het Straatsburgse Hof tot eenzelfde conclusie maar stelde het Hof ook dat de kinderen uit huis geplaatst hadden moeten worden. In deze zaak ging het om vier kinderen die al vierenhalf jaar onder toezicht stonden van de plaatselijke autoriteiten. Toch hadden zij niet of niet voldoende opgemerkt dat de kinderen zeer ernstig verwaarloosd en emotioneel mishandeld werden. Het Europese Hof kwam in deze zaak tot een schending van artikel 3 EVRM. Daarbij wees het Hof expliciet op de mogelijkheid die de autoriteiten hebben om kinderen uit huis te plaatsen.¹³⁵ In andere zaken volgt de verplichting om de kinderen uit huis te plaatsen uit een *a-contrario* redenering van de uitspraak van het Hof. Dan gaat het om zaken waarin achteraf blijkt dat de vermoedens van kindermishandeling onjuist waren. Het Hof komt dan niet noodzakelijkerwijs tot een schending van artikel 8 EVRM omdat de staat – waren de vermoedens wel juist geweest – juist een verplichting had gehad om in te grijpen.¹³⁶ Kindermishandeling is daarbij al gauw voldoende rechtvaardiging om een kind uit huis te plaatsen.

Ook het VN-Mensenrechtencomité gaat ervan uit dat als er sprake is van kindermishandeling, de staat moet handelen. Die verplichting hangt samen met het in artikel 7 IVBPR vastgelegde martelverbod. Dat kindermishandeling kan vallen onder artikel 7 IVBPR stelt het VN-Mensenrechtencomité in *General Comment* nummer 20:

‘In the Committee’s view, moreover, the prohibition must extend to corporal punishment, including excessive chastisement ordered as punishment for a crime or as an educative or disciplinary measure. It is appropriate to emphasize in this regard that article 7 protects, in particular, children (...)’¹³⁷

133 EHRM 1 februari 2018, appl. no. 54227/14 (*V.C. tegen Italië*).

134 EHRM 26 november 2002, appl.no. 33218/96 (*E. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*).

135 EHRM 10 mei 2001, appl. no. 29392/95 (*Z. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 74.

136 Zie bijvoorbeeld EHRM 23 maart 2010, appl. nos. 45901/05 en 40146/06 (*M.A.K. and R.K. tegen het Verenigd Koninkrijk*).

137 VN-Mensenrechtencomité 1992, par. 5.

Dit absolute verbod op kindermishandeling, werd in een *concurring opinion* bij de zaak *X tegen Spanje*, nog eens benadrukt door rechters Wedgwood en Rodley. Zij stelden: 'children have a moral and legal right to protection against physical and sexual abuse'.¹³⁸

Het absolute verbod op kindermishandeling houdt ook bij het VN-Mensenrechtencomité in dat staten een verplichting hebben om in te grijpen wanneer sprake is van kindermishandeling. In het *General Comment* over de rechten van het kind stelt het VN-Mensenrechtencomité: 'in cases where the parents and the family seriously fail in their duties, ill-treat or neglect the child, the State should intervene to restrict parental authority and the child may be separated from his family when circumstances so require.'¹³⁹ De noodzaak om in te grijpen ontstaat zo wanneer ouders hun ouderlijke taken niet nakomen, of hun kinderen mishandelen of verwaarlozen.

Over deze verplichting om in te grijpen is echter nog geen jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité beschikbaar. De verplichting lijkt wel impliciet in de zaak *Juan Asensi Martinez tegen Paraguay* aanwezig. Deze zaak ging over de omgang tussen een vader en zijn dochters. In zijn overwegingen rekende het Comité het de staat aan dat het niets gedaan had met de zorgen van de vader omtrent verwaarlozing van zijn dochters, en zijn stelling dat de meisjes in onveilige omstandigheden leefden.¹⁴⁰

3.7 TUSSENCONCLUSIE

Op het moment dat een kind uit huis wordt geplaatst, nemen de nationale autoriteiten namens de ouder een beslissing over de belangen van het kind. Om te kunnen waarborgen dat de rechten van het kind centraal blijven staan bij deze beslissing is het van belang dat helder in kaart wordt gebracht welke rechten van het kind in het geding zijn bij deze beslissing.

Hoewel gesteld kan worden dat de uithuisplaatsing met zich meebrengt dat de staat namens de ouders het recht van het kind om zelf te bepalen waar hij woont uitoefent, worden beslissingen over de uithuisplaatsing doorgaans gekoppeld aan het recht op bescherming van het familieleven. Het genieten van elkaars gezelschap vormt een fundamenteel onderdeel van het recht op bescherming van het familieleven, waardoor een uithuisplaatsing inbreuk maakt op dit recht. Centraal bij de beoordeling daarvan staan de belangen van het kind. Over het vaststellen daarvan is in hoofdstuk 2 gesteld dat gekeken moet worden naar de rechten van het kind, de feitelijke kennis over

138 VN-Mensenrechtencomité 2 september 2008, appl. no. 1456/2006 (*X tegen Spanje*), concurring opinion van rechters Wedgwood en Rodley.

139 VN-Mensenrechtencomité 1989, par. 6.

140 VN-Mensenrechtencomité 24 april 2009, comm. nr. 1407/2005 (*Juan Asensi Martinez tegen Paraguay*), par. 7.4 en 7.5.

het kind en de mening van het kind. De specifieke rechten van het kind die centraal moeten staan bij beslissingen over de uithuisplaatsing, zijn het recht van het kind op bescherming van zijn familieleven en het recht van het kind op ontwikkeling. Vervolgens dienen gegevens over dit specifieke kind in kaart te worden gebracht, in samenhang met beschikbare kennis over de ontwikkeling van kinderen in de specifieke situatie en tot slot moet het kind in staat worden gesteld om zelf zijn mening te kunnen geven over de situatie.¹⁴¹

In dit hoofdstuk is gebleken dat vanuit de belangen van het kind bezien de uithuisplaatsing noodzakelijk is wanneer wordt voldaan aan vier criteria. Bij de beoordeling van deze criteria zullen steeds gegevens over het kind verzameld moeten worden op basis waarvan invulling gegeven kan worden aan de belangen van het kind. Daarbij kan worden gesteld dat de belangen van het kind vooropstaan, maar dat bij de invulling van de criteria ook belangen van ouders een rol spelen. Veelal zullen de belangen van het kind en de belangen van ouders niet helemaal van elkaar kunnen worden gescheiden.¹⁴²

Het eerste criterium kan worden omschreven als het schadebeginsel. Het handelen (of juist het nalaten) van de ouders moet ook daadwerkelijk schadelijk zijn voor de ontwikkeling van het kind. Daarvan kan al snel worden uitgegaan wanneer sprake is van kindermishandeling, maar ook bijvoorbeeld ouders die weigeren hun kind naar school te sturen kunnen de ontwikkeling van hun kind belemmeren. Voor de beoordeling van dit criterium dienen gegevens over de ontwikkeling van het kind beschikbaar te zijn. Deze gegevens moeten vervolgens worden geduid aan de hand van gedragswetenschappelijke kennis over de ontwikkeling van kinderen. Zo is er veel onderzoek gedaan naar de impact van een uithuisplaatsing op kinderen en de voor- of nadelen van thuisblijven in een specifieke situatie.¹⁴³ Het enkele feit dat een kind ergens anders beter af zou zijn, is niet voldoende om de uithuisplaatsing te rechtvaardigen. Wel zal een uithuisplaatsing in de regel gerechtvaardigd zijn als er sprake is van (ernstige vormen van) kindermishandeling.¹⁴⁴

Ten tweede moet de uithuisplaatsing effectief antwoord kunnen bieden op de gestelde problemen. Daarvoor dient duidelijk te zijn welke problemen spelen en (zover mogelijk) waar de oorzaak van deze problemen liggen.

141 Zie over het vaststellen van de relevante feiten en de participatie van het kind zelf respectievelijk par. 3.10 en 3.11 van dit hoofdstuk.

142 Zo wordt bij het beoordelen van de impact van de uithuisplaatsing op de betrokken gezinsleden niet alleen naar de impact op het kind zelf gekeken, maar ook naar de impact van beslissing op de ouders. Het EHRM oordeelt bijvoorbeeld dat zeer terughoudend om moet worden gegaan met het uithuisplaatsen van jonge babies, vanwege de grote impact die dit heeft op ouders.

143 Zie voor een overzicht hoofdstuk 1, par. 1.6.1.

144 Hetgeen ook aansluit bij gedragswetenschappelijke kennis, waaruit naar voren komt dat in geval van kindermishandeling de fysieke veiligheid van het kind voor gaat op zijn belang bij het handhaven van zijn familieleven; zie Berger en anderen 2009 en Juffer 2010, p. 23.

Hoewel bepleit zou kunnen worden dat hier ook gekeken moet worden naar effectiviteitsonderzoek naar uithuisplaatsingen in algemene zin, focussen kinder- en mensenrechtendocumenten zich hier primair op de rol van ouders. De reden van de uithuisplaatsing moet worden gezocht in het handelen van de ouder, dan wel het nalaten daarvan. Ligt de reden voor de uithuisplaatsing niet bij de ouder, dan zal een scheiding van kinderen en hun ouders logischerwijs ook geen oplossing voor het probleem bieden en is niet voldaan aan het doelmatigheidscriterium.

Ten derde moet een zorgvuldige afweging worden gemaakt van de impact die de maatregel op betrokkenen zou hebben. Dat geldt voor de impact op het kind zelf, maar ook voor de impact op de ouders. Zeker bij jonge baby's acht het EHRM de uithuisplaatsing een draconische maatregel, waarbij de impact op betrokkenen zorgvuldig moet worden meegenomen. Opnieuw moet zoveel mogelijk op basis van gedragswetenschappelijke kennis zorgvuldig worden vastgesteld hoe groot de impact is.

