



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen:
de externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien
vanuit kinder- en mensenrechten**

Kruijf, M.P.

Citation

Kruijf, M. P. (2019, March 7). *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen: de externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69767>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69767>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:

<http://hdl.handle.net/1887/69767>

Author: Kruijf, M.P. de

Title: Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen: de externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten

Issue Date: 2019-03-07

2 Beslissingen tot gesloten uithuisplaatsingen van kinderen

Eisen vanuit Europees en internationaal juridisch perspectief

‘De ultieme gerechtigheid, zei hij bij zichzelf, vind je alleen bij Onze-Lieve-Heer, beste Elena. Wij zijn genooddaakt te werken met menselijke en dus feilbare normen. We leven op een puinhoop, en op die puinhoop moeten we het zien te redden’ (p. 179-180).

‘Maar gerechtigheid was als een eg die de grond moet ontginnen en hier en daar iets overslaat: groepjes paardenbloemen, steentjes die te klein zijn om te worden meegetrokken, plekken waar de twijfel blijft ontkiemen’ (p. 189).

Giorgio Fontana, het geweten van Roberto Doni, 2014

2.1 INTRODUCTIE EN ONDERZOEKSVRAGEN

2.1.1 Inleiding

Een plaatsing in gesloten jeugdhulp impliceert (1) een inbreuk op het recht op eerbiediging van het gezinsleven (*family life*) van zowel voor de betrokken jeugdige als zijn of haar ouders¹ en (2) een inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de jeugdige.² Slechts onder strikte voorwaarden is een inbreuk op deze

1 Let wel, een uithuisplaatsing van een kind is niet alleen zeer ingrijpend voor een kind maar voor het hele gezin van het kind. French & Cameron (2002) schrijven dat ‘(r)esidential treatment is an invasive intervention that affects not only the child’s life, but disrupts the entire family’ (p. 307). Het is om deze reden dat ouders van uithuisgeplaatste kinderen zich kunnen beroepen op hun recht op bijvoorbeeld contact met hun kind op basis van art. 8 EVRM. Dit geldt ook voor broers en zussen, zo blijkt uit par. 17 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg: ‘(i)n ieder geval moet al het mogelijke worden gedaan om de broers en/of zussen contact met elkaar te laten onderhouden, tenzij dit ingaat tegen hun wensen of belangen.’ Feiner (2015) pleit ervoor, gelet op art. 8 EVRM en art. 3 lid 1 IVRK, dat de rechter bij elke afweging om een machtiging uithuisplaatsing te verlenen zich ervan te vergewissen dat op een zorgvuldige wijze is afgewogen of broers en zussen samen geplaatst kunnen worden, waarbij slechts kindgerichte afwegingen kunnen rechtvaardigen dat broers en zussen gescheiden opgroeien (p. 3019); zie tevens Feiner 2015.

2 In de verdragsbepalingen van het IVRK, EVRM en het IVBPR is geen definitie van vrijheidsbeneming te vinden. De vraag of er sprake is van vrijheidsbeneming is een belangrijke voorvraag op de vraag of vrijheidsbeneming rechtmatig is (Kromhout & Liefwaard 2010, p. 127). Om de vraag te kunnen beantwoorden moet gezocht worden in jurisprudentie, literatuur en in zogenaamde ‘soft law’. (‘soft law’ bestaat uit normatieve bepalingen in niet-

rechten toegestaan. Deze voorwaarden bieden rechten en (rechts)bescherming aan kinderen van wie verondersteld wordt dat zij alternatieve zorg nodig hebben in de vorm van een gesloten plaatsing.

Deze beginselen en rechten zijn terug te vinden in Europese en internationale rechtsbronnen, waarvan het Europees Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM)³ en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK)⁴ de voornaamste rechtsbronnen zijn.⁵ Uit de inhoud van deze relevante internationale rechtsregels wordt het toetsingskader voor de Nederlandse gesloten jeugdhulp gestedilleerd.

In het kort ziet het juridisch relevante kader voor deze groep kinderen er als volgt uit. Het eerste beginsel, het recht op bescherming van kinderen in een alternatieve zorgsituatie, is vervat in art. 8 EVRM dat een rechtvaardigingsgrond vereist indien er een inbreuk wordt gemaakt op het recht op respect van familielevens in de vorm van een uithuisplaatsing. Inzake het tweede beginsel, het recht op bescherming van kinderen bij vrijheidsbeneming, is het gelet op de bewoordingen van art. 5 lid 1 aanhef en sub d EVRM toegestaan om kinderen op te sluiten vanwege opvoedingsdoeleinden, mits daarvoor een wettelijke grondslag is. Hiermee beschikken verdragsstaten over verstreckende bevoegdheden om kinderen van hun vrijheid te beroven met als doel hen op te voeden.⁶ Vrijheidsbeneming dient daarnaast slechts te worden toegepast als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur. Dit volgt uit art. 37, onder b, IVRK.

Daarnaast zijn in het IVRK verschillende rechten van kinderen opgenomen die betrekking hebben op beide beginselen. Zo heeft het kind het recht op te groeien bij zijn of haar ouders, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind (art. 9 IVRK). Ook is de Staat verplicht om extra bescherming te bieden aan kinderen die niet in hun eigen gezin kunnen verblijven en zorgt het in

bindende, juridische teksten (Shelton 2000, p. 292; Liefwaard 2008a, p. 62)).

In hoofdstuk 1 heb ik reeds betoogd dat plaatsing in een instelling in gesloten jeugdhulp gerekend dient te worden tot vrijheidsbeneming in de zin van art. 37, onder b, IVRK, art. 5 lid 1 sub d EVRM, art. 9 IVBPR, alsmede onder de reikwijdte van soft law zoals bijvoorbeeld de *Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty* (VN GA Res. 45/113, 14 december 1990 (hierna: Havana Rules)) en Europese regelgeving zoals de *European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures* van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, Recommendation CM/Rec(2008)11).

3 Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, Rome, 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154 en *Trb.* 1990, 156.

4 VN, *Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind*, New York 20 november 1989, *Trb.* 1990, 170.

5 Op het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (1966) (hierna: IVBPR) en de bescherming die dit verdrag biedt, wordt in dit hoofdstuk slechts beperkt ingegaan. Liefwaard (2008a) beschrijft dat het IVBPR 'represents what has been referred to as a welfare or charity approach, child protection approach or needs-based approach, rather than a rights-based approach' (p. 26).

6 Verscheidene auteurs spreken in dit verband van *far-reaching powers*. (Trechsel 2005, p. 445; Van Dijk e.a. 2006 p. 476).

dergelijke gevallen voor een geschikt alternatief (art. 20 lid 1 IVRK). Art. 20 lid 3 IVRK stelt dat Staten zorg moeten dragen voor 'geschikte' instellingen voor kinderopvang en benadrukt dat plaatsing in een instelling alleen aan de orde is wanneer dit 'noodzakelijk' is. Art. 25 IVRK vereist regelmatige evaluatie gedurende een uithuisplaatsing en tijdens vrijheidsberoving.

2.1.2 Centrale onderzoeksvragen

Bestudering van het internationale juridische kader strekt zich ten doel om een set minimumeisen te formuleren waaraan de rechtmatigheid van uithuisplaatsingen in de vorm van gesloten jeugdhulp in Nederland getoetst kan worden.⁷ De centrale vraag van dit hoofdstuk luidt als volgt:

- *Welke minimumeisen gelden ten aanzien van (de totstandkoming van) rechtmatige, gesloten plaatsingen van kinderen, gelet op het Europese en internationale juridische kader van kinder- en mensenrechten?*

Om de hoofdvraag te kunnen beantwoorden, zijn twee van de hoofdvraag afgeleide deelvragen opgesteld:

- *Welke eisen worden in internationale kaders gesteld aan de beslissing tot plaatsing in een residentiële setting, gelet op het gegeven dat een gesloten uithuisplaatsing een inbreuk vormt op 'family life'?*
- *Welke eisen worden in internationale kaders gesteld aan rechtmatige vrijheidsbeneming in de vorm van gesloten plaatsingen?*

Leeswijzer

De voornaamste rechtsbronnen worden kort geïntroduceerd (par. 2.1.3). Vervolgens worden in par. 2.2 de eisen die de kernbepalingen uit het IVRK, die door het VN-Kinderrechtencomité als zodanig zijn aangewezen, stellen aan gesloten uithuisplaatsingen, onderzocht. Daarnaast zijn in het internationale juridische kader rechtswaarborgen geformuleerd die gelden voor kinderen die uit huis geplaatst zijn en kinderen die van hun vrijheid beroofd zijn. Eerst wordt beschreven dat zowel uithuisplaatsing als vrijheidsbeneming een *ultimum remedium* zijn (par. 2.3). Daarna wordt behandeld welke inhoudelijke eisen gesteld zijn aan een rechtmatige toepassing van het uit huis plaatsen van kinderen (par. 2.4). Vervolgens wordt dit in kaart gebracht ten aanzien van de eisen die aan vrijheidsbeneming van kinderen gesteld worden (par. 2.5). De procedurele waarborgen die voortvloeien uit het internationale juridische kader worden beschreven in par. 2.6. Uit beide kaders vloeit vervolgens een

⁷ Deze minimumeisen hebben te gelden op zowel het niveau van wetgeving als op het niveau van de uitvoeringspraktijk (zie onder andere Wortmann 2013, p. 62).

geïntegreerd juridisch toetsingskader voor de Nederlandse rechtspraak voort ten aanzien van uithuisplaatsingen in de gesloten jeugdzorg (par. 2.8).

2.1.3 Een introductie van de voornaamste Europese en internationale rechtsbronnen

Het internationale juridische kader groeit nog iedere dag, zowel qua omvang als qua importantie. Dit geldt ook voor het internationale juridische kader waaraan kinderen die gesloten uit huis geplaatst zijn, hun rechten en hun rechtsbescherming aan ontleen. De Europese Unie en de Raad van Europa (en in het bijzonder het Europees Hof voor de Rechten van de Mens) en organen van de Verenigde Naties (in het bijzonder het Mensenrechtencomité en het Kinderrechtencomité) leveren belangrijke input aan het internationale juridische kader.