Ten vierde zal gekeken moeten worden of minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn om de gestelde doelen te bereiken. Kunnen de problemen worden opgelost door het bieden van financiële of sociale ondersteuning, dan kan de uithuisplaatsing niet worden gerechtvaardigd. Voor beoordeling van dit criterium zal duidelijk moeten zijn welke problemen er precies spelen en welke alternatieven er voorhanden zijn. Dat kunnen bijvoorbeeld beschikbare hulpverleningsprogramma's zijn of de beschikbaarheid van ondersteuning binnen het netwerk. Ook zal duidelijk moeten zijn welke alternatieven reeds zijn geprobeerd en in hoeverre de ouders en het kind voornemens zijn mee te werken met deze alternatieven. Opnieuw speelt hier het handelen en de houding van de ouder een belangrijke rol, hun opstelling is bepalend voor het succes van deze minder ingrijpende maatregelen. Werken ouders niet mee aan de geboden hulpverlening, dan zijn er misschien wel minder ingrijpende mogelijkheden beschikbaar, maar kan niet worden verwacht dat daarmee het beoogde doel wordt bereikt.

Voor alle vier de criteria geldt dat de mening van het kind onderdeel moet zijn van de beoordeling. Dat betekent niet dat de mening van het kind bepalend moet zijn voor de uitkomst van de beslissing, maar wel dat het kind serieus genomen moet worden.

Naast inhoudelijke vereisten aan de beslissing tot uithuisplaatsing, verbinden de kinder- en mensenrechtendocumenten ook procedurele vereisten aan de beslissing. Deels worden die vereisten direct gekoppeld aan de beslissing tot uithuisplaatsing, bijvoorbeeld in artikel 9 IVRK, deels volgen ze in meer algemene zin uit het IVBPR en het EVRM. In het navolgende zullen procedurele vereisten aan de uithuisplaatsingsbeslissing worden besproken. Daaruit zal blijken dat de procedurele vereisten die specifiek zijn gekoppeld aan de uithuisplaatsingsbeslissing, in algemene zin ook worden erkend bij andere beslissingen in het kader van de uithuisplaatsing. De procedurele waarborgen die

hieronder worden besproken zijn met andere woorden ook van betekenis voor de overige beslissingen die in dit onderzoek worden beschreven.

3.8 PROCEDURELE WAARBORGEN BIJ DE UITHUISPLAATSINGSBESLISSING

De scheiding van het pleegkind en zijn ouders heeft niet alleen tot gevolg dat de staat namens de ouders beslissingen neemt over het pleegkind, het betekent ook dat de ouder niet, of minder goed in staat zal zijn om het kind te vertegenwoordigen in een procedure omtrent de uithuisplaatsing. Dat maakt dat procedurele waarborgen voor het pleegkind van groot belang zijn, nu deze procedurele waarborgen garanderen dat ook zijn mening en belangen voldoende mee worden gewogen in de procedure. Leviner wijst erop dat procedurele waarborgen voor kinderen in kinderbeschermingsprocedures tegenwicht bieden aan de traditionele nadruk op rechten van ouders in dergelijke procedures.¹⁴⁵ Ook Fortin en Tobin wijzen erop dat afwezigheid van procedurele waarborgen ertoe kan leiden dat kinderen overschaduwd worden in een procedure. In een mail aan John Tobin stelt Jane Fortin dat:

'the absence of separate representation for most children in private law parental disputes probably explains why the judiciary get away with ignoring children's own specific rights in such disputes'.¹⁴⁶

De mogelijkheid om deel te nemen aan de procedure wordt, waar het gaat om volwassenen, beschouwd als onmisbaar voor het beschermen van mensenrechten.¹⁴⁷ Toch lijkt er ten aanzien van kinderen een andere benadering te gelden. Ervo en Tolonen wijzen erop dat het weliswaar algemeen aanvaard is dat deelname aan juridische procedures essentieel is voor het welslagen van dergelijke procedures, maar dat dit uitgangspunt toch niet schijnt op te gaan voor kinderen. Vanuit het oogpunt van bescherming worden kinderen vaak buiten juridische procedures gehouden.¹⁴⁸ Daly wijst hier ook op, maar stelt dat dit toch vooral de traditionele benadering is en dat deze in betekenis afneemt. Als gevolg van verschuivende verhoudingen tussen kinderen, ouders en de staat is er steeds meer steun voor het betrekken van kinderen in juridische procedures. Er is, zo stelt Daly, steeds meer ruimte om in civiele zaken waar kinderen bij betrokken zijn, op zoek te gaan naar een balans tussen bescherming en participatie.¹⁴⁹ Ervo, Tolonen en Daly onderschrijven deze algemene tendens in kinderrechtenliteratuur waarin wordt gepleit voor een

¹⁴⁵ Zie Leviner 2012, p. 272.

¹⁴⁶ Email Jane Fortin aan John Tobin op 15 februari 2009, zoals geciteerd in Tobin 2009, p. 581.

¹⁴⁷ Cançado Trindade 2011, p. xxvii.

¹⁴⁸ Ervo & Tolonen 2012, p. 332.

¹⁴⁹ Daly 2011, p. 441.

verbetering van de mogelijkheden voor kinderen om hun rechten af te dwingen.

3.9 PROCEDURELE WAARBORGEN IN KINDER- EN MENSENRECHTENDOCUMENTEN

In de tekst van kinder- en mensenrechtenverdragen zijn weinig procedurele waarborgen bij de uithuisplaatsingsbeslissing terug te vinden. Volgens artikel 9 IVRK mogen kinderen en hun ouders niet worden gescheiden *tenzij* de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van rechterlijke toetsing en in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, besluiten dat de scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind.¹⁵⁰ Daarnaast geldt artikel 12 IVRK, het participatierecht van kinderen, uiteraard als procedurele waarborg. Een uitwerking van de procedurele waarborgen bij de uithuisplaatsingsbeslissing (en andere beslissingen over pleegkinderen) wordt gegeven in de *Guidelines on Alternative Care* en de *General Comments* van het VN-Kinderrechtencomité.

Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie veel procedurele rechten afgeleid uit het recht op bescherming van het familieleven.¹⁵¹ Onder het IVBPR zijn ook wel procedurele rechten van betrokkenen terug te vinden, maar veel minder en niet direct gekoppeld aan het recht op bescherming van het familieleven.¹⁵² Over het belang van procedurele waarborgen stelt het EHRM:

150 Deze vereisten worden herhaald in de *Guidelines on Alternative Care*; zie *Guidelines on Alternative Care*, par. 47.

151 In de uitspraak *McMichael tegen het Verenigd Koninkrijk* legde het Straatsburgse Hof het verschil uit tussen het recht op een eerlijk proces zoals beschermd in artikel 6 EVRM en de procedurele waarborgen die het Hof afleidt uit artikel 8 EVRM. Daar waar artikel 6 ziet op de procedurele rechten tijdens een proces, zijn de procedurele waarborgen uit artikel 8 gekoppeld aan de bescherming van het recht op familieleven van betrokkene(n). Hoewel er enige overlap bestaat tussen beiden, hebben ze een ander toepassingsbereik. Procedurele waarborgen gekoppeld aan artikel 8 zien niet alleen op de waarborgen tijdens een proces, maar ook op de procedure die daartoe heeft geleid. Zo kan bijvoorbeeld ook de wijze waarop een beslissing door de kinderbeschermingsautoriteiten tot stand is gekomen worden beoordeeld onder artikel 8 EVRM. En ook de procedurele rechten van iemand die geen partij is in de procedure, bijvoorbeeld een ouder zonder gezag, vallen onder de bescherming van artikel 8 EVRM, terwijl daarover niet onder artikel 6 EVRM kan worden geklaagd. Zie EHRM 24 februari 1995 appl. no. 16424/90 (*McMichael tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 91.

Nu dit onderzoek ziet op beslissingen over pleegkinderen en niet op de kwaliteit van rechterlijke besluitvorming zullen alleen die vereisten die voortvloeien uit artikel 8 EVRM worden besproken en niet ook de vereisten onder artikel 6 EVRM.

152 Zo noemde het VN-Mensenrechtencomité in de zaak *N.T. tegen Canada* het recht van ouders op correcte dossiervorming en het recht van het kind om gehoord te worden. Dit wordt echter genoemd onder de bespreking van artikel 14 IVBPR. Zie VN-Mensenrechtencomité 26 september 2007, comm. nr. 1052/2002 (*N.T. tegen Canada*).

‘The Court further reiterates that whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process involved in measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by that provision. The Court cannot satisfactorily assess whether the reasons adduced by the national courts to justify these measures were “sufficient” for the purposes of Article 8 § 2 without at the same time determining whether the parent was involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide him with the requisite protection of his interests.’¹⁵³

Dat procedurele waarborgen niet alleen voor volwassenen gelden maar ook op kinderen van toepassing zijn onderstreepte het EHRM vervolgens in de zaak *M. en M. tegen Kroatië*. Daarin stelde het dat dezelfde procedurele waarborgen die het EHRM aan ouders toekent bij de beoordeling van hun recht op bescherming van het familieleven, *mutatis mutandis* van toepassing zijn op kinderen.¹⁵⁴

Procedurele waarborgen bij de beslissing tot uithuisplaatsing die zijn af te leiden uit kinder- en mensenrechtendocumenten zien op de totstandkoming en onderbouwing van beslissingen, het inzien van processtukken, de participatie van belanghebbenden bij de zaak en juridische ondersteuning bij de zaak en snelheid van de procedure. Deze processuele vereisten zullen hieronder nader worden uitgewerkt.

3.10 DE TOTSTANDKOMING EN ONDERBOUWING VAN BESLISSINGEN EN WAARHEIDSVINDING

Artikel 9 lid 1 IVRK stelt dat beslissingen over de uithuisplaatsing genomen moeten worden door de ‘bevoegde autoriteiten’. Doek wijst erop dat dit vereiste zowel refereert aan de juridische bevoegdheid om beslissingen te nemen (de beslissingsbevoegdheid is gemandateerd aan de betreffende autoriteiten) als op de bevoegdheid in inhoudelijke zin (de autoriteiten moeten inhoudelijk in staat zelf om een zorgvuldige belangenafweging te maken).¹⁵⁵

Zoals hierboven is gebleken, is het voor het zorgvuldig vaststellen van de belangen van het kind noodzakelijk dat voldoende gegevens over het kind, zijn ontwikkeling en de directe omgeving van het kind bekend zijn. Het VN-

153 EHRM 28 april 2016, appl. no. 20106/13 (*Buchleither tegen Duitsland*), par. 45.

154 EHRM 3 september 2015, appl. no. 10161/13 (*M. en M. tegen Kroatië*), par. 181. Overigens stelt het EHRM in par. 171 van deze zaak dat kinderen wel beperkt kunnen worden bij de uitoefening van hun rechten. Wat deze mogelijkheid voor gevolgen heeft voor bijvoorbeeld de mogelijkheid van het kind om processtukken in te zien wordt niet duidelijk gemaakt.

155 Vgl. Doek 2006, p. 26; zie ook Hodgkin & Newell 2007, p. 127.

Kinderrechtencomité erkent deze noodzaak ook in *General Comment 14* en stelt dat:

‘Children are a diverse group, with each having his or her own characteristics and needs that can only be adequately assessed by professionals who have expertise in matters related to child and adolescent development. This is why the formal assessment process should be carried out in a friendly and safe atmosphere by professionals trained in, inter alia, child psychology, child development and other relevant human and social development fields, who have experience working with children and who will consider the information received in an objective manner. As far as possible, a multidisciplinary team of professionals should be involved in assessing the child’s best interests.’¹⁵⁶

De gegevens over het kind moeten derhalve worden vastgesteld door getrainde en gekwalificeerde professionals. Sandberg wijst erop dat dit vereiste goed aansluit bij de bovengenoemde bepalingen uit de *Guidelines on Alternative Care* waaruit eveneens naar voren kwam dat gegevens over het kind moeten worden beoordeeld door getrainde en gekwalificeerde personen.¹⁵⁷

Ook het EHRM stelt, net als het VN-Mensenrechtencomité,¹⁵⁸ dat de uithuisplaatsing het gevolg moet zijn van een zorgvuldig besluitvormingsproces.¹⁵⁹ Dat houdt in dat het dossier de relevante feiten moet vermelden¹⁶⁰ en dat deze feiten ook op waarheid gebaseerd moeten zijn.¹⁶¹ In de uitspraken waarin het Hof de vereiste noodzakelijkheid toetst aan de vraag of sprake is van *relevant and sufficient reasons*, wordt de onderbouwing van de beslissing getoetst bij de vraag of sprake is van *sufficient reasons*. Daarbij kwam het Hof verschillende malen tot de conclusie dat weliswaar sprake was van voldoende redenen om de uithuisplaatsing te rechtvaardigen (*relevant reasons*) maar dat die redenen niet goed waren onderbouwd.¹⁶² Zo laakte het Hof in de zaak *Kocherov en Sergejeva tegen Rusland* de onderbouwing van de besluitvorming door de staat

156 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 94.

157 Sandberg 2019, p. 14.

158 VN-Mensenrechtencomité 26 september 2007, comm. nr. 1052/2002 (*N.T. tegen Canada*), par. 8.12 en 8.13.

159 EHRM 8 juli 1987, appl. no. 9749/82 (*W. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 62; EHRM 13 maart 2012, appl. no. 4547/10 (*Y.C. tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 138.

160 EHRM 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta tegen Italië*) par. 94. Het recht om inzage te hebben in de gegevens waar beslissingen op zijn gebaseerd kon reeds worden afgeleid uit artikel 6 EVRM; zie EHRM 24 februari 1995 appl. no. 16424/90 (*McMichael tegen het Verenigd Koninkrijk*). Zie daarover Ferrer Riba, p. 16.

161 EHRM 21 juni 2007, appl. no. 23499/06 (*Havelka tegen Tsjechië*), par. 57; EHRM 26 oktober 2006, appl. no. 23848/04 (*Wallova en Walla tegen Tsjechië*), par. 73; EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 58.

162 Zie bijv. EHRM 26 oktober 2006, appl. no. 23848/04 (*Wallova en Walla tegen Tsjechië*), par. 73; EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 58.

en verlangde het concreet bewijs van hetgeen werd gesteld.¹⁶³ In de zaak *Cincimino tegen Italië*, vereiste het EHRM dat de door de staat gestelde psychische problemen van de moeder in die zaak werden onderbouwd op basis van recent en onafhankelijk onderzoek.¹⁶⁴

Dit zorgvuldigheidsvereiste wordt mijns inziens minder streng getoetst in zaken waarin vermoed wordt dat kinderen thuis slachtoffer zijn van kindermishandeling. Hoewel ook in deze zaken zorgvuldig moet worden onderbouwd dat daadwerkelijk sprake is van een noodzakelijke inbreuk, kan die onderbouwing plaatsvinden nadat de minderjarige uit huis is geplaatst. Wel moet dan direct na de uithuisplaatsing snel en zorgvuldig gehandeld worden om te beoordelen of de uithuisplaatsing gerechtvaardigd kon worden.¹⁶⁵

Met het uitstellen van de onderbouwing tot na de uithuisplaatsing laat het EHRM zien dat het zich bewust is van de complexiteit van waarheidsvinding in kinderbeschermingszaken. In het strafrecht kunnen oordelen veel meer op de feiten worden gestoeld, in kinderbeschermingszaken is er daarentegen vaak sprake van vermoedens, en spelen 'niet pluis gevoelens' een belangrijke rol. Een voorbeeld is de zaak *B.B. en F.B. tegen Duitsland*. Daarin stelde een twaalfjarig meisje dat zij en haar achtjarige broertje mishandeld werden door hun vader. Ondanks het feit dat het meisje een jaar later opbiechtte dat ze het hele verhaal had verzonnen, doorstond de initiële beslissing om beide kinderen uit huis te plaatsen de toets van artikel 8 EVRM.¹⁶⁶ Dat ingrijpen achteraf gezien onterecht blijkt te zijn geweest, levert dan ook niet noodzakelijkerwijs een schending van artikel 8 EVRM op. In de woorden van het Europese Hof:

'The authorities, both medical and social, have duties to protect children and cannot be held liable every time genuine and reasonably held concerns about the safety of children vis-a-vis members of their family are proved, retrospectively, to have been misguided.'¹⁶⁷

163 EHRM 29 maart 2016, appl.no 16899/13 (*Kocherov en Sergeyeva tegen Rusland*). Zie hierover ook Forder 2016, p. 2575.

164 EHRM 28 april 2016, appl. no. 6884/13 (*Cincimino tegen Italië*). Zie hierover eveneens Forder 2016, p. 2575.

165 EHRM 23 maart 2010, appl. nos. 45901/05 en 40146/06 (*M.A.K. en R.K. tegen het Verenigd Koninkrijk*).

166 EHRM 14 maart 2013, appl. nos 18734/09 en 9424/11 (*B.B. en F.B. tegen Duitsland*). Overigens werd in deze zaak wel een schending van artikel 8 gevonden ten aanzien van de vervolgbeslissingen door de Duitse autoriteiten. Na de beslissing om de kinderen uit huis te plaatsen had veel zorgvuldiger geprobeerd moeten worden om de waarheid boven tafel te krijgen.

167 EHRM 30 september 2008, appl. no. 38000/05 (*R.K. & A.K. tegen het Verenigd Koninkrijk*); zie ook *NJCM-bull.* 2010 p. 1017-1031 (m.nt. M.R. Bruning). Het Hof leidt uit artikel 3 en 8 EVRM af dat lidstaten bij vermoedens van kindermishandeling een positieve verplichting hebben om effectieve strafrechtelijke instrumenten te realiseren om seksueel misbruik van kinderen te bestraffen en deze in de praktijk toe te passen. Zie ook EHRM 27 september 2011, appl. nr. 29032/04 (*M. en C. tegen Roemenië*), par. 111.

Dat daarna echter geen zorgvuldige waarheidsvinding heeft plaatsgevonden, wordt wel verweten aan de staat en levert een schending van artikel 8 EVRM op.

3.11 PARTICIPATIE BIJ DE BESLUITVORMING

Zoals in hoofdstuk 2 reeds is bepleit, dient de mening van het pleegkind zorgvuldig mee te worden gewogen in het besluitvormingsproces. Dat is niet alleen een recht van het kind, het geldt ook als procedureel vereiste voor de zorgvuldige totstandkoming van beslissingen.