Zoals gezegd, zijn de meest belangwekkende mensenrechtenverdragen in dit verband het IVRK en het EVRM. Beide verdragen zijn geratificeerd door Nederland.⁸ Vervolgens rijst de vraag in hoeverre uit huis geplaatste kinderen een beroep kunnen doen op deze verdragen. Dit wordt het vraagstuk van de rechtstreekse werking genoemd. Deze materie wordt geregeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Het EVRM werkt automatisch door in de Nederlandse rechtsorde (interne werking).⁹ Voor wat betreft het IVRK, kan de rechter rekening houden met de voorzet die de Nederlandse wetgever heeft gegeven in de memorie van toelichting behorende bij de Goedkeuringswet van het IVRK.^{10, 11} In het Nederlandse rechtssysteem is het uiteindelijk de rechter die bepaalt of een IVRK-bepaling rechtstreekse werking heeft.

Het IVRK

Het IVRK is tot op heden het belangrijkste juridische kinderrechtendocument en vormt daarom het zwaartepunt van het toetsingskader voor de rechtmatige toepassing van plaatsingen in de gesloten jeugdhulp. Lee schrijft dat:

8 Het IVRK werd op 20 november 1989 ondertekend (UN GA Res. 44/25) en de tekst is bekend gemaakt in *Trb.* 1990, 46; een vertaling in *Trb.* 1990, 170. De goedkeuring voor Nederland vond plaats bij Wet van 2 november 1994, *Stb.* Zie voor de ratificatiegegevens *Trb.* 1995, 92. Het EVRM werd op 4 november 1950 ondertekend en de tekst is bekend gemaakt in *Trb.* 1951, 154; een herziene vertaling is bekend gemaakt in *Trb.* 1990, 156. De goedkeuring voor Nederland vond plaats bij Wet van 28 juli 1954, *Stb.* 1954, 335. Zie voor de ratificatiegegevens *Trb.* 1954, 151.

9 Voor de toepassing van het IVRK in de Nederlandse rechtsorde, zie Van Emmerik 2005, p. 700 e.v.; De Graaf e.a. 2012; De Graaf e.a. 2015.

10 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 855 (R1451), 3, p. 9; zie ook Pulles & Wörs (2012).

11 Zie Pulles 2013, p. 109-138.

‘(t)he UNCRC is the first binding instrument in international law to deal with the rights of children. It provides the highest level of international standards and guidelines for regional and national implementation’.¹²

Aan het IVRK gingen vele andere verdragen en richtlijnen vooraf, zoals de Geneefse Verklaring van de Rechten van het Kind (1924), de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (1948), het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (1966) en de Verklaring van de Rechten van het Kind (1959).¹³

Het IVRK heeft zich tevens ontwikkeld als een belangrijke rechtsbron ten behoeve van de interpretatie van het EVRM, zo blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof.¹⁴ Wel waarschuwt bijvoorbeeld Doek ervoor dat het IVRK geen internationale blauwdruk bevat voor de inhoud en de organisatie van de nationale kinderbescherming.¹⁵ Verderop schrijft hij dat:

‘het IVRK weinig voorzieningen bevat met concrete aanwijzingen voor de gronden, aard en de omvang van een rechterlijke interventie ter bescherming van het kind.¹⁶ De vraag of een wet “IVRK-proof” is kan niet worden beantwoord door de tekst ervan naast die van het Verdrag te leggen en simpel af te vinken (...) Het internationale Kinderrechtenverdrag laat veel ruimte aan de Staten om hun kinderbeschermingssysteem in te richten en te organiseren, waarbij rekening kan worden gehouden met o.a. het eigen rechtssysteem, de staatsinrichting en de cultuur en traditie van betrokkenheid van particuliere organisaties bij de kinderbescherming.’¹⁷

Desondanks erkent Doek dat het IVRK:

‘voldoende aanknopingspunten en bepalingen bevat die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of een wet in overeenstemming is met de letter en de geest van het IVRK’.¹⁸

Dit staat ook met zoveel woorden in art. 51 lid 2 IVRK, namelijk dat een voorbehoud dat niet verenigbaar is met doel en strekking van dit Verdrag, niet is toegestaan.¹⁹

¹² Lee 2008, p. 105.

¹³ Voor een overzicht betreffende de totstandkoming van internationale kinderrechten zie Liefwaard 2008, p. 13-39; Vučković Šahović, Doek & Zermatten 2012, p. 27-47; Rap 2013, par. 2.2, p. 38-43.

¹⁴ Zie bijv. Kilkelly 2014, p. 193-210.

¹⁵ Doek 2013, p. 23. Hij maakt deze opmerking (en zie ook de volgende voetnoten) bij de bespreking van het wetsvoorstel ‘Herziening Kinderbeschermingsmaatregelen’.

¹⁶ Doek 2013, p. 28.

¹⁷ Doek 2008, p. 30.

¹⁸ Doek 2008, p. 30.

¹⁹ Het is mogelijk om een voorbehoud of een interpreterende verklaring te maken bij IVRK-bepalingen. voor een actueel overzicht zie: <https://treaties.un.org> > Status of Treaties. Nederland heeft een voorbehoud geformuleerd bij de artikelen 26, 37, onder c en 40 IVRK.

Daarnaast vormt het IVRK een onuitputtelijke bron van rechtsontwikkeling, getuige de stroom aan op het IVRK geïnspireerde juridische documenten van ten eerste het VN-Kinderrechtencomité zelf, maar ook andere documenten die binnen de VN ontwikkeld worden zoals de Richtlijnen voor alternatieve zorg voor Kinderen en juridische documenten die in de Europese context tot stand komen, zoals de Richtlijnen voor kindvriendelijke procedures. Het IVRK heeft aan kracht gewonnen door de totstandkoming van andere internationaalrechtelijke bronnen die een interpretatie geven aan de soms zeer vage bepalingen uit het IVRK. In de meeste gevallen worden deze bronnen tot de zogenoemde 'softe' rechtsbronnen (*soft law*) gerekend. Strikt genomen zijn deze bronnen niet juridisch bindend, maar juist vanwege het algemene karakter van kinderen mensenrechtenverdragen zijn deze 'softe' rechtsbronnen een zeer waardevol interpretatiemiddel (gebleken) en moet er een zekere morele waarde aan worden toegekend.²⁰ Een belangrijke *soft law*-bron vormen de 'General Comments' waarvan het VN-Kinderrechtencomité er tot op heden 23 heeft uitgebracht. General Comments zijn bedoeld om verdragsstaten handvatten aan te reiken bij het implementeren van IVRK-bepalingen. De rationale van het te bespreken thema wordt uitgebreid toegelicht, mede in het licht van andere IVRK-bepalingen en andere mensenrechtendocumenten.

Het EVRM

Aangaande het EVRM constateert Barkhuysen dat dit mensenrechtenverdrag zich in de loop van de jaren heeft kunnen ontwikkelen 'tot een verdrag waarvan algemeen wordt onderkend dat het een vergaande invloed heeft op alle onderdelen van de Nederlandse rechtsorde'.²¹ Het EVRM en de jurisprudentie van het Europees hof zijn vaak aangehaalde bronnen van gezaghebbend recht geworden in uitspraken van Nederlandse rechters op alle niveaus. Afgezien van art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM en art. 6 lid 1 EVRM bevat het EVRM geen specifieke bepaling over de rechten van het kind. Desalniettemin past het hof met name de artikelen 3, 5, 6 en 8 EVRM regelmatig toe op een wijze die correspondeert met de geest van het IVRK. Forder schrijft bijvoorbeeld dat 'het EHRM in een verfijnde creatieve jurisprudentie een behoorlijke bescherming van het kind heeft ontwikkeld'.²²

Richtlijnen voor alternatieve zorg

In 2010 worden de Richtlijnen voor alternatieve zorg voor Kinderen (hierna: Richtlijnen voor alternatieve zorg) verwelkomd door de Algemene Vergadering

20 Mijnaarends 1999, p. 78-81 en 87; Liefwaard 2008, p. 62.

21 Barkhuysen 2004, p. 17-18.

22 Forder 2008, p. 43. Zie ook Pulles (2013, p. 109-128) over de receptie van het EVRM en het IVRK in de Nederlandse rechtsorde.

van de Verenigde Naties.²³ Bruning & Van der Zon zien de Richtlijnen voor alternatieve zorg als een belangrijke stap vooruit in de erkenning van de rechten van deze kwetsbare groep minderjarigen.²⁴ De Richtlijnen hebben betrekking op een zeer brede doelgroep, namelijk alle kinderen die 's nachts niet worden verzorgd door ten minste één van beide ouders (par. 29a).

In General Comment nr. 14 van het VN-Kinderrechtencomité over art. 3 lid 1 IVRK wordt rechtstreeks naar de Richtlijnen voor alternatieve zorg verwezen:

'(t)he Guidelines for the Alternative Care of Children aim to ensure that children are not placed in alternative care unnecessarily; and that where alternative care is provided, it is delivered under appropriate conditions responding to the rights and best interests of the child'.²⁵

Overige internationale regelgeving

De Beijing Rules (1985),²⁶ de Havana Rules (1990), de Riyadh Guidelines (1990)²⁷ en de Tokyo Rules (1990)²⁸ bevatten minimumstandaarden voor het jeugdstrafrechtstelsel en vrijheidsbeneming van minderjarigen. De Riyadh Guidelines zien op de implementatie van sociale politiek gericht op het voorkomen van crimineel gedrag van minderjarigen. De Beijing Rules staan een progressief jeugdstrafrechtstelsel voor en de Havana Rules zijn gericht op het beschermen van mensenrechten van kinderen in jeugdgevangnissen of andere instellingen. De Tokyo Rules ten slotte, zijn gericht op het stimuleren van alternatieven voor vrijheidsbeneming, maar zijn niet kindspecifiek. Waar nodig, wordt in dit hoofdstuk gerefereerd aan deze documenten.

23 A/RES/64/142, 24 februari 2010. 'Verwelkomd' houdt in dat de Richtlijnen niet zijn aangenomen door de VN, maar dat de Richtlijnen wel gesteund worden (Vučković Šahović, Doek & Zermatten 2012, p. 37).

24 Bruning & Van der Zon 2013, p. 501. Zie voor juridische literatuur over de Richtlijnen voor alternatieve zorg: Vučković Šahović, Doek & Zermatten 2012, p. 175-179; Blaak e.a. 2012, p. 81-86; Phillips 2011.

25 VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013, p. 62.

26 VN, *UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, A/RES/40/33, 29 November 1985 (The 'Beijing' Rules). De Beijing Rules zijn van grote invloed geweest op het ontwerp van art. 40 IVRK (Detrick 1999, p. 681).

27 VN, *UN Guidelines for the prevention of juvenile delinquency*, UN Doc A/RES/45/112, 14 december 1990 (Riyadh Rules).

28 VN, *Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures* 1990, UN Document a/res/45/110, 14 december 1990 (The Tokyo Rules).

2.2 GESLOTEN UITHUISPLAATSINGEN IN HET LICHT VAN DE VIER IVRK-KERN-BEGINSELEN

Inleiding

Vier kinderrechten oftewel vier kinderrechtbeginselen zijn door het VN-Kinderrechtencomité aangewezen als essentiële beginselen voor de implementatie van de VN-Kinderrechtenverdrag. Het betreft het recht op non-discriminatie (art. 2 IVRK), de belangen van het kind vormen een eerste overweging (art. 3 lid 1 IVRK),²⁹ het recht op leven en ontwikkeling (art. 6 IVRK) en het recht op respect voor de mening van het kind (art. 12 IVRK).³⁰ Deze vier beginselen hebben met elkaar gemeen dat ze functioneren als zowel een substantieel recht als een procedureel recht.³¹

Voor het realiseren van IVRK-rechten van uit huis geplaatste kinderen zijn deze basisbeginselen (in de literatuur wel aangehaald als *general principles*, *basic principles* of *umbrella provisions*) erg belangrijk. Een kinderrecht zoals het recht op alternatieve zorg (art. 20 IVRK) kan niet ten volle worden nageleefd als geen rekening gehouden wordt met het recht op non-discriminatie. Andersom kan het belang van het kind kan nooit worden aangeroepen, zonder te refereren aan andere, specifieke rechten van kinderen uit het IVRK.³² Samen met de reeds aangehaalde artikelen 9, 20, 25 en 37 IVRK vormen de kernbeginselen uit het IVRK de basis van het toetsingskader zoals dat volgt uit het IVRK voor een rechtmatige toepassing van gesloten jeugdhulp. De kernbeginselen worden hieronder nader uitgewerkt.

2.2.1 Algemeen Kernbeginsel I: het verbod op discriminatie bij een beslissing tot een gesloten uithuisplaatsing

Art. 2 lid 1 IVRK De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, eerbiedigen en waarborgen de in het Verdrag omschreven rechten voor ieder kind onder hun rechtsbevoegdheid zonder discriminatie van welke aard ook, ongeacht ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale, etnische of maatschappelijke afkomst, vermogen, handicap, geboorte of andere omstandigheid van het kind of van een ouder of wettige voogd.

29 Het bevreemdt dat slechts het eerste lid van art. 3 IVRK als kernbeginsel is aangewezen en het tweede en derde lid niet (deze leden worden overigens ook niet wordt genoemd in General Comment nr. 14 over dit kernbeginsel).

30 VN-Kinderrechtencomité, *General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by states parties under article 44, paragraph 1(a), of the Convention*, CRC/C/5, 30 oktober 1991, par. 13. Voor recente kritiek, zie Hanson & Lundy 2017.

31 Zie vt.nt. 80. Ook het recht om gehoord te worden valt uiteen in zowel een materiaal belang (passend belang hechten aan de stem van het kind) en een procedureel belang (het kind moet gehoord worden).

32 Zie Freeman 2007, p. 9.

Art. 2 lid 2 IVRK De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de status of de activiteiten van, de meningen geuit door of de overtuigingen van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.

Het recht op bescherming tegen discriminatie (positief geformuleerd: het recht op inclusie) houdt in dat alle kinderrechten zonder uitzondering gelden voor alle kinderen.³³ Dit recht is gebaseerd op het algemene mensenrechtenbeginsel dat alle mensen gelijk zijn (zie tevens de eerste en derde paragraaf van de Preamble bij het Kinderrechtenverdrag). In art. 2 IVRK wordt gesteld dat kinderen tegen discriminatie van welke aard dan ook beschermd dienen te worden. Het non-discriminatiebeginsel houdt niet in dat er in geen enkel opzicht onderscheid gemaakt mag worden, maar er mag geen onderscheid gemaakt worden op basis van onredelijke gronden die niet in overeenstemming zijn met het doel dat met het IVRK wordt nagestreefd.³⁴ Het zou wellicht in strijd met art. 2 IVRK kunnen zijn om kinderen die in aanraking komen met gesloten jeugdhulp een zwakkere rechtspositie te geven dan kinderen die van hun vrijheid beroofd worden op strafrechtelijke gronden. Ook adolescentie – de periode waarin gesloten jeugdhulp het vaakst wordt toegepast – mag nooit een bron van discriminatie zijn.³⁵ Daarnaast is het een zorg dat maar al te vaak armoede, etnische afkomst of een handicap debet zijn aan uithuisplaatsingen.³⁶ Eurochild wijst op anekdotisch bewijs dat kinderen in Europa op arbitraire wijze in het kinderbeschermingssysteem terecht komen. Er zijn families die door langdurige werkloosheid en vanwege gebrek aan materiële bestaansmiddelen te maken krijgen met ondervoeding en huisvestingsproblemen. Deze armoede gerelateerde problematiek leidt in sommige gevallen tot gedwongen uithuisplaatsingen.³⁷ Uit de Richtlijnen voor alternatieve zorg blijkt dat enkel financiële problemen op zichzelf geen afdoende rechtvaardigingsgrond bieden voor het opleggen van kinderbeschermingsmaatregelen.³⁸

33 Voor een uitgebreide bespreking van dit beginsel, zie Vučković Šahović, Doek & Zermatten 2012, p. 92 e.v.

34 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment nr. 18: Non-discrimination*, HRI/GEN/1/Rev.6, 10 november 1989, par. 147.

35 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 21.

36 Eurochild 2012, p. 12.

37 Eurochild 2012.

38 'Financiële en materiele armoede, of omstandigheden die direct en uitsluitend aan dergelijke armoede te zijn zijn, mogen nooit de enige motivering zijn om een kind bij zijn ouders weg te halen, het op te nemen in de alternatieve zorg, of zijn/haar terugplaatsing te verhinderen, maar moeten worden beschouwd als een signaal dat het gezin behoefte heeft aan passende ondersteuning' (par. 15). Zie ook de *Recommendation* van de Europese Commissie van 20 februari 2013 *Investing in children: breaking the cycle of disadvantage*, C(2013) 778 final. Er wordt onder andere opgeroepen tot 'Stop the expansion of institutional care settings

2.2.2 Algemeen Kernbeginsel II: Een gesloten uithuisplaatsing moet in het belang van het kind zijn

Art. 3 lid 1 IVRK Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevendende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.

Met een uithuisplaatsing moeten de belangen van het kind gediend zijn. Dit volgt uit diverse gezaghebbende rechtsbronnen waarvan art. 3 lid 1 IVRK de voornaamste is. Hierin is neergelegd dat de belangen van het kind de eerste overweging vormen. Het belang van het kind zoals dat is neergelegd in art. 3 IVRK lid 1, bekleedt volgens Vučković Šahović, Doek & Zermatten zowel een controlefunctie als een oplossingsgerichte functie. De controlefunctie houdt in dat ‘the best interests of the child is used in this case to make sure that rights and obligations towards children are properly implemented’. De oplossingsgerichte functie:

‘imposes the duty of examining the best interests of the child in order to force the persons having to make decisions about children to evoke and evaluate every possible solution in each concrete case, and to promote and choose the solution being in the best interests of child’.³⁹

Volgens Smyth is de functie van art. 3 lid 1 IVRK als volgt:

‘(t)he general principle of the best interests of the child involves an evaluation of all available options with a view to deciding which is best; thus identified, the best interests of the child must be a primary, but not necessarily the paramount, consideration’.⁴⁰

Deze benadering zou aangeduid kunnen worden als een pragmatische variant binnen de oplossingsgerichte benadering van art. 3 IVRK; een oplossing die het beste aansluit bij de belangen van het kind, maar wel is gebonden aan de beschikbare mogelijkheden. Volgens het VN-Kinderrechtencomité is een ‘assessment and determination of the child’s best interests’ onmisbaar als het gaat om een mogelijke scheiding van de ouders en het kind. Het belang van het kind is katalysator, uitgangspunt en paraplu-beginsel van zowel de noodzakelijkheidstoets inzake de vraag of uithuisplaatsing echt nodig is als bij de geschiktheidsvraag welke vorm van uithuisplaatsing het meest geschikt is voor het kind.⁴¹ Tegelijkertijd moet aangetekend worden dat de notie van de belan-

for children without parental care’ (par. 2.2) en ‘support (...) a transition from institutional to community-based services’.

39 Vučković Šahović, Doek & Zermatten 2012, p. 98.

40 Smyth 2013, p. 176.

41 Zie ook Vučković Šahović, Doek & Zermatten (2012: ‘The notion of the best interests of the child must be considered as a rule in itself’ (p. 97).

gen van het kind op zichzelf een weinig omlijnd juridisch concept is, dat pas in de toepassing ervan inhoud en betekenis krijgt.⁴²

De 'belangen van het kind' in EHRM-jurisprudentie aangaande uithuisplaatsingen
Het belang van dit beginsel wordt ook benadrukt en geconcretiseerd in jurisprudentie over art. 8 EVRM van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aangaande uithuisplaatsingen van kinderen. In *Johansen t. Noorwegen* (een uitspraak betreffende uithuisplaatsing en adoptie) bepaalde het Europees Hof reeds dat '(i)n essence, it is the best interests of the children that is of crucial importance'.⁴³ Dit beginsel is ook terug te vinden in *Olsson t. Zweden* (1), waarin wordt opgemerkt dat:

'(i)t is an interference of a very serious order to split up a family. Such a step must be supported by sufficiently sound and weighty considerations in the interests of the child'.⁴⁴

In *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, een internationale kinderontvoeringszaak, overweegt het Europees Hof dat 'there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount' (par. 135). In deze uitspraak wordt erkend dat de belangen van het kind voorrang hebben boven de belangen van andere direct betrokkenen. Het hof wijst hierbij op art. 24 lid 2 en 3 van het EU-Handvest:

- bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging (lid 2);
- ieder kind is erbij gebaat om 'regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist' (lid 3).⁴⁵

Een kind heeft altijd meerdere belangen en dat deze belangen soms haaks op elkaar kunnen staan, wordt goed duidelijk als we kijken naar de uitspraak *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland* van het Europees Hof. Aan de ene kant is

42 Vučković Šahović, Doek & Zermatten (2012, p. 98) merken op dat de praktijk aan temporele en ruimtelijke veranderingen onderhevig is. Het belang van het kind moet daarin meebewegen en dit beginsel zal in de literatuur en in de praktijk verder doorontwikkeld moeten worden.