Het recht van kinderen om gehoord te worden in alle beslissingen die hen aangaan, vindt zijn basis in artikel 12 van het IVRK. In de *travaux préparatoires* bij artikel 12 IVRK valt op dat de opstellers nog geenszins vermoeden welke verstrekkende gevolgen het artikel later zal krijgen. Verschillende gedelegeerden vreesden zelfs dat artikel 12 IVRK zou worden geïnterpreteerd als zijnde een beperking van artikel 13 IVRK – het recht op vrijheid van meningsuiting. Ze wezen er dan ook op dat artikel 12 IVRK zo uitgelegd zou kunnen worden dat het recht op vrijheid van meningsuiting alleen toekomt aan kinderen die in staat worden geacht om hun mening te vormen. Deze zorgen leidden er zelfs toe dat UNICEF voorstelde het gehele artikel 12 te schrappen uit het IVRK en aan artikel 13 een derde lid toe te voegen waarin staat dat ‘The views of the child shall be given due weight in accordance with his or her age and maturity’.¹⁶⁸

Artikel 12 IVRK is echter in de loop der jaren steeds belangrijker geworden. De basis daarvoor wordt gelegd door het VN-Kinderrechtencomité dat artikel 12 in haar eerste bijeenkomst aanwijst als ‘*general principle of interpretation*’ bij het verdrag.¹⁶⁹ In 2006 wijdt het VN-Kinderrechtencomité zijn ‘*Day of General Discussion*’ aan het recht van het kind om gehoord te worden en stelt dat:

‘The new and deeper meaning of this right is that it should establish a new social contract. One by which children are fully recognised as rights-holders who are not only entitled to receive protection but also have the right to participate in all matters affecting them, a right which can be considered as the symbol for their recognition as rights holders. This implies, on the long term, changes in political, social, institutional and cultural structures.’¹⁷⁰

De *Day of General Discussion* mondt in 2009 uit in *General Comment* nummer 12 van VN-Kinderrechtencomité, waarin de betekenis en interpretatie van artikel

168 UN Doc. E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1/Add.1, par. 15. Zie hierover ook Smith 2013, p. 118.

169 Algemene Vergadering VN, A/47/41, 1996.

170 VN-Kinderrechtencomité 2006, preambule.

12 IVRK uitgebreid wordt toegelicht.¹⁷¹ Daarin wordt aan verschillende onderdelen in het artikel een veel verderstrekkende betekenis toegekend dan oorspronkelijk de bedoeling was. Zo werd tijdens het opstellen van het IVRK bijvoorbeeld nog gediscussieerd over de vraag in hoeverre de staat verantwoordelijk is voor het meewegen van de mening van het kind. Op dat moment in de discussie start het artikel met de zinsnede 'The State parties to the present Convention shall enable the child (...)'. Een van de sprekers ('one speaker') maakt bezwaar tegen deze formulering en stelt dat 'the state is under no obligation, as a matter of law towards children: the child should have a degree of freedom comparable to that enjoyed by an individual under the Covenants and comparable instruments of law', waarbij hij lijkt te stellen dat uit het artikel slechts negatieve verplichtingen voor de staat voortvloeien. Om tot een vergelijk te komen wordt besloten tot een compromis. Het huidige artikel 12 start daarom met de woorden 'The State parties to the present Convention shall assure (...)'. Hoewel deze woorden oorspronkelijk dus bedoeld waren als tussenpositie tussen wel en geen positieve verplichting voor de staat om het kind te horen, heeft het VN-Kinderrechtencomité inmiddels duidelijk stelling genomen. In het *General Comment* stelt het Comité dat uit de formulering '*shall assure*' moet worden afgeleid dat lidstaten niet te lichtvoetig moeten denken over de implementatie van artikel 12 IVRK. De formulering '*shall assure*' is immers 'a legal term of special strength, which leaves no leeway for State parties' discretion'.¹⁷²

De betekenis van artikel 12 IVRK heeft zo in de loop der jaren aan kracht gewonnen. Dat lijkt samen te hangen met de eerdergenoemde verschuivingen in de verhoudingen tussen kinderen, ouders en de staat, waardoor er steeds meer steun ontstaat voor het betrekken van kinderen in juridische procedures.¹⁷³ Inmiddels neemt het artikel een centrale positie in de procedurele bescherming van kinderrechten in en bestaat er een verplichting om kinderen te betrekken bij beslissingen.

Naast het bepaalde in artikel 12 IVRK lijkt het recht van het kind om gehoord te worden bij beslissingen over de uithuisplaatsing terug te vinden in artikel 9 lid 2 IVRK waarin staat dat alle betrokkenen bij de uithuisplaatsingsbeslissing moeten zijn gehoord. Dat vereiste lijkt te impliceren dat niet alleen de ouders van het kind, maar ook het kind zelf betrokken moet worden bij de procedure. Sandberg wijst er echter op dat tijdens het opstellen van het IVRK in dit kader niet gesproken is over het betrekken van kinderen. Dat heeft er volgens haar mogelijk mee te maken dat kinderen ten tijde van het opstellen van het verdrag nog niet gezien werden als 'interested party'.¹⁷⁴ Zowel Doek als Hodgkin

171 VN-Kinderrechtencomité 2009.

172 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 19.

173 Daly 2011, p. 441; zie ook Smith 2013, p. 119.

174 Sandberg 2019, p. 14 -15.

en Newell gaan er echter in hun commentaar op artikel 9 IVRK vanuit dat onder de term ‘interested party’ overduidelijk ook het kind valt.¹⁷⁵ Mogelijkerwijs heeft de interpretatie van artikel 9 lid 2 IVRK een zelfde verschuiving door-
gemaakt als artikel 12 IVRK, waarbij veranderende concepties over het kind geleid hebben tot een ruimere interpretatie van het artikel. Desalniettemin noemt het VN-Kinderrechtencomité artikel 9 lid 2 niet in zijn *General Comment* over artikel 12, ook niet onder de sectie die specifiek gewijd is aan de scheiding van kinderen en hun ouders.¹⁷⁶ Ongeacht echter of uit artikel 9 lid 2 een recht van het kind om te participeren bij beslissingen omtrent de uithuisplaatsing kan worden afgeleid, is inmiddels onmiskenbaar dat kinderen dit recht af kunnen leiden uit artikel 12 IVRK, hetgeen ook is onderstreept door het EHRM¹⁷⁷ en het VN-Mensenrechtencomité.¹⁷⁸

Zoals besproken in hoofdstuk 2 betreft het EHRM de mening van het kind bij het vaststellen van de belangen van het kind. In de zaak *M en M. tegen Kroatië* gaat het Hof echter nog een stap verder en stelt het dat de procedurele rechten die het Hof eerder in het kader van kinderbeschermingsprocedures toekeende aan volwassenen *mutatis mutandis* ook van toepassing zijn op kinderen. Dat het kind in deze procedure niet werd gehoord, levert derhalve een schending op van artikel 8 EVRM.¹⁷⁹ Ook in de zaak *N.T.S. en anderen tegen Georgië* hekelde het EHRM de beslissing van de nationale hoven om de betrokken kinderen niet te horen.¹⁸⁰ In die zaak ging het om drie kinderen die na het overlijden van hun moeder in november 2009 afwisselend bij hun oma en tantes (van moederszijde) verbleven. De vader werd op dat moment behandeld voor een drugsverslaving. De kinderen in deze zaak waren geboren in 2002 en 2006 (een tweeling), en waren derhalve zeven en drie jaar oud op het moment van overlijden van hun moeder. Toen de vader begin 2010 de kinderen weer bij hem in huis wilde nemen, weigerden de familieleden de kinderen mee te geven. Hierop startte de vader een juridische procedure, die uiteindelijk twee jaar zal duren. Het EHRM gaat in deze zaak uitgebreid in op de vertegenwoordiging van de kinderen en de wijze waarop hun mening naar voren is gekomen in de procedure. Het Hof oordeelde dat de vertegenwoordiging van de kinderen in de procedure inadequaat is geweest (zie daarover verder par. 3.12). Daar kwam bij dat geen van de kinderen werd gehoord tijdens de nationale procedures. Hoewel de nationale wetgeving geen expliciete verplichting omvatte om dit kind te horen, merkte het Hof op dat het ‘does not understand why the domestic courts failed both to give any consideration to the possibility of directly involving the older boy in the proceedings and to give

175 Doek 2006, p. 27 en Hodgkin & Newell 2007, p. 129.

176 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 53-54.

177 EHRM 8 september 2015, appl. no. 10161/13 (*M. en M. tegen Kroatië*), par. 180-181.

178 VN-Mensenrechtencomité 26 september 2007, comm. nr. 1052/2002 (*N.T. tegen Canada*), par. 8.13.

179 Zie hierover ook de noot van Bruning bij *M. en M. tegen Kroatië* in EHRC 2015/234.

180 EHRM 2 februari 2016, appl. no. 71776/12 (*N.T.S. en anderen tegen Georgië*).

reasons for not hearing him'.¹⁸¹ Juist nu het kind ook niet adequaat werd vertegenwoordigd in de procedure, oordeelde het Hof dat de procedurele rechten van de kinderen voortvloeiend uit artikel 8 EVRM onvoldoende zijn nageleefd.

Effectieve invulling van het recht om gehoord te worden vergt meer dan slechts de mogelijkheid om een mening kenbaar te maken. Het VN-Kinderrechtencomité onderscheidt vijf stappen voor effectieve participatie. Deze zien op voorbereiding van het kind, het horen zelf, het beoordelen van de capaciteiten van het kind, informatie over de wijze waarop de mening van het kind is betrokken in het besluitvormingsproces en de mogelijkheid om te klagen wanneer kinderen onvoldoende zijn betrokken bij de te nemen beslissing.¹⁸²

De voorbereiding

Om een weloverwogen mening te kunnen vormen over de procedure heeft het kind recht op informatie.¹⁸³ Het *General Comment* van het VN-Kinderrechtencomité over het recht om gehoord te worden, stelt dat het kind zorgvuldig voorbereid en geïnformeerd moet worden over de te nemen beslissing.¹⁸⁴ Dat houdt zowel in dat het kind weet wat hem te wachten staat, als dat het kind inhoudelijke informatie krijgt over de zaak. Die informatie moet op een kindvriendelijke en leeftijdsadequate manier, door een getrainde professional aan het kind worden verschaft.¹⁸⁵ Het EHRM stelt dat alle betrokkenen bij de te nemen beslissing alle relevante informatie moeten krijgen van de betrokken instellingen en het gehele dossier in moeten kunnen zien.¹⁸⁶

Het kindgesprek

Tijdens het kindgesprek moet het kind de ruimte krijgen zijn mening vrijelijk kenbaar te maken. Het VN-Kinderrechtencomité wijst erop dat 'experience indicates that the situation should have the format of a talk rather than a one-sided examination'.¹⁸⁷ Liefwaard wijst erop dat uit literatuuronderzoek van Keenan en anderen blijkt dat goede vertegenwoordiging bijdraagt aan een effectieve participatie van het kind in de procedure.¹⁸⁸ Personen die het

181 EHRM 2 februari 2016, appl. no. 71776/12 (*N.T.S. en anderen tegen Georgië*), par. 80.

182 VN Kinderrechtencomité 2009.

183 Vgl. ook artikel 17 IVRK. Zie hierover ook Bruning Rap & Verkroost 2018, p. 9 en Liefwaard 2018.

184 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 41.