43 EHRM 7 augustus 1996, appl. nr. 17383/90 (*Johansen t. Noorwegen*), par. 64 en 78.

44 EHRM 23 maart 1988, appl. nr. 10465/83, A 130 (*Olsson t. Zweden* (1)), par. 72.

45 Deze uitspraak betreft een internationale kinderontvoeringszaak. In *R. en H. t. Verenigd Koninkrijk* stelt het Hof dat het 'best interests beginsel' zoals dat blijkt uit *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland* ook geldt voor beschermingsprocedures op nationaal niveau (EHRM 31 mei 2011, appl. nr. 35348/06, par. 74).

het in het belang van het kind om op te groeien bij zijn of haar familie en niet gescheiden te worden van zijn of haar familie. En aan de andere kant is het in het belang van het kind om de ontwikkeling van het kind te waarborgen in een veilige en stabiele omgeving'. Helaas zijn sommige gezinnen allerm minst een veilige en stabiele omgeving en weegt het belang van een veilige ontwikkeling zwaarder dan het belang van opgroeien bij je eigen familie. In *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland* verwoordde het hof dit als volgt:

'(t)he child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to "rebuild" the family. On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development'.⁴⁶

In de zaak *Y.C. t. Verenigd Koninkrijk* worden de belangen van het kind bij een uithuisplaatsingsbeslissing strekkende tot adoptie door het Europees Hof nader ingevuld. Het hof geeft aan dit nog niet eerder gedaan te hebben maar dit gezegd hebbend, nuanceert het hof de nadere concretisering onmiddellijk door op te merken dat de overwegingen 'may vary depending on the circumstances of the case in question'.⁴⁷ Het individualiteitsbeginsel aldus tot uitgangspunt nemend, gelast het hof dat bij een beoordeling van de noodzaak tot een uithuisplaatsing van een kind ter adoptie de nationale rechters moeten aantonen dat zij de volgende aspecten in overweging hebben genomen:

'inter alia, the age, maturity and ascertained wishes of the child, the likely effect on the child of ceasing to be a member of his original family and the relationship the child has with relatives'.⁴⁸

Het hof zegt niets over een hiërarchie tussen deze overwegingen; ze zegt slechts dat deze overwegingen met elkaar in balans moeten zijn. Alhoewel het om een adoptiezaak gaat, zijn de overwegingen zeker relevant voor andersoortige uithuisplaatsingsbeslissingen. Bruning stelt in een annotatie bij *Y.C. t. Verenigd Koninkrijk* dat als het gaat om een scheiding van kind en ouders in een beschermingsprocedure waarin beslist moet worden over de toekomst van een kind, 'de balans meer en meer is doorgeslagen naar de belangen van het kind die als zwaarst moeten worden gewogen'.⁴⁹ Volgens Bruning bete-

46 EHRM 8 januari 2009, nr. 41615/07 (*Neulinger & Shuruk t. Zwitserland*), par. 136.

47 EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 4547/10 (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 135.

48 EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 4547/10 (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 135.

49 EHRM, 13 maart 2012, appl. nr. 4547/10, EHRC 2012/113, m.nt. Bruning (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*).

kent dit zeker niet dat de wensen van het kind altijd doorslaggevend zijn. Wel betekent het dat gemotiveerd moet worden hoe er rekening is gehouden met de wensen van het kind en welk gewicht hieraan is toegekend bij een belangenafweging.⁵⁰

Het individualiteitsprincipe in andere kinderrechtendocumenten

Bij de toets of een uithuisplaatsing noodzakelijk is, is het principe van individualiteit leidend, zo volgt uit art. 3 lid 1 IVRK. In de belangenafweging dient het principe van individualiteit er kort gezegd toe om te waarborgen dat de maatregel waartoe besloten wordt, exact aansluit bij de speciale noden en behoeften van de minderjarige. Dit aspect wordt in vele andere kinderrechtendocumenten benadrukt. In *General Comment nr. 14* schrijft het VN-Kinderrechtencomité dat:

‘(d)etermining what is in the best interests of the child should start with an assessment of the specific circumstances that make the child unique’⁵¹

Deze specifieke omstandigheden zijn volgens het VN-Kinderrechtencomité:

‘(t)hese circumstances relate to the individual characteristics of the child or children concerned, such as, inter alia, age, sex, level of maturity, experience, belonging to a minority group, having a physical, sensory or intellectual disability, as well as the social and cultural context in which the child or children find themselves, such as the presence or absence of parents, whether the child lives with them, quality of the relationships between the child and his or her family or caregivers, the environment in relation to safety, the existence of quality alternative means available to the family, extended family or caregivers, etc.’⁵²

Verderop verwoordt het VN-Kinderrechtencomité haar visie op de wijze waarop de belangen van het kind ‘gevonden’ kunnen worden:

‘(i)t should be emphasized that the basic best-interests assessment is a general assessment of all relevant elements of the child’s best interests, the weight of each element depending on the others. Not all the elements will be relevant to every case, and different elements can be used in different ways in different cases. The content of each element will necessarily vary from child to child and from case

50 Zie de annotatie van Bruning bij voornoemd arrest, onder punt 7. Zij wijst ook op de uitspraak *Levin t. Zweden* (EHRM, 15 maart 2012, appl. nr. 35141/06) waarin duidelijk wordt dat kinderen van zeven en negen jaar volgens het EHRM duidelijk hun mening kunnen geven en daaruit non-verbale signalen gedestilleerd kunnen worden waaruit blijkt wat goed voor ze is.

51 VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013, par. 49.

52 VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013, par. 48.

to case, depending on the type of decision and the concrete circumstances, as will the importance of each element in the overall assessment' (par. 80).

Het VN-Kinderrechtencomité geeft hier blijk van een zeer pragmatische visie als het om de toepassing van art. 3 lid 1 IVRK gaat. En of deze opmerking nu daadwerkelijk praktische handvatten geeft, is maar zeer de vraag. De assumptie dat iedere kind en iedere zaak anders is, maakt het überhaupt lastig om de rol van het *best interests*-beginsel in het toetsingskader ten behoeve van de rechtmatige toepassing van gesloten jeugdzorg te duiden, al biedt General Comment nr. 14 wel een ijkpunt bij het vaststellen van de beste belangen van het kind.

De belangen en rechten van het betreffende kind dienen als uitgangspunt te gelden bij alle beslissingen die binnen reikwijdte van de Richtlijnen vallen, zo wordt in par. 6 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg gesteld. Geen kind dient onnodig in een vorm van alternatieve zorg geplaatst te worden en, mocht alternatieve zorg toch nodig zijn, dan dient de plaatsing geschikt te zijn en aan te sluiten bij de individuele behoeften en belangen van het kind. In par. 7 staat dat bij de toepassing van deze Richtlijnen het belang van het kind het uitgangspunt vormt voor het vaststellen van trajecten voor kinderen die ouderlijke zorg moeten ontberen of daartoe risico lopen. In par. 21 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg wordt ten aanzien van uithuisplaatsing in residentiële setting als volgt overwogen:

‘(h)et gebruik van residentiële zorg moet beperkt blijven tot gevallen waarin een dergelijke omgeving specifiek wenselijk en noodzakelijk is voor en bijdraagt aan het betreffende individuele kind en zijn/haar belang’.

Een beslissing tot uithuisplaatsing in residentiële setting dient evenzeer als andere vormen van alternatieve zorg gegrond te zijn in de belangen van het kind, maar is blijkens deze bepaling gebonden aan een verzwaarde noodzakelijkheidstoets. Dit blijkt uit de bewoordingen ‘moet beperkt blijven tot gevallen waarin een dergelijke omgeving specifiek wenselijk en noodzakelijk is’ (par. 21). De Richtlijnen voor alternatieve zorg schrijven voor dat

‘de beoordeling grondig, zorgvuldig en op voortvarende wijze moet geschieden. Hierbij moet rekening gehouden worden met de onmiddellijke veiligheid en het welzijn van het kind, met zijn/haar zorg en ontwikkeling op de lange termijn en ook met zijn/haar persoonlijke en ontwikkelingskenmerken, etnische, culturele, linguïstische en religieuze achtergrond, gezins- en sociale omgeving, medische geschiedenis en mogelijke speciale behoeften.’⁵³

53 Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 58.

In de *Recommendation on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures* wordt het individualiteitsprincipe letterlijk genoemd:

‘... and take account of their age, physical and mental well-being, development, capacities and personal circumstances (principle of individualisation), ...’⁵⁴

Deze eis blijkt ook duidelijk uit de *Recommendation on placement of children*:

‘(t)he arrangements made for the child (including a decision to leave him in his family or to place him) should try to ensure the highest possible degree of satisfaction of his developing emotional needs and his physical wellbeing as well as any preventive medical, educational or other care necessary to meet any special problems he may have’.⁵⁵

In de Richtlijnen kindvriendelijke procedures staat dat, om de belangen van het kind in kaart te brengen, in ieder geval het geestelijke en fysieke welzijn van het kind, alsmede de juridische, sociale en economische belangen van het kind afgewogen moeten worden.⁵⁶

Leeftijd en de zich ontwikkelende vermogens van het kind

Eén van de individuele kenmerken van een kind die meegewogen moet worden, is de leeftijd van het kind. Kinderrechten die zijn neergelegd in het IVRK zijn van toepassing op kinderen. Onder een kind wordt verstaan: ieder mens jonger dan 18 jaar, tenzij volgens het op een kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt (art. 1 IVRK). In het IVRK is oog voor de veranderingen die een kind doormaakt, op weg naar de volwassenheid. Art. 5 IVRK spreekt van de ‘zich ontwikkelende vermogens van het kind’ en in art. 12 lid 1 IVRK, wordt gesteld dat aan de mening van het kind passend belang moet worden gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid. In een belangenafweging dient men zich hier dan ook van bewust te zijn.⁵⁷ De fysieke, emotionele, cognitieve en sociale ontwikkeling zijn van

54 Raad van Europa, Aanbeveling *on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures*, Rule 5. Zie ook het verslag van de 14^e sessie van het VN-Kinderrechtencomité, CRC/C/153 (par. 636-689) van een ‘day of general discussion’ over ‘Children without parental care’ op 16 september 2005: ‘(i)n the context of children separated from their parents, the Committee wishes to emphasize the principle of individualization. Every child is unique and the separation from parents and the placement into out-of-home care should always be looked at case by case. (...) There individualization of solutions means more tailored solutions asked on the actual situation of the child, including her/his personal, family and social situation’ (par. 667).

55 Raad van Europa, *Recommendation on placement of children*, 1977, Rule 1.3.

56 Richtlijnen kindvriendelijke procedures, par. III.B.2.c.

57 Zie onder andere VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013, par. 84.

belang bij het bepalen van de mate van rijpheid van het kind.⁵⁸ In de uitspraak *Y.C. t. Verenigd Koninkrijk* wordt leeftijd genoemd als één van de elementen waarmee rekening gehouden dient te worden bij het afwegen van de noodzaak van een uithuisplaatsing.⁵⁹

Het is evident dat kinderen uit verschillende leeftijdscategorieën verschillende behoeften hebben.⁶⁰ Kindvriendelijke rechtspleging dient dan ook *age appropriate* te zijn.⁶¹ Maar leeftijd op zichzelf zegt niet zoveel en bij het opstellen van internationale juridische kaders heeft men het stellen van specifieke leeftijdsgrenzen willen overlaten aan de nationale wetgever (zie o.a. Rule 11(a) van de Havana Rules).⁶²

Erg veel houvast geven leeftijdsgrenzen – als ze er al zijn – in het internationale kader dus niet. Toch zijn enkele van belang in de context van kinderen die gesloten geplaatst worden. Het valt op dat het middel van uithuisplaatsing uiterst terughoudend dient te worden toegepast ten aanzien van zeer jonge kinderen.⁶³ Als het kind jonger dan drie jaar oud is en een uithuisplaatsing onvermijdelijk is, wordt in de Richtlijnen voor alternatieve zorg geëist dat het kind in een gezinssituatie wordt geplaatst, tenzij sprake is van een zwaarwegende uitzondering.⁶⁴ Deze bepaling benadrukt tevens het *last resort* karakter van uithuisplaatsing in een residentiële setting. In deze bepaling wordt

58 VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 29 mei 2013, par. 83.

59 EHRM 13 maart 2012, nr. 4547/10 (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 135.

60 Richtlijnen kindvriendelijke procedures, par. IV.A.4.14.

61 Zie art. 12 lid 1 IVRK en de Richtlijnen kindvriendelijke procedures, par. II.C.

62 Zo wordt in art. 40 lid 3 sub a IVRK slechts opgemerkt dat er een minimumleeftijdsgrens dient te worden vastgesteld onder welke kinderen niet in staat worden geacht een strafbaar feit te begaan. Het VN-Kinderrechtencomité moedigt verdragsstaten aan om de minimumleeftijdsgrens (in het Engels afgekort met 'MACR') zeker niet te laag te stellen (*not to set a MACR at a too low level*). Landen die een leeftijdsgrens stellen onder de 12 jaar, worden aangemoedigd deze grens in ieder geval op te hogen naar 12 jaar en liefst hoger. (VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 10, 'Children's rights in juvenile justice'*, CRC/C/GC/10, 25 april 2007, par. 32). De discussie over de minimumleeftijdsgrens in het jeugdstrafrecht wordt voornamelijk gevoerd in de context van de discussie over strafrechtelijke aansprakelijkheid voor kinderen en niet zozeer in de context van de nadelige gevolgen die vrijheidsbeneming met zich meebrengt voor jonge kinderen. Voor een algemene verhandeling over minimumleeftijdsgrenzen in het jeugdstrafrecht, zie Cipriani 2007.

63 Uit onder meer de uitspraak *Haase t. Duitsland* volgt dat uithuisplaatsing van jonge baby's aan een zeer strikte noodzakelijkheidstoets is onderworpen (EHRM 4 april 2004, appl. nr. 11057/02).

64 Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 22, dat '(u)itzonderingen op dit beginsel gerechtvaardigd (kunnen) zijn om scheiding van broers en/of zussen te voorkomen en in gevallen waarin het een urgente plaatsing of plaatsing voor een vooraf vastgestelde en zeer beperkte duur betreft, waarbij geplande terugplaatsing in het gezin of andere passende oplossing voor de lange termijn het uiteindelijke resultaat moet zijn'. Het VN-Kinderrechtencomité verwijst in *General Comment nr. 7* naar onderzoek waaruit blijkt dat 'low-quality institutional care is unlikely to promote healthy physical and psychological development and can have serious negative consequences for long-term social adjustment, especially for children under 3 but also for children under 5 years old' (par. 36b).

verder niets gezegd over een *gesloten* residentiële setting, omdat dat onderwerp ook niet specifiek wordt behandeld in de Richtlijnen voor alternatieve zorg. Maar het is zeer goed mogelijk dat een gesloten setting voor zeer jonge kinderen als onwenselijk wordt gezien, gelet op deze bepaling waarin het gebruik van een residentiële setting toch al uiterst streng geclausuleerd is.

Adolescenten

Volgens het VN-Kinderrechtencomité geldt ten aanzien van adolescenten dat een andere aanpak is geboden om hun rechten te realiseren:

‘(a)pproaches required to ensure the realisation of rights of adolescents differ significantly from those required for younger children’.⁶⁵

De factor ‘leeftijd van het kind’ in van invloed op de invulling van de rol die het kind in het besluitvormingsproces heeft: de wensen van het oudere kind kunnen een pregnantere rol spelen, zo blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *L. t. Zweden*. In deze zaak stond het kind zelf gunstig tegenover een plaatsingsbeslissing en deze houding was volgens de Europese Commissie relevant voor de rechtvaardiging van de maatregel.⁶⁶ Van Grunderbeeck vermoedt wel dat het onwaarschijnlijk is dat een plaatsing enkel op grond van de wensen van het kind kan worden gerechtvaardigd, tenzij het kind de leeftijd en rijpheid heeft bereikt die een andere beslissing anders arbitrair zou maken.⁶⁷

Ook is het doel van een uithuisplaatsing vaak anders bij oudere kinderen. Ten principale is het doel van uithuisplaatsing terugplaatsing bij de familie, dat vloeit immers voort uit het beginsel dat het kind bij zijn of haar familie hoort.⁶⁸ Maar voor oudere kinderen ligt dit niet zelden genuanceerder: er is bijvoorbeeld al teveel gebeurd om nog terug naar huis te kunnen en het perspectief is veel meer gericht op zelfstandig wonen dan op terugplaatsing bij het gezin. Ook hiervoor zijn aanknopingspunten te vinden in het internationale juridische kader. De Raad van Europa beveelt aan om bij het bepalen van de uitvoeringsmodaliteit van de plaatsingsbeslissing voor adolescenten een plek te zoeken die de gelegenheid biedt om te leren verantwoordelijkheden te dragen, op eigen benen te staan en voorbereid te worden op de verplichtin-

65 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 1.

66 ECRM, 3 oktober 1988, appl. nr. 10801/84, Report of the Commission (*L. t. Zweden*).

67 Zie Van Grunderbeeck 2003, p. 581.

68 Zie Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 3 en par. 32-52 over het recht van het kind om bij eigen ouders of verzorgers op te groeien. Hieruit vloeit voort dat zoveel mogelijk gestreefd moet worden naar terugplaatsing van het kind (par. 49-52 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg). Zie ook EHRM 18 april 2013, appl. nr. 7075/10 (*Ageyevy/Rusland*), par. 143. Om dit doel te bevorderen, is het belangrijk dat er regelmatig contact is tussen ouders en kinderen (dit vloeit voort uit par. 51 van de Richtlijnen voor alternatieve zorgen art. 8 EVRM).

gen die de volwassenheid met zich meebrengt.⁶⁹ Hoewel het gaat om een oudere *Recommendation* (uit 1977), is de strekking ervan mijns inziens verrassend modern en past deze zienswijze bij het leerstuk van 'de zich ontwikkelen- de vermogens van het kind' uit art. 5 IVRK.

Het VN-Kinderrechtencomité benadrukt dat, bij het realiseren van rechten van adolescenten, gezocht moet worden naar een balans tussen de *emerging autonomy* van de adolescent en *appropriate levels of protection*:

'(i)n seeking to provide an appropriate balance between both respect for the emerging autonomy of adolescents and appropriate levels of protection, consideration must be given to a range of factors affecting decision-making: the level of risk involved; the potential for exploitation; understanding of adolescent development; recognition that competence and understanding do not necessarily develop equally across all fields at the same pace; and recognition of individual experience and capacity'.⁷⁰

Hoe de balans uitvalt, hangt mede af van de leeftijd en de rijpheid van het kind.⁷¹ Het VN-Kinderrechtencomité beveelt daarom aan om bij een belangenafweging ook altijd mogelijke toekomstscenario's te betrekken en daarbij de gevolgen voor zowel de korte als lange termijn van een uithuisplaatsingsbeslissing af te wegen.

Het lijkt er overigens op dat de kijk op adolescentie vanuit het VN-Kinderrechtencomité ook aan verandering onderhevig is. In een ouder General Comment van 2003 over de gezondheid en ontwikkeling van adolescentie worden vooral de kwetsbaarheid en het risicovolle gedrag van adolescenten benadrukt.⁷² In het General Comment nr. 20 over rechten voor adolescenten komen deze aspecten zeker aan bod, maar wordt daar tegenover het begrip *evolving autonomy* geïntroduceerd en worden de positieve aspecten van de adolescentie benadrukt. Het VN-Kinderrechtencomité benadrukt dat ouders van adolescenten evengoed ondersteuning nodig hebben (bij het realiseren van de rechten zoals neergelegd in art. 18 lid 2 en 3 IVRK en art. 27 lid 2 IVRK) maar dat men zich bij dergelijke steun wel bewust moet zijn van de 'increasing contribution that they are making to their own lives'.⁷³ Het Comité benoemt situaties waarin 16-, 17- of 18-jarigen gedwongen worden om instellingen te verlaten, terwijl ze erg kwetsbaar zijn voor bijvoorbeeld mensenhandel of

69 Raad van Europa, *Recommendation on placement of Children*, 1977, Rule 1.3.

70 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 20.