185 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 34, 49, 134 (a), 134 (g).

186 EHRM 20 december 2001, appl. no. 32899/96 (*Buchberger tegen Zwitserland*), par. 43-45 en EHRM 12 juli 2001, appl. no. 25702/94 (*K. en T. t. Finland*), par. 173.

187 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 43. De VN-resolutie over *Access to Justice for Children* stelt hierover dat de wijze waarop het gesprek plaatsvindt 'child-sensitive' moet zijn en aangepast aan de specifieke omstandigheden van het kind; zie *UN-resolution on Access to Justice for Children*, par. 7(e).

188 Liefwaard 2018.

kind vertegenwoordigen moeten dan wel voldoende kennis hebben van de procedure én ervaring hebben in het werken met kinderen. De vertegenwoordiger moet zich ervan bewust zijn dat hij of zij louter de belangen van het kind vertegenwoordigt en niet die van anderen zoals de ouders, instellingen of de maatschappij. Om een goede vertegenwoordiging van het kind te waarborgen moet er een beroepscode worden ontwikkeld voor personen die kinderen bijstaan.¹⁸⁹

Het VN-Kinderrechtencomité waarschuwt voor een symbolische benadering van het hoorrecht waarbij het vooral wordt gezien als af te handelen formaliteit of dat er geen passend belang wordt gehecht aan de mening van het kind. Het risico dat ouders hun kinderen influisteren wat zij moeten zeggen, moet daarbij serieus genomen worden, maar is geen reden om het kindgesprek achterwege te laten.¹⁹⁰

Beoordeling van de capaciteiten van het kind

Zoals reeds is bepleit in hoofdstuk 2, is het van cruciaal belang dat bij het vaststellen van de mening van het kind een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de mening van het kind en zijn capaciteiten. Het gezamenlijk behandelen van deze twee vragen neemt immers het risico met zich mee dat de mening van het kind slechts van betekenis is in de besluitvormingsprocedure, wanneer deze overeenstemt met de mening van de beslissers.¹⁹¹

Informatie over de wijze waarop de mening van het kind heeft meegewogen in de beslissing

Uiteindelijk moet de mening van het kind op passende wijze worden meegenomen in de beslissing. Hoe meer het kind in staat is de gevolgen van zijn keuzes te overzien, des te zwaarder zal zijn mening moet worden meegewogen in de beslissing. Uiteindelijk moet de eindbeslissing ook worden uitgelegd aan het kind op een wijze die het kind begrijpt. Het VN-Kinderrechtencomité stelt dat '(...) the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered'.¹⁹² Deze motiva-

189 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 35-37.

190 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 132. Zie ook Explanatory Memorandum bij de *Guidelines on Child-friendly justice*, Hoofdstuk IV, par. 116.

191 Zie hierover Hoofdstuk 2, par. 2.5.3; zie ook Archard & Skivines 2009, p. 10 en Thomas & O'Kane 1998, p. 150-151.

192 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 45. De *Guidelines on Child-friendly justice* voegen daaraan toe dat vooral als de mening van het kind niet gevolgd wordt, de beslissing extra goed uitgelegd moet worden: '(j)udgments and court rulings affecting children should be duly reasoned and explained to them in language that children can understand, particularly those decisions in which the child's views and opinions have not been followed'; zie *Guidelines on Child-friendly Justice*, par. 49.

tieplicht garandeert dat de mening van het kind serieus wordt meegenomen in de beslissing.¹⁹³

De mogelijkheid om te klagen over de wijze waarop de mening van het kind is meegenomen in de beslissing

Een laatste stap voor het realiseren van het hoorrecht is volgens het VN-Kinderrechtencomité dat de mogelijkheid moet bestaan om te klagen over het niet naleven van het recht om gehoord te worden¹⁹⁴ Dat kan bijvoorbeeld bij een ombudsman. Van belang is dat kinderen weten waar ze terecht kunnen op het moment dat ze niet voldoende gehoord zijn bij de besluitvorming.

3.12 DE MOGELIJKHEID OM TE KLAGEN OVER EEN GENOMEN BESLISSING

In de voorgaande paragrafen is besproken welke procedurele rechten het kind heeft bij beslissingen omtrent de uithuisplaatsing. Van belang is dat de beslissing goed wordt onderbouwd met relevante en waarheidsgetrouwe feiten welke zijn samengesteld door getrainde professionals. Ook moet de mening van het kind zorgvuldig worden meegewogen in de te nemen beslissing. Een stap verder zou nog kunnen zijn dat het kind ook zelf de mogelijkheid moet hebben om te kunnen klagen over de genomen beslissing.¹⁹⁵ In de literatuur wordt erop gewezen dat rechten van kinderen slechts betekenis krijgen wanneer deze ook kunnen worden afgedwongen.¹⁹⁶ Of zoals Cantwell het stelt, zonder de mogelijkheid rechten af te dwingen verworden de rechten van het kind tot liefdadigheid.¹⁹⁷

De mogelijkheid om te klagen is zo'n mogelijkheid om een recht af te dwingen. Voor pleegkinderen is de mogelijkheid om zelf te kunnen klagen cruciaal. Normaal gesproken hebben immers de ouders de mogelijkheid en verantwoordelijkheid om namens hun kind te klagen. De belangen van het pleegkind zullen echter niet altijd overeenkomen met die van zijn ouders. De Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de VN wijst er dan ook op dat beperkingen van de proces- of handelingsbekwaamheid (en dus de mogelijkheid van het kind om zichzelf te vertegenwoordigen in rechte) van de minderjarige met name problematisch zijn wanneer de belangen van het kind botsen met die van zijn ouders.¹⁹⁸ Het is dan ook niet voor niets dat steeds meer

193 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 45. Zie hierover ook De Jong-de Kruijf & Van der Zon 2015 en Bruning Rap & Verkroost 2016, p. 9.

194 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 40-47.

195 Deze paragraaf ziet op de mogelijkheid om te klagen over beslissingen die worden genomen over het kind. Dit gaat dus verder dan de hierboven aangehaalde mogelijkheid om te kunnen klagen over het niet naleven van het participatierecht van het kind.

196 Zie bijv. Tobin, 2013, p. 402 en Friäriksdóttir 2012.

197 Cantwell 2004, p. 407.

198 VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2013, par. 16.

staten *locus standi* van het kind erkennen in zaken omtrent hun plaatsing in alternatieve zorg.¹⁹⁹

Over de vraag hoeverre kinder- en mensenrechtendocumenten verplichten tot het toekennen van *locus standi*, of een recht op separate vertegenwoordiging aan pleegkinderen kan worden gediscussieerd. Het recht op een effectief rechtsmiddel wordt erkend in de algemene mensenrechtenverdragen, maar het is niet opgenomen in het IVRK. Het VN-Kinderrechtencomité stelt echter dat het recht wel impliciet ligt besloten in het Verdrag. In *General Comment* nummer 5 stelt het Comité:

‘For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties. Children’s special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights. So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance. Where rights are found to have been breached, there should be appropriate reparation, including compensation, and, where needed, measures to promote physical and psychological recovery, rehabilitation and reintegration, as required by article 39.’²⁰⁰

Het Comité stelt derhalve dat rechten afdwingbaar moeten zijn en dat daartoe voor kinderen aanvullende maatregelen moeten worden genomen. Dat houdt onder meer in dat kindvriendelijke informatie beschikbaar moet zijn, kinderen juridisch advies moeten kunnen krijgen, dat er ondersteuning moet zijn voor kinderen die zelf opkomen voor hun rechten (*self-advocacy*), kinderen toegang moeten hebben tot klachtmechanismen en tot de rechter, en dat de daartoe noodzakelijke juridische ondersteuning beschikbaar moet zijn.

Zowel het IVBPR als het EVRM omvatten expliciet het recht op een effectief rechtsmiddel.²⁰¹ Onder het IVBPR is dat recht vervat in het derde lid van artikel 2 van het IVBPR. Dat artikel 2 IVBPR bestaat uit een drietrapsraket; in het eerste lid wordt gesteld dat de rechten uit het IVBPR voor een ieder gelden (zie daarover hoofdstuk 2, par. 2.2.2). Lid 2 van artikel 2 bouwt hierop voort door aan de staat de plicht op te leggen om ervoor te zorgen dat de rechten in het verdrag ook verwezenlijkt kunnen worden binnen de lidstaat. Lidstaten moeten daarom wetgevende en andere maatregelen nemen om effectieve

199 O’Donnell 2009, p. 54.

200 VN-Kinderrechtencomité 2003, par. 24.

201 Artikel 2 lid 3 IVBPR en artikel 13 EVRM.

bescherming te bieden aan iedereen die zich op het grondgebied van de lidstaat bevindt en aan zijn rechtsmacht onderhevig is. Daarmee wordt, naast een negatieve verplichting aan lidstaten om niet in de rechten van burgers te treden ook een positieve verplichting aan lidstaten opgelegd om rechten effectief te beschermen. Dit is een absolute verplichting en afwijken kan dus niet worden gerechtvaardigd door nationale politieke, sociale, culturele of economische afwegingen.²⁰² De laatste stap in de drietrapsraket van artikel 2 IVBPR volgt in lid 3. Naast het erkennen van rechten voor een ieder (lid 1) en de positieve verplichting om deze rechten effectief te waarborgen (lid 2), geeft lid 3 aan een ieder ook het recht op een effectief rechtsmiddel wanneer er toch sprake is van een schending van rechten. Dat betekent dat een persoon deze schending voor moet kunnen leggen aan een bevoegde autoriteit die, wanneer deze concludeert dat inderdaad sprake is van een schending van rechten, ook daadwerkelijk rechtsherstel kan verlenen.