71 VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, CRC/C/GC/14, 29 mei 2013, par. 83.

72 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 4, Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/4, 1 juli 2003 (hoofdstuk IV Vulnerability and Risk).

73 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 50.

seksueel misbruik en niet in staat zijn zichzelf te beschermen.⁷⁴ In aanvulling hierop formuleert het VN-Kinderrechtencomité in de ontwerpversie van het General Comment nog dat:

‘(m)any adolescents are deprived of liberty in institutions as a punitive response to behavioural problems’.⁷⁵

Het is opvallend dat in de definitieve versie voor andere bewoordingen is gekozen, namelijk:

‘States are urged to ensure that institutionalization is used only as a measure of last resort ...’⁷⁶

Samenvattend zijn leeftijd in combinatie met rijpheid belangrijke individuele kenmerken en deze aspecten spelen een belangrijke rol bij de uiteindelijke beslissing en bij de wijze waarop het kind betrokken wordt bij de beslissing. Uit de Richtlijnen voor alternatieve zorg volgt een verbod op een residentiële plaatsing van zeer jonge kinderen. Oudere kinderen behoren bij een uithuisplaatsingsbeslissing een steeds grotere rol te spelen. Ook het doel van de uithuisplaatsing is in dat geval meestal niet zozeer gericht op terugkeer bij de familie of terugkeer in een gezinssituatie, maar op het kunnen vormgeven van een volwassen leven. Jurisprudentie van het Europees Hof over art. 8 EVRM brengt overigens weinig klaarheid over de rol van adolescenten in besluitvormingsprocessen, omdat de meeste uitspraken jongere kinderen betreffen. Zelf je leven vormgeven en toenemende autonomie moeten steeds afgewogen worden tegen het belang om de adolescent tegen zichzelf of tegen anderen te beschermen, aldus het VN-Kinderrechtencomité. Het VN-Kinderrechtencomité benadrukt hoe kwetsbaar bijna volwassen jeugdigen zijn wanneer zij een residentiële instelling verlaten: nazorg voor deze groep is van het grootste belang.

74 ‘Others are forced to leave institutional care once they reach 16-18 years, and are particularly vulnerable to sexual abuse and exploitation, trafficking, and violence as they lack support systems or protection, and have been afforded no opportunities to acquire the skills and capacities to protect themselves’ (VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 52).

75 VN-Kinderrechtencomité, *Draft General Comment on the implementation of the rights of the child during adolescence*, april 2016, par. 57).

76 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 53).

2.2.3 Kernbeginsel III: het recht op leven en ontwikkeling bij een gesloten uithuisplaatsing

Art. 6 lid 1 IVRK De Staten die partij zijn, erkennen dat ieder kind het inherente recht op leven heeft.

Art. 6 lid 2 IVRK De Staten die partij zijn, waarborgen in de ruimst mogelijke mate de mogelijkheden tot overleven en de ontwikkeling van het kind.

Het recht op leven is een zo voor de hand liggend recht, dat in art. 6 lid 1 IVRK zelfs gesproken wordt over een ‘inherent recht’ (vgl. art. 6 IVBPR). Anders dan in andere mensenrechtenverdragen, wordt in het IVRK aan het recht op leven de positieve verplichting van de Staat gekoppeld om te zorgen voor het overleven en de ontwikkeling van het kind. Het blijft gissen wat nu precies bedoeld wordt met de verplichting om te zorgen voor de ontwikkeling van het kind. In het licht van een holistische visie die het IVRK voorstaat, is het wel mogelijk dat hiermee bedoeld wordt dat ingrijpen door de Staat in geen geval aan de ontwikkeling van het kind in de weg mag staan, maar deze juist moet ondersteunen en bevorderen. De ontwikkeling van het kind is nauw gelieerd aan het concept van de zich ontwikkelende vermogens (art. 5 IVRK) van het kind. Daarnaast verhoudt art. 6 lid 2 IVRK zich tot art. 4 IVRK, waarin de basis is gelegd voor het verwezenlijken van rechten in het IVRK door de Staat ‘in de ruimste mate waarin de hun ter beschikking staande middelen dit toelaten’.⁷⁷ Héél art. 6 IVRK is aangewezen als kernartikel, niet alleen het eerste lid dat gaat over het inherente recht op leven, maar ook de positieve verplichting van verdragstaten om dit recht in de ruimst mogelijk mate te waarborgen.

Over het algemeen wordt aangenomen dat art. 6 IVRK rechtstreekse werking heeft.⁷⁸ Met name de positieve verplichting van de Staat om zorg te dragen voor de ontwikkeling⁷⁹ van het kind is van belang. Als in het IVRK gesproken wordt van ‘waarborgen’, dan houdt dit een verdergaande verplichting in voor Staten, namelijk ‘to take whatever measures are necessary to enable individuals to enjoy and exercise the relevant rights’.⁸⁰ Deze overheidsver-

⁷⁷ Zie EHRM 18 juni 2013, appl. nr. 48609/06 (*Nencheva e.a. t. Bulgarije*) waarin het hof contouren schetst voor kwaliteitseisen waaraan instellingen moeten voldoen. In deze zaak overleden 15 kinderen aan de gevolgen van een strenge winter. Er was herhaalde beroep gedaan op de autoriteiten, maar die namen geen maatregelen ondanks dat zij exact wisten wat zich daar afspeelde (dit leverde een schending op van art. 2 EVRM).

⁷⁸ Limbeek & Bruning 2014, p. 95. Zie tevens Pulles (2011) die ingaat op de onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van de kernbepalingen van het IVRK.

⁷⁹ Het VN-Kinderrechtencomité interpreteert het woordje ‘ontwikkeling’ in art. 6 lid 2 IVRK ‘as a holistic concept, embracing the child’s physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development’ (VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 2003, par. 12).

⁸⁰ Zie Alston, p. 5.

plichting heeft implicaties voor de toepassing van gesloten plaatsingen omdat het stimuleren van een gezonde ontwikkeling van het kind één van de kern-doelen is van de gesloten jeugdhulp. Doel van de gesloten jeugdhulp is immers om jongeren met een gestagneerde of een bedreigde ontwikkeling, succesvol te laten terugkeren in de samenleving (vgl. het doel dat met een jeugd specifiek strafrecht wordt beoogd in de eerste alinea van art. 40 IVRK).

Over de ontwikkeling van adolescenten – de grootste groep in de gesloten jeugdhulp zijn jongeren van 15 jaar en ouder – zegt het VN-Kinderrechtencomité het volgende: ontwikkeling dient gericht te zijn op het adequaat voorbereiden van jongeren op een volwassen leven en het oppakken van een constructieve bijdrage in de eigen leefomgeving en in de maatschappij als geheel.⁸¹ Ook het principe uit art. 37, onder b, IVRK dat vrijheidsbeneming slechts mag worden toegepast als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur, is gericht op het stimuleren en naleven van het recht van het kind op ontwikkeling.⁸² Daarnaast wijst het VN-Kinderrechtencomité op de ‘very negative consequences’ die voortvloeien uit vrijheidsberoving voor de ontwikkeling van het kind en zijn kans om succesvol te re-integreren.⁸³ Het VN-Kinderrechtencomité beschouwt jongeren die in instellingen moeten leven, als extra kwetsbare adolescenten vanwege een verhoogd risico op geweld op instellingsniveau en in de interpersoonlijke sfeer.⁸⁴ Ook in de VN Violence Study uit 2006 wordt benadrukt dat:

‘(t)he impact of institutionalization goes beyond the experience by children of violence (...) (l)ong-term effects can include severe developmental delays, disability, irreversible psychological damage, and increased rates of suicide and recidivism’.⁸⁵

En dat is een paradox van de gesloten jeugdhulp: een gesloten uithuisplaatsing dient ertoe de ontwikkeling van het kind te dienen en tegelijk vormt een gesloten institutionele plaatsing een ontwikkelingsrisico op zichzelf.

2.2.4 Kernbeginsel IV: Recht op respect voor de mening van het kind bij een gesloten uithuisplaatsing

Art. 12 lid 1 IVRK De Staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle

81 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 4, Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, 2004, par. 4.

82 Liefwaard 2008a, p. 164.

83 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 10, Children’s rights in juvenile justice*, 2007, par. 11.

84 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 4, Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, 2004, par. 23; VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 december 2016, par. 58.

85 Pinheiro 2006, p. 16.

aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid.

Art. 12 lid 2 IVRK Hiertoe wordt het kind met name in de gelegenheid gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.

Art. 12 IVRK behelst het recht van het kind om gehoord te worden in aangelegenheden die het kind betreffen.⁸⁶ De eigen mening van het kind moet in kaart gebracht worden bij een beslissing tot uithuisplaatsing.⁸⁷ Het VN-Kinderrechtencomité stelt daarom dat naleving van art. 12 IVRK (methodiek) niet mogelijk is zonder ook art. 3 IVRK (het doel waarvoor de methode wordt ingezet) in acht te nemen en andersom.⁸⁸ Liefwaard benadrukt het belang van art. 12 IVRK: een kind is niet alleen drager van substantiële mensenrechten, maar deze bepaling verschaft het kind ook procedurele rechten.⁸⁹

‘... (I)t stipulates that the child has the right to participate in all forms of decision-making that affects his position. This assumes that the child has agency and that he can claim and demand his rights. Article 12 CRC has given the child a voice that has to be taken seriously.’⁹⁰

De implicaties van art. 12 IVRK voor het toetsingskader zullen verder worden besproken in de paragraaf over procedurele rechten van het kind (par. 2.6).

2.2.5 Tussentijdse samenvatting

Het toetsingskader voor rechtmatige besluitvorming met betrekking tot gesloten plaatsingen, is in de eerste plaats geënt op de vier kernbeginselen uit het IVRK.

⁸⁶ Deze bepaling is uniek en in de periode voordat het IVRK tot stand kwam, is dit kinderrecht nauwelijks terug te vinden. De Verklaring van de Rechten van het Kind (1959) rept niet over participatierechten maar stelt beschermingsrechten centraal. Uit de *Recommendation on Placement of Children* (1977) van de Raad van Europa valt al wel te leiden dat het kind in het kader van een plaatsingsbeslissing ‘should be given an opportunity to discuss his situation progressively as he matures in understanding’.

⁸⁷ VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 ‘The right of the child to be heard’*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 54.

⁸⁸ VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 ‘The right of the child to be heard’*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 74. Zie ook Vučković Šahović, Doek & Zermatten (2012) die spreken van een ‘clear parallel between the audition of the child and his interest’, p. 107.

⁸⁹ Oratie van Liefwaard op 18 november 2012, waarin hij spreekt van ‘the right of the child to be taken seriously’.

⁹⁰ Oratie van Liefwaard op 18 november 2012.

Het *best interests* beginsel zet de toon. Door het *best interests* beginsel te koppelen aan het individualiteitsprincipe zijn handvatten te vinden voor het in kaart brengen en vervolgens afwegen van de belangen van het kind. Maatwerk voor iedere individuele jongere is de sleutel tot naleving van het *best interests* beginsel. Dat is in deze paragraaf geïllustreerd met het voorbeeld van de manier waarop leeftijd een van de afwegingen vormt om de *best interests* van het kind vast te stellen. Bij adolescenten staat de belangenafweging in het teken van het vinden van een balans tussen *emerging autonomy* en *appropriate levels of protection*. In *soft law* documenten zijn talrijke aspecten opgesomd die onderzocht en meegewogen moeten worden bij het beantwoorden van de vraag of een uithuisplaatsing 'de belangen van het kind' dient. Hieruit kan in ieder geval worden opgemaakt dat geen onderdeel van het leven van een kind te klein is, of het kan wel van belang zijn voor de uiteindelijke beantwoording van de vraag of een gesloten plaatsing noodzakelijk is.

2.3 EEN GESLOTEN UITHUISPLAATSING IS EEN ULTIMUM REMEDIUM

2.3.1 Inleiding

Alvorens de rechten van kinderen die uit huis geplaatst zijn aan de orde te stellen, wordt in deze paragraaf uiteengezet dat de van toepassing zijnde kinderrechten voor deze groep kinderen moeten worden begrepen als uitzondering op de regel. Bijna ieder kinderrechtendocument dat ziet op regelgeving omtrent uithuisplaatsingen start met het adagium dat kinderen en gezinnen bij elkaar horen. Dit impliceert dat plaatsing in een instelling alleen rechtmatig is indien dit ook noodzakelijk is (art. 20 lid 3 IVRK), dat het weghalen van een kind uit de zorg van het gezin moet worden gezien als een uiterste maatregel (par. 14 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg) en dat plaatsing in een instelling tot de uitzondering behoort (een van de basisprincipes van de *Recommendation on the rights of children living in residential institutions*). Een uithuisplaatsing is te beschouwen als een uitzondering op het principe dat een kind thuis behoort te wonen.⁹¹ Het uitzonderlijke karakter van een uithuisplaatsing wordt in deze studie aangeduid als het eerste exceptie beginsel.⁹²

Vrijheidsbeneming is omgeven met zeer strikte waarborgen. Dit blijkt onder andere uit bepalingen waarin letterlijk staat dat vrijheidsbeneming een uiterste

91 Van Grunderbeeck (2003) wijst in dit verband op het subsidiaire karakter van de plaatsingsmaatregel: '(d)e plaatsing van een minderjarig kind heeft dan ook een subsidiair karakter, in die zin dat deze maatregel pas kan worden genomen indien de optimale structuur die nodig is voor de ontwikkeling van het kind geheel of gedeeltelijk ontbreekt'.

92 Ferrer Riba (2010) schrijft dat '(w)ith regard to decisions to take children into care, the law in Europe is rooted in the principle of exceptionality, in clear correspondence with art. 9 UNCRC'.

maatregel is zoals in art. 37, onder b, IVRK.⁹³ Het ultimum remedium karakter van vrijheidsbeneming wordt in deze studie aangeduid als het tweede exceptiebeginsel.

2.3.2 Eerste exceptiebeginsel: een uithuisplaatsing is een uitzondering

Kinderen en hun gezinnen horen bij elkaar

Een zeer belangrijk algemeen basisprincipe dat geldt ten aanzien van kinderen en hun families is dat kinderen horen bij hun families. Dit wordt aangeduid als *family unity*. 'Het gezin dient in het bijzonder de nodige bescherming te worden verleend opdat het zijn verantwoordelijkheden binnen de gemeenschap kan dragen', aldus de Preambule, vijfde overweging, bij het IVRK. Uit deze stellingname vloeit haast logischerwijs het principe voort dat een kind behoort op te groeien in een gezinsomgeving (in een sfeer van geluk, liefde en begrip, aldus de Preambule, zesde overweging bij het IVRK). Het idee dat het kind in zijn gezin of familie behoort op te groeien, of althans in een gezinsomgeving, vormt een belangrijke grondslag waarop verschillende kinderrechten in het IVRK zijn gefundeerd.⁹⁴ Zo verplicht art. 5 IVRK de Staten om het recht en de verantwoordelijkheid van de familie – ouders in het bijzonder – om kinderen op te voeden en te respecteren (zie art. 18 IVRK). Het scheiden van het kind en zijn ouders is daarom te beschouwen als een inbreuk op art. 18 IVRK. In de artikelen 7 en 8 IVRK is het recht van een kind neergelegd om bij een familie te horen. Het recht om bij een familie te horen bestaat uit het recht op onmiddellijke inschrijving na de geboorte, het recht op een naam, het recht om een nationaliteit te verwerven, het recht om – voor zover mogelijk – zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd en het recht van het kind om zijn of haar identiteit te behouden.

Een gezin wordt niet gezien als een eenheid op zich maar moet worden gezien in het perspectief van nationaliteit en identiteit of – zoals dat in art. 5 IVRK is verwoord – in het perspectief van de gemeenschap waartoe het gezin behoort. Vervolgens is in art. 9 lid 1, eerste zin, IVRK het recht van het kind

93 Zie tevens EHRM 29 januari 2008, appl. nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 70.

94 Smyth (2013) duidt dit principe aan als 'family unity'. Dit noemt zij 'a kind of meta-norm' die zowel een ideologische functie (volgt uit de Preambule, zesde overweging bij het IVRK) als een functionele functie (dit volgt uit de Preambule, vijfde overweging, bij het IVRK) bekleedt (p. 174). Smyth vermoedt dat deze bepaling op de pragmatische visie is gebaseerd dat een kind afhankelijk is van zijn of haar opvoeder om zijn of haar rechten uit het VN-Kinderrechtenverdrag te kunnen realiseren. Dit volgt ook uit Rule 12 van de Riyadh Guidelines: '(s)ince the family is the central unit responsible for the primary socialization of children...'.

gedefinieerd om niet gescheiden te worden van zijn of haar ouders.⁹⁵ *Family unity* ligt ook ten grondslag aan het recht van het kind op bescherming tegen willekeurige of onrechtmatige inmenging in zijn of haar gezinsleven (art. 16 IVRK).

Alhoewel dit beginsel van *family unity* niet door het VN-Kinderrechtencomité zelf is aangeduid als behorende tot de kernbeginselen van het IVRK, is het op z'n minst opvallend dat artikelen uit het IVRK waarin de zinsnede 'de belangen van het kind' letterlijk in de bepaling is opgenomen (dit is zeven keer het geval, het betreft de IVRK-artikelen 9 lid 1 en 3 (scheiding ouder en kind), 18 lid 1 (bescherming tegen misbruik), 20 lid 1 (alternatieve zorg), 21 (adoptie), 37, onder c (tijdens vrijheidsberoving gescheiden van volwassenen) en 40, onder b(iii) (aanwezigheid van ouders bij een strafrechtelijke procedure), in alle gevallen het contact tussen kinderen en hun familie – in het bijzonder ouders – betreft. Scheiding van ouders en hun kind of het onthouden van het recht op omgang tussen ouders en hun kind is blijkbaar zo'n zware inbreuk op de rechten van het kind dat dit slechts toegepast kan worden indien dit de belangen van het kind dient. Art. 3 lid 1 IVRK is een leidend beginsel bij de verwezenlijking van alle rechten uit het IVRK, maar lijkt bijzonder pregnant te zijn bij ingrijpen van de overheid in de relatie tussen kinderen en hun familie.⁹⁶

'Family unity' en het exceptiebeginsel in diverse mensenrechtelijke bronnen

Het exceptiebeginsel is in vrijwel alle internationaal- en Europeesrechtelijke bronnen terug te vinden. Een uithuisplaatsing doorbreekt het recht op respect van *family life* en is als zodanig een uitzondering die slechts onder voorwaarden is toegestaan (art. 8 lid 2 EVRM). In de Richtlijnen voor alternatieve zorg wordt dit principe in het eerste deel uitgewerkt. Het eerste algemene uitgangspunt van de Richtlijnen voor alternatieve zorg luidt als volgt:

'(a)angezien het gezin de hoeksteen van de samenleving vormt en de natuurlijke omgeving voor de ontplooiing, het welzijn en de bescherming van kinderen is, moeten alle inspanningen er in de eerste plaats op gericht zijn dat het kind onder de zorg van zijn/haar ouders kan blijven of worden teruggebracht of, in voorkomend geval, onder die van naaste familieleden' (par. 3).

95 Dit recht is 'zeldzaam' in internationale rechtsbronnen. Een equivalent kan gevonden worden art. 19 van het Afrikaans Verdrag inzake het Welzijn en de Rechten van het Kind. Voor een uitgebreide bespreking van overeenkomsten en verschillen, zie Doek 2006, p. 17-19.

96 Het VN-Kinderrechtencomité somt de elementen op waaruit een belangenafweging (met als doel vaststelling van wat in het belang van het kind is) bestaat. Eén daarvan is '[p]reservation of the family environment and maintaining relations' (VN-Kinderrechtencomité, *General comment nr. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013, par. 58-70).

In art. 12 van de Universal Declaration of Human Rights wordt gesteld dat ‘no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family ...’.⁹⁷ Dit recht is negatief geformuleerd (vergelijk met art. 9 lid 1, eerste zin, IVRK). Het woord *arbitrary* duidt erop dat dit recht niet absoluut is. Mits niet willekeurig, is een inbreuk in het familieleven toegestaan. De artikelen 6 en 7 van de Declaration of the Rights of the Child (1959)⁹⁸ maken duidelijk dat kinderen thuishoren bij hun familie, met name bij hun ouders. Art. 6 stelt dat ‘(h)e shall, wherever possible, grow up in the care and under the responsibility of his parents’. Het voorbehoud dat gemaakt wordt is ‘wherever possible’. In art. 26 lid 3 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens staat dat ouders het recht toekomt om de soort onderwijs en opvoeding van hun kinderen te kiezen.⁹⁹

Volgens art. 24 lid 1 IVBPR heeft elk kind, zonder onderscheid naar ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of geboorte, recht op die beschermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het

97 Uit art. 1 van de Verklaring blijkt dat alle mensen – volwassenen en kinderen – mensenrechten hebben vanwege het feit dat zij mens zijn. De Verklaring vangt aan met: ‘(a)ll human beings [cursief MJ] are born free and equal in dignity and rights’ (UN Doc GA/RES/172/A/III). Kinderen worden niet met name genoemd in de Universele Verklaring maar omdat kinderen mensenkinderen zijn, mogen zij aanspraak maken op alle rechten die neergelegd zijn in de mensenrechtenverdragen die zijn voortgekomen uit de Universele Verklaring zoals het IVBPR en IVESCR (zie ook Pinheiro 2006, p. 33.). Ook in art. 16 lid 3 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens wordt het belang van families aangegeven: ‘(t)he family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State’.

98 Reeds in de beginjaren van de Verenigde Naties werd de noodzaak onderkend van het opstellen van een kindspecifiek mensenrechtendocument. Daarom nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1959 de *Declaration of the Rights of the Child* aan waarin tien uitgangspunten zijn vervat (UN Doc GA/RES/1386/XIV). Deze uitgangspunten zijn geformuleerd als kinderrechten (the child shall...) en vormen een belangrijke basis voor het Kinderrechtenverdrag uit 1989. De Verklaring bevat voornamelijk kinderrechten die gericht zijn op het beschermen van kinderen. Evenmin als de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 is de Verklaring uit 1959 een juridisch bindend instrument. In tegenstelling tot de verklaring uit 1948 blijkt uit dit document wel heel expliciet dat het kind een drager van rechten is (every child (...) shall be entitled to these rights, art. 1) en tevens speciale bescherming geniet uit hoofde van de ontwikkelingsfase waarin het kind zich bevindt (art. 2). De focus is op kinderrechten, maar de taal is weinig juridisch (zie bijvoorbeeld art. 6 waarin gesteld wordt dat een kind waar mogelijk bij zijn ouders behoort op te groeien). In het VN-Kinderrechtenverdrag zien we in dit verband het ‘noodzakelijkheids criterium’ terug dat juridisch toetsbaar is. Daarnaast is deze Verklaring duidelijk een meer gedateerd document dan latere kinderrechten documenten. De principes zijn eenzijdig gericht op het beschermen van kinderrechten en hoewel het kind als een rechtssubject wordt gepresenteerd (art. 1) blijkt uit de andere principes niet hoe het kind de rechten die meekomen met zijn ‘kindzijn’ kan effectueren. Zo ontbreekt het recht om gehoord te worden.

99 Art. 7 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, 10 december 1948, UN Doc GA/RES/172/A/III.

in verband met zijn minderjarigheid recht heeft. Dit noopt tot het nemen van speciale maatregelen door de Staat (in aanvulling op art. 2 IVBPR dat overheden verplicht te verzekeren dat iedereen de rechten kan genieten die in het Verdrag zijn opgenomen).¹⁰⁰ Het VN-Mensenrechtencomité merkt in een toelichting bij het IVBPR op dat de verantwoordelijkheid voor het beschermen van kinderen gedeeld wordt door de familie, de maatschappij en de overheid. Maar de familie draagt hiervoor de eerste verantwoordelijkheid: '(a)lthough the Covenant does not indicate how such responsibility is to be apportioned, it is primarily incumbent on the family...' (zesde overweging). Met betrekking tot families die onvoldoende in staat zijn om het kind te beschermen, merkt het Mensenrechtencomité het volgende op:

'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' (zesde overweging).¹⁰¹

De Raad van Europa heeft diverse aanbevelingen opgesteld die betrekking hebben op uithuisplaatsingsbeslissingen.¹⁰² Zo zijn de volgende algemene uitgangspunten geformuleerd in de *Recommendation on the rights of children living in residential institutions*:

- the family is the natural environment for the growth and well-being of the child and the parents have the primary responsibility for the upbringing and development of the child;
- the placement of a child should remain the exception (...);
- the placement of children should be avoided wherever feasible by means of preventive measures.

Het belang van het kind om op te groeien in een veilige omgeving

De Richtlijnen voor alternatieve zorg beschrijven hoe de ideaaltypische leef-omgeving van het kind eruit zou moeten zien: 'ieder kind en iedere jongere moet in een ondersteunende, beschermende en zorgzame omgeving leven waarin de volledige ontplooiing van zijn/haar mogelijkheden wordt bevorderd'

100 Het VN-Mensenrechtencomité merkt op dat het recht op speciale bescherming niet het enige recht in het Verdrag is dat gericht is aan kinderen (*General Comment nr. 17, Rights of the Child (Art. 24)*, CCPR/C/GC/17, 4 juli 1989). In principe zijn alle rechten uit het Verdrag ook op kinderen van toepassing. In sommige gevallen genieten kinderen zelfs een grotere bescherming, zoals dat het geval is bij het recht op leven. Het IVBPR verbiedt bijvoorbeeld expliciet om de doodstraf op te leggen aan minderjarigen (art. 6 lid 5 IVBPR).

101 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment nr. 17, Rights of the Child (Art. 24)*, CCPR/C/GC/17, 4 juli 1989.

102 Art. 15 van het Statuut van Europa stelt de Raad van Ministers in de gelegenheid om met aanbevelingen te komen inzake bepaalde aangelegenheden waarin gemeenschappelijke politiek wordt gevoerd. In principe zijn dergelijke aanbevelingen niet juridisch bindend (Statuut van de Raad van Europa van 5 mei 1949, *CETS*, nr. 1).

(par. 4). Bij beslissingen betreffende kinderen in de alternatieve zorg moet naar behoren rekening worden gehouden met het belang van het waarborgen van een stabiele sthuissituatie en het voldoen aan de basisbehoefte van een veilige en permanente band met hun verzorgers, waarbij bestendigheid (*permanency*) in het algemeen de belangrijkste doelstelling is (par. 12). Rule 13 van de Riyadh Guidelines spreekt van ‘stable and settled family environments’. In geval van instabiliteit of conflicten rust op de overheid de positieve verplichting om de vereiste ondersteuning te bieden. Deze bepaling moet vooral in de context van preventiebeleid gezien worden. Rule 14 en 17 daarentegen, zien op de situatie waarin gemeenschapsinspanning om ouders bij te staan reeds gefaald heeft en waarbij hulp van de grotere familie (*extended family*) aan het kind niet meer afdoende is. In Rule 17 staat dat

‘(g)overnments should take measures to promote family cohesion and harmony and to discourage the separation of children from their parents, unless circumstances affecting the welfare and future of the child leave no viable alternative’.

Doorwerking van het eerste exceptiebeginsel

Het exceptiebeginsel werkt door in alle stappen van de belangenafweging die leiden tot uithuisplaatsing. Veel andere principes die overwogen dienen te worden bij uithuisplaatsingsbeslissingen zijn afgeleid van het exceptiebeginsel. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het principe dat uithuisplaatsing in een residentiële instelling een *last resort* maatregel is (dit druist immers in tegen de gedachte dat het kind bij zijn gezin behoort op te groeien én het principe dat het kind in een gezinsomgeving behoort op te groeien, zie onder andere de Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 32-52), en aan het principe dat uithuisplaatsing in principe een tijdelijke maatregel is en voor de kortst mogelijke passende duur. Het exceptiebeginsel noopt tot terughoudendheid als het gaat om gedwongen ingrijpen in het gezinsleven (nadruk op lichte preventieve maatregelen aan de voorkant), maar bekleedt daarnaast ook een voorwaardenscheppende functie. Want zodra de uitzondering geacht wordt van toepassing te zijn, ontstaat het recht van de minderjarige op passende alternatieve zorg.

2.3.3 Tweede exceptiebeginsel: een kind heeft het recht op vrijheid, vrijheidsbeneming is de exceptie

Het recht op persoonlijke vrijheid

Het recht op persoonlijke vrijheid is één van de oudste mensenrechten.¹⁰³ In onder andere art. 5 EVRM, art. 9 IVBPR en art. 6 van het EU-Handvest is het

¹⁰³ Magna Carta (1215), overweging 39: ‘(n)o free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other

recht op persoonlijke vrijheid expliciet geformuleerd.¹⁰⁴ Nowak definieert persoonlijke vrijheid als volgt: ‘the freedom of bodily movement in the narrowest sense’.¹⁰⁵ Het mensenrecht op persoonlijke vrijheid houdt niet in dat vrijheidsbeneming op zichzelf verwerpelijk is of verboden zou zijn, maar dat vrijheidsbeneming rechtmatig (*lawful*) en niet willekeurig (*non-arbitrary*) moet zijn.¹⁰⁶ In andere woorden: dit recht ziet op bescherming tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsberoving.¹⁰⁷

De definitie van vrijheidsbeneming

Het definiëren van vrijheidsbeneming is niet eenvoudig. De kortste – en dus meest omvattende definitie is terug te vinden in Rule 21.5 van de Recommendation on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions of measures:

“‘deprivation of liberty’ means any form of placement in an institution by decision of a judicial or administrative authority, from which the juvenile is not permitted to leave at will’.

Deze definitie doet denken aan de definitie zoals die in Rule 11(b) van de Havana Rules wordt gehanteerd:

‘(t)he deprivation of liberty means any form of detention or imprisonment or the placement of a person in a public or private custodial setting, from which this person is not permitted to leave at will, by order of any judicial, administrative or other public authority’.

way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land’.

104 In het IVRK is het recht op persoonlijke vrijheid niet expliciet geformuleerd maar in art. 37, onder b, IVRK, wordt gesteld dat ‘geen enkel kind op onwettige of onwillekeurige wijze van zijn of haar vrijheid wordt beroofd’. Zie voor een verder bespreking van deze bepaling, par. 3.5.

105 Nowak 2005, p. 212, par. 3. Dit recht