Het recht op een effectief rechtsmiddel ziet op rechten die zijn vastgelegd in het IVBPR. Een beroep op artikel 2, derde lid IVBPR heeft dusgeen kans van slagen als het gaat om de onmogelijkheid een bepaling uit het nationale recht in te roepen, tenzij de inhoud van die bepaling ook onder het IVBPR wordt beschermd. Artikel 2, lid 3 IVBPR zal daarom ook altijd in samenhang met een ander verdragsartikel moeten worden ingeroepen. Dat betekent echter niet dat artikel 2, lid 3 IVBPR alleen geschonden kan zijn wanneer ook sprake is van schending van dat andere artikel in het IVBPR. Hoewel het VN-Mensenrechtencomité in eerdere uitspraken wel deze mening was toegedaan,²⁰³ bepaalde het in *Kazantzis tegen Cyprus* dat rechtsmiddelen voorhanden moeten zijn om mogelijke schendingen van de rechten uit het IVBPR te laten toetsen door nationale hoven wanneer zij 'are sufficiently well founded to be arguable under the Covenant'.²⁰⁴

Het recht op een effectief rechtsmiddel uit artikel 2(3) IVBPR geldt onverkort voor kinderen. In het *General Comment over The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant* van het VN-Mensenrechtencomité stelt het:

'Article 2, paragraph 3, requires that in addition to effective protection of Covenant rights States Parties must ensure that individuals also have accessible and effective remedies to vindicate those rights. Such remedies should be appropriately adapted

202 VN-Mensenrechtencomité 2004, par. 14.

203 Zie VN-Mensenrechtencomité 26 maart 1990, comm. nr. 275/1988 (*S.E. tegen Argentinië*). Zie hierover ook Schultz en Castan 2013, p. 869.

204 VN-Mensenrechtencomité 19 september 2003, comm. nr. 972/2001 (*Kazantzis tegen Cyprus*), par. 6.6.

so as to take account of the special vulnerability of certain categories of persons, including in particular children.²⁰⁵

Hier stelt het VN-Mensenrechtencomité derhalve dat het recht op een effectief rechtsmiddel ook voor kinderen opgaat en dat zo nodig aanvullende bescherming moet worden geboden. Staten moeten dan extra maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat ook kinderen hun rechten daadwerkelijk af kunnen dwingen. Dat bevestigt het VN-Mensenrechtencomité in de zaak *Karen Noelia Llantoy Huamán tegen Peru* waarin het oordeelde tot schending van het recht op een effectief rechtsmiddel voor een minderjarige.²⁰⁶

De garantie van een effectief rechtsmiddel is ook vastgelegd in het EVRM. Artikel 13 EVRM komt in grote lijnen overeen met zijn tegenhanger in het IVBPR.²⁰⁷ Net als onder het IVBPR gaat het om een ondersteunend recht – dat alleen kan worden ingeroepen in samenhang met een ander artikel uit het verdrag.²⁰⁸ En eveneens is het niet noodzakelijk dat daadwerkelijk sprake is van een schending van dat andere artikel in het verdrag. Waar het om gaat is dat er sprake is van een verdedigbare klacht.²⁰⁹

Naast de bescherming op grond van artikel 13 EVRM heeft het EHRM ook uit artikel 8 EVRM een recht op een effectief rechtsmiddel afgeleid. De bescherming onder artikel 13 EVRM overlapt hier deels mee. Er is echter wel degelijk een verschil tussen beide aan te wijzen. Artikel 13 gaat om het aankaarten van mogelijke schendingen van een bepaling uit het EVRM, die zijn veroorzaakt door de staat. De procedurele waarborgen die het Hof inleest in bijvoorbeeld artikel 8 EVRM zien op effectieve naleving van de bescherming uit (in dat geval) artikel 8 EVRM. Het onderscheid tussen beide komt naar voren bij inbreuken op een recht die zijn veroorzaakt door een ander dan de staat.²¹⁰ Wanneer een pleegkind bijvoorbeeld slachtoffer wordt van mishandeling in het pleeggezin, dan moet het daarover kunnen klagen bij een geschikte instantie. Een dergelijke positieve verplichting volgt uit artikel 8 EVRM (of wanneer het gaat om zware mishandeling uit artikel 3 EVRM) en niet uit artikel 13 EVRM. Bestaat de mogelijkheid om te klagen echter niet, dan moet het kind op grond van artikel 13 EVRM een rechtsmiddel hebben om *de onmogelijkheid om te klagen* aan de kaart te stellen. Artikel 13 EVRM ziet immers op de mogelijkheid om een potentiële schending van een mensenrecht voor te kunnen leggen aan een bevoegde instantie. Anders gezegd, het kind kan in dit geval klagen op grond

205 VN-Mensenrechtencomité 2004, par. 15.

206 VN-Mensenrechtencomité 24 oktober 2005, comm. nr. 1153/2003 (*Karen Noelia Llantoy Huamán tegen Peru*).

207 Schebas 2015, p. 546.

208 Schebas 2015, p. 551.

209 EHRM 27 april 1988 appl nos 9659/82 en 9658/82 (*Boyle en Rice tegen het Verenigd Koninkrijk*).

210 Zie hierover ook Mirgaux, in: *SDU Commentaar Jeugdrecht*, artikel 13 EVRM, aant. C.2.3.1 (online, bijgewerkt tot 23 juli 2017).

van artikel 13 EVRM, omdat artikel 8 EVRM de positieve verplichting omvat om te kunnen klagen over de schending van rechten in het pleeggezin.

In zaken van voor het jaar 2000 maakte het EHRM dit onderscheid nog niet duidelijk en besloot het dikwijls klachten onder artikel 13 niet te behandelen omdat de klacht al was behandeld onder een ander artikel.²¹¹ Een voorbeeld was de zaak *X en Y tegen Nederland*. In die zaak kon de verkrachting van een verstandelijk gehandicapt meisjes niet tot vervolging leiden omdat haar vader niet namens haar aangifte kon doen. Het EHRM oordeelde dat de onmogelijkheid om bescherming onder artikel 8 EVRM af te dwingen tot een schending van dat artikel 8 EVRM leidde. Met betrekking tot de klacht onder artikel 13 oordeelde het Hof vervolgens dat het reeds in het kader van artikel 8 EVRM had geoordeeld dat er sprake was van een leemte in de Nederlandse wetgeving. Een apart oordeel onder artikel 13 achtte het Hof daarom niet noodzakelijk.²¹²

Dat deze benadering geen recht doet aan de inhoud van artikel 13 EVRM werd duidelijk in de zaak *Kudla tegen Polen*. Hierin gaf het Hof een nieuwe benadering van het recht op een effectief rechtsmiddel.²¹³ In die zaak ging het niet om overlap van artikel 13 EVRM met artikel 8 EVRM maar met artikel 6 EVRM.²¹⁴ Het Hof oordeelde in deze zaak dat de klacht over de schending van het recht op een behandeling binnen een redelijke termijn (art. 6 EVRM), een andere klacht was dan de klacht over de onmogelijkheid om bij een nationale instantie te kunnen klagen over die schending van het recht op een spoedige behandeling (art. 13 EVRM).²¹⁵ Die redenering zou ook opgaan voor de eerder genoemde zaak *X en Y tegen Nederland*. De vraag of het mogelijk is voor een vader om namens zijn dochter aangifte te doen van verkrachting valt dan onder artikel 8 EVRM, de vraag of de vader bij een nationale instantie kan klagen over de onmogelijkheid het misbruik van de dochter aan de kaak te stellen, onder 13 EVRM.

Over de vraag wat vervolgens precies moet worden verstaan onder een effectief rechtsmiddel kan evengoed onduidelijkheid bestaan. Het EVRM geeft zelf geen definitie. Wel lijkt het sinds de zaak *Kudla tegen Polen* duidelijk dat het gaat om de mogelijkheid om op nationaal niveau te klagen over een (mogelijke) schending van een recht dat beschermd wordt door het EVRM. Daarbij moet het gaan om een *effectieve* mogelijkheid om de potentiële schending aan de kaak te stellen. Die effectiviteit ziet op zowel de praktijk – als op het recht (*in practice as well as in law*). Verder heeft het Straatsburgse Hof enkele nadere

211 Mirgaux, in: *SDU Commentaar Jeugdrecht*, artikel 13 EVRM, aant. C.2.3.1 (online, bijgewerkt tot 23 juli 2017).

212 EHRM 26 maart 1985, appl. no. 8978/80 (*X en Y tegen Nederland*).

213 Mirgaux, in: *SDU Commentaar Jeugdrecht*, artikel 13 EVRM, aant. C.2.3.1 (online, bijgewerkt tot 23 juli 2017).

214 EHRM 26 oktober 2000, appl.no 30210/96 (*Kudla tegen Polen*).

215 EHRM 26 oktober 2000, appl.no 30210/96 (*Kudla tegen Polen*), par. 147.

criteria ontwikkeld.²¹⁶ Ten eerste moet het gaan om een toegankelijk (*accessible*) rechtsmiddel, de klager moet zich in andere woorden daadwerkelijk kunnen beroepen op het rechtsmiddel. Zo stelde het Europese Hof vraagtekens bij de toegankelijkheid van een door de Ierse regering aangevoerd rechtsmiddel, omdat het rechtsmiddel weliswaar beschikbaar was in het recht, maar in de afgelopen 25 jaar niet een keer was gebruikt.²¹⁷ Het tweede criterium dat het Hof stelt aan het rechtsmiddel is dat het daadwerkelijk gebruikt moet kunnen worden in de situatie van de klager. Een beschikbaar rechtsmiddel, dat in de specifieke casus niet opgaat omdat bijvoorbeeld sprake is van staats-immuniteit, voldoet dus niet. Een laatste eis betreft de redelijke kansen van de klager op succes. Hoewel het rechtsmiddel niet per definitie tot compensatie hoeft te leiden,²¹⁸ moet wel sprake zijn van een redelijke kans op succes.²¹⁹

Om een klacht effectief voor te kunnen leggen moeten klagers bovendien terecht kunnen bij een nationale autoriteit. Hoewel dit niet noodzakelijkerwijs de rechterlijke macht hoeft te betreffen, ligt het wel voor de hand. Zoals het Hof stelde in de zaak *Z en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*: ‘judicial remedies indeed furnish strong guarantees of independence, access for the victim and family, and enforceability of awards in compliance with the requirements of Article 13’.²²⁰

Om te bepalen of een nationale autoriteit daadwerkelijk voldoet aan de eisen van artikel 13 EVRM moet gekeken worden naar de feiten in de specifieke zaak, de aard van de rechten die (mogelijkerwijs) geschonden zijn, en de bevoegdheden en waarborgen van de betreffende autoriteit. Wel mag een staat redelijke verjaringstermijnen in acht nemen die het recht op een effectief rechtsmiddel kunnen beperken. Desalniettemin wees het Europese Hof in de zaak *Stubbings tegen het Verenigd Koninkrijk* er ten aanzien van de verjaringstermijn in kinderminderhandelingszaken op dat:

‘There has been a developing awareness in recent years of the range of problems caused by child abuse and its psychological effects on victims, and it is possible that the rules on limitation of actions applying in member States of the Council of Europe may have to be amended to make special provision for this group of claimants in the near future.’²²¹

216 FRA 2016, p. 95.

217 EHRM 10 september 2010, appl. no. 31333/06 (*McFarlane tegen Ierland*).

218 Zie bijv. EHRM, 25 maart 1993, appl.no. 13134/39 (*Costello-Roberts tegen het Verenigd Koninkrijk*).

219 EHRM 10 september 2010, appl. no. 31333/06 (*McFarlane tegen Ierland*).

220 EHRM 10 mei 2001, appl. no. 29392/95 (*Z. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 110.

221 EHRM 22 oktober 1996, appl. nos 22083/93 en 22095/93 (*Stubbings tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 56.

Het recht op een effectief rechtsmiddel ziet zo op de mogelijkheid om een (mogelijke) schending van een recht uit het EVRM op effectieve wijze voor te leggen aan een nationale autoriteit, bij voorkeur een rechter. Slaagt de klacht, dan moet de situatie rechtgezet worden en of compensatie geboden worden voor het toegebrachte leed als gevolg van de schending. Dat kwam bijvoorbeeld naar voren in de zaak *E tegen het Verenigd Koninkrijk*. Die zaak draaide om seksueel misbruik van vier kinderen, gepleegd door de vriend van hun moeder. Nadat de man was veroordeeld tot een gevangenisstraf van 2 jaar voorwaardelijk vanwege onbehoorlijk gedrag, bleef hij bij de moeder en de kinderen in huis wonen en ging het misbruik door. Het Europese Hof oordeelde dat sprake was van een schending van artikel 3 EVRM – de Britse autoriteiten hadden zich meer in moeten spannen om de minderjarigen te beschermen. Maar het Hof concludeerde ook dat artikel 13 EVRM was geschonden omdat de minderjarigen geen effectieve mogelijkheid hadden om compensatie te krijgen voor het aangedane leed. Hoewel de regering erop wees dat de klagers zowel bij de *Criminal Injuries Compensation Scheme* als bij de ombudsman terecht konden voor compensatie, voldeden deze mogelijkheden volgens het Hof niet. Zo had de *Criminal Injuries Compensation Scheme* niet de mogelijkheid om compensatie toe te kennen voor economische schade, waardoor inkomensverlies als gevolg van het misbruik niet kon worden gecompenseerd. Een beoordeling van de ombudsman zou geen bindende uitspraak kunnen opleveren en voldeed daarmee ook niet aan de eisen van artikel 13.²²²

3.12.1 Een klachtrecht voor pleegkinderen

Hoewel in kinderrechtendocumenten duidelijk wordt aangegeven dat kinderen een effectief rechtsmiddel moeten hebben om hun rechten af te dwingen, is het onder het EVRM en IVBPR (nog) niet duidelijk welke gevolgen dit precies heeft voor pleegkinderen die als gezegd niet altijd kunnen vertrouwen op de wettelijke vertegenwoordiging door hun ouders. In 1992 oordeelde het EHRM in de zaak *Margareta en Roger Andersson tegen Zweden* nog dat artikel 13 niet de verplichting met zich mee brengt dat een twaalfjarige zelfstandig een procedure moet kunnen starten, het feit dat (juridische gezien) zijn moeder dat voor hem kon doen was voldoende.²²³ Vier van de negen rechters gaven echter in een *dissenting opinion* aan dat naar hun oordeel het recht van de minderjarige op een effectief rechtsmiddel wel was geschonden. De minderjarige was uit huis geplaatst en tussen de moeder en de minderjarige was sprake van contactbeperkingen. De moeder was daarom volgens deze rechters niet

222 Forder 2007, p. 89-90; EHRM 26 november 2002, appl.no. 33218/96 (*E. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 111-116.

223 EHRM 25 februari 1992, appl. no. 12963/87 (*Margareta en Roger Andersson tegen Zweden*).

in de mogelijkheid om de minderjarige effectief te vertegenwoordigen.²²⁴ In *S.J. en J.L. tegen Kroatië* ging het Europese Hof opnieuw in op de vertegenwoordiging van kinderen door hun ouders. Uit deze zaak kan – zoals besproken in hoofdstuk 2 – worden afgeleid dat vertegenwoordiging van een minderjarige door zijn de ouders, niet per se in strijd is met het EHRM, maar dat deze wettelijke vertegenwoordigers wel in staat moeten zijn om de belangen van hun kinderen effectief te vertegenwoordigen. Effectieve vertegenwoordiging door de ouders vereist onder meer dat er geen sprake moet zijn van conflicterende belangen.²²⁵ In deze zaak leidde het feit dat de kinderen alleen door hun ouders vertegenwoordigd konden worden daarom tot een schending van (in dit geval) artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM.²²⁶

De mogelijkheid om rechten effectief te kunnen afdwingen kan er dus onder omstandigheden toe dwingen dat kinderen een vertegenwoordiger krijgen toegewezen, die hen in plaats van de ouders kan vertegenwoordigen. Deze verplichting bestaat op het moment dat sprake is van conflicterende belangen van kinderen en hun ouders. In *S.J. en J.L. tegen Kroatië* was daarvan sprake omdat een woning die eigendom van de kinderen was, op voorspraak van de ouders was geruild tegen een woning die veel minder waard was. De kinderen die wilden klagen over deze ruil hadden dus duidelijk een ander belang dan hun ouder (die de ruil juist geïnitieerd hadden). Of in het geval van een pleegzorgplaatsing naar mening van het EHRM ook sprake is van tegenstrijdige belangen is naar mijn weten sinds de zaak *Margareta en Roger Andersson tegen Zweden* uit 1992 niet meer voorgelegd aan het EHRM. Wel kwam de vraag indirect naar voren in de zaak *N.T.S. tegen Georgië*.²²⁷ Daar ging het om een vrijwillige plaatsing van drie kinderen afwisselend bij hun oma en tantes, nadat hun moeder was overleden en de vader in een afkickkliniek verbleef. Nadat de familieleden weigerden de kinderen mee te geven aan de vader, na zijn ontslag uit de verslavingskliniek, startte de vader een rechtszaak. Op dat moment werd de sociale dienst ingeschakeld om de belangen van de kinderen te vertegenwoordigen. Het Hof oordeelde daarover dat de vertegenwoordiging door de sociale diensten, die de kinderen slechts enkele malen hadden gesproken en bovendien geen formele positie hadden in de procedure, niet kon worden beschouwd als adequate en betekenisvolle vertegenwoordiging.²²⁸

224 EHRM 25 februari 1992, appl. no. 12963/87 (*Margareta en Roger Andersson tegen Zweden*). *Dissenting opinion* van rechters De Meyer, Pinheiro Farinha, Pettiti en Spielmann.

225 Florescu in haar noot bij *S.J. en J.L. tegen Kroatië*, EHRC 2015/154 onder punt 12.

226 EHRM 7 mei 2015, appl. no. 13712/11 (*S.J. en J.L. tegen Kroatië*). Zie ook EHRC 2015/154 m.nt. Florescu. Deze verschuivende benadering van de rechten van kinderen door het Hof sluit aan bij de algemene tendens in kinderrechtenverdragen. Zie daarover o.m. Cantwell 2015, p. 259 en Daly 2011, p. 441.

227 EHRM 2 februari 2016, appl. no. 71776/12 (*N.T.S. en anderen tegen Georgië*).

228 EHRM 2 februari 2016, appl. no. 71776/12 (*N.T.S. en anderen tegen Georgië*), par. 77.

Dat de vraag of bij een pleegzorgplaatsing sprake is van tegenstrijdige belangen tussen ouders en kinderen, niet meer direct is voorgelegd aan het Hof, is niet verwonderlijk, nu kinderen in de nationale procedure niet altijd de mogelijkheid hebben om zonder hun ouders te klagen. Hoewel ze wel *locus standi* zouden hebben bij het EHRM, vraagt het nogal wat doorzettingsvermogen van een kind om de juridische weg helemaal tot aan het Straatsburgse Hof te bewandelen. Het EHRM verplicht als gesteld wel dat er effectieve manieren moeten zijn om rechten kunnen te verwezenlijken. Ook de stellingname van het Hof in de zaak *N.TS. tegen Georgië*, waarin het de vertegenwoordiging van de kinderen door de sociale diensten in twijfel trekt,²²⁹ wijst op een verplichting om kinderen in pleegzorgzaken apart te vertegenwoordigen. Het is daarom mijns inziens nog maar de vraag of het EHRM eerst expliciet in een zaak moet oordelen dat een pleegkind niet altijd effectief vertegenwoordigd kan worden door zijn ouders, voordat geconcludeerd kan worden dat de vertegenwoordiging in rechte van pleegkinderen door hun ouders niet in alle gevallen zal voldoen aan de vereisten onder artikel 8 EVRM. Dat standpunt wordt bovendien onderschreven door kinderrechtendocumenten waarin kinderen expliciet een recht op een effectief rechtsmiddel wordt toegekend.

Juist in zaken over een uithuisplaatsing kan het belang van aparte vertegenwoordiging van het kind groot zijn. In deze zaken is het gemakkelijk om de belangen van het kind te verwarren met die van de ouder die hem vertegenwoordigt.²³⁰ Nu dat belang niet expliciet wordt erkend, blijkt in de praktijk dan ook dat het kindperspectief soms compleet afwezig in uitspraken. Zo oordeelde het EHRM in *V.D. en anderen tegen Rusland* over een zeer kwetsbare minderjarige die na negen jaar verblijf bij zijn pleegmoeder wordt teruggeplaatst bij zijn ouders.²³¹ Hoewel er de eerste acht jaar geen contact was geweest tussen het kind en zijn ouders, en hij duidelijk veilig gehecht was aan de pleegmoeder oordeelt het Hof dat geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Het belang van het kind bij continuïteit en stabiliteit lijkt in de overwegingen van het Hof geen enkele rol te spelen. Dat was wellicht anders geweest wanneer het EHRM het de pleegmoeder had toegestaan om ook namens haar voormalige pleegzoon te klagen. Dat was in deze zaak te meer van belang nu de minderjarige vanwege zijn fysieke beperkingen niet in staat was om zelf te klagen bij het Hof.²³²

229 EHRM 2 februari 2016, appl. no. 71776/12 (*N.TS. en anderen tegen Georgië*), par. 77.

230 Zie daarover ook Ferrer Riba 2010, p. 17; Fortin 2009, p. 64 e.v. Met betrekking tot de nationale rechtspraak wijst Smith er in haar noot bij een uitspraak van het Hof Den Haag op dat de belangen van de ouder en het kind in een adem worden genoemd, hetgeen de vraag oproept of de belangen van het kind wel zelfstandig zijn meegewogen in de procedure. Zie Hof Den Haag 18 oktober 2006, *JPF* 2007/36, m.nt. Smits.

231 EHRM 9 april 2019, appl. no. 72931/10 (*V.D. en anderen tegen Rusland*).

232 Zie hierover ook Van der Zon 2019.

3.13 CONCLUSIE: HET KIND CENTRAAL BIJ DE UITHUISPLAATSINGSBESLISSING

De scheiding van het kind met zijn ouders heeft twee belangrijke gevolgen. Enerzijds betekent de beslissing dat de staat namens de ouder beslist over de verblijfplaats van het kind, anderzijds heeft de beslissing gevolgen voor de vertegenwoordiging van het kind in rechte. De consequentie dat de staat namens de ouder beslissingen neemt betekent dat de primaire verantwoordelijkheid voor het realiseren van de rechten van het kind op dit punt wordt overgenomen door de staat. Daarbij vormen de belangen van het kind het toetsingskader. Het is echter niet gemakkelijk om de belangen en rechten van het kind te onderscheiden van die van volwassenen. Juist nu kinderen niet apart vertegenwoordigd worden, is het gemakkelijk om de belangen van ouders te verwarren met die van het kind.

Zoals bepleit in paragraaf 3.3 wordt de reden voor de uithuisplaatsing steeds gevonden in de belangen van het kind. Daarvoor moet zoals in hoofdstuk 2 is vastgesteld gekeken worden naar de rechten van het kind, gedragswetenschappelijke kennis over het kind en zijn mening. De invulling die in kinder- en mensenrechtendocumenten wordt gegeven aan de rechten van het kind bij de uithuisplaatsingsbeslissing is uiteengezet in het eerste deel van dit hoofdstuk. In paragraaf 3.8 en verder is daarna ingegaan op de procedurele waarborgen. Het in acht nemen van deze procedurele waarborgen garandeert dat de gedragswetenschappelijke invulling van de belangen van het kind zorgvuldig wordt onderbouwd. Kinder- en mensenrechten vereisen dat de beslissing wordt genomen door gekwalificeerde en getrainde professionals,²³³ dat de relevante feiten worden vermeld²³⁴ en ook dat deze informatie op waarheid is gebaseerd.²³⁵ Daarvoor is het noodzakelijk dat recent en onafhankelijk onderzoek beschikbaar is.²³⁶ Juist deze verplichting om de beslissing zorgvuldig te onderbouwen, maakt dat gedragswetenschappelijke kennis zorgvuldig kan worden afgewogen bij de uithuisplaatsingsbeslissing. De verplichting om het kind te horen, maakt het vervolgens mogelijk om de mening van het kind mee te nemen bij het vaststellen van de belangen van het kind.

233 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 94.

234 EHRM 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta tegen Italië*) par. 94. Het recht om inzage te hebben in de gegevens waar beslissingen op zijn gebaseerd kon reeds worden afgeleid uit artikel 6 EVRM; zie EHRM 24 februari 1995 appl. no. 16424/90 (*McMichael tegen het Verenigd Koninkrijk*). Zie daarover Ferrer Riba 2010, p. 16.

235 EHRM 21 juni 2007, appl. no. 23499/06 (*Havelka tegen Tsjechië*), par. 57; EHRM 26 oktober 2006, appl. no. 23848/04 (*Walova en Walla tegen Tsjechië*), par. 73; EHRM 18 december 2008, appl. no. 39948/06 (*Saviny tegen Oekraïne*), par. 58.

236 EHRM 28 april 2016, appl. no. 6884/13 (*Cincimino tegen Italië*). Zie hierover eveneens Forder 2016, p. 2575.

Het tweede gevolg van de uithuisplaatsing ziet op de vertegenwoordiging van het kind in rechte. De meeste kinderen zullen in hun jeugd maar weinig te maken krijgen met de rol van hun ouders als vertegenwoordiger in rechte en nooit een gerechtsgebouw betreden, of een kinderrechter spreken. Dat is anders voor pleegkinderen, die door de uithuisplaatsingsbeslissing direct te maken krijgen met rechterlijke beslissingen over hun leven. Juist in deze situatie hebben kinderen dus behoefte aan een goede vertegenwoordiging en bescherming van hun rechten tijdens de procedure. Het is dan ook paradoxaal dat pleegkinderen, juist in de periode waarin zij het meest behoefte hebben aan goede vertegenwoordiging, nog altijd volledig moeten vertrouwen op hun ouders voor deze vertegenwoordiging. Het is immers juist de gebrekkige wijze waarop de ouder de kinderen beschermt die aanleiding heeft gegeven tot de uithuisplaatsing.

Uit kinder- en mensenrechtendocumenten valt af te leiden dat kinderen een effectieve mogelijkheid moeten hebben om op te komen voor hun rechten. Ook is duidelijk dat wanneer de belangen van het kind en die van de ouder botsen, de vertegenwoordiging door ouders niet volstaat. Dat dit specifiek ook geldt voor de beslissing tot uithuisplaatsing is evenwel niet expliciet opgenomen in kinder- en mensenrechtendocumenten. Niet uitgesloten is echter dat wanneer deze vraag wordt voorgelegd aan het EHRM, het Hof zou oordelen dat effectieve bescherming van het recht op familielevens van het kind vergt dat het kind separaat wordt vertegenwoordigd. Het zou beter zijn als lidstaten niet zouden wachten tot het EHRM komt met een expliciete erkenning van het recht van het kind op separate vertegenwoordiging in jeugdbeschermingsprocedures, maar dit recht zelf in hun nationale wet- en regelgeving zouden verankeren. Kinder- en mensenrechtendocumenten geven immers naar hun aard brede normen, terwijl het aan lidstaten is om hier op specifieke punten invulling aan te geven. Juist de kwetsbare positie van kinderen bij de beslissing tot uithuisplaatsing, het belang van een goede vertegenwoordiging en de beperkte rol die hun ouders daarin kunnen spelen leiden wat mij betreft tot de conclusie dat effectieve bescherming van de rechten van het kind bij de beslissing tot uithuisplaatsing alleen gegarandeerd kan worden als zij separaat vertegenwoordigd worden in de procedure.

In schema kunnen de rechten van het pleegkind bij de beslissing tot uithuisplaatsing zoals vastgesteld in dit hoofdstuk als volgt worden samengevat:

- Het kind heeft recht op bescherming van zijn familielevens.
- De uithuisplaatsing kan worden gerechtvaardigd indien dat noodzakelijk is in het belang van het kind.
- Staten hebben een beoordelingsruimte, maar moeten wel binnen de gestelde kaders handelen.
- Of de plaatsing noodzakelijk is in het belang van het kind kan worden beoordeeld aan de hand van vier criteria:

- 1) De uithuisplaatsing is alleen te rechtvaardigen als ouders schade toebrengen aan de ontwikkeling van het kind;
 - 2) De doelmatigheid – de rol van ouders staat centraal;
 - 3) Er moet een zorgvuldige beoordeling worden gemaakt van de impact op betrokkenen;
 - 4) De uithuisplaatsing kan alleen worden gerechtvaardigd als er geen minder ingrijpende middelen zijn om het gestelde doel te bereiken. Daarbij geldt dat als ouders niet meewerken de kans minder groot is dat de minder ingrijpende middelen effectief zal zijn.
- Het recht van het kind op bescherming van zijn ontwikkeling leidt ertoe dat bij kindermishandeling een verplichting geldt om in te grijpen.
 - Om vast te kunnen stellen of aan de criteria voor uithuisplaatsing is voldaan moeten alle feiten zorgvuldig in kaart worden gebracht en moet de beslissing dus goed onderbouwd worden.
 - De mening van het kind moet zorgvuldig worden vastgesteld en meegewogen.
 - Het kind moet een effectieve mogelijkheid hebben om op te komen voor zijn rechten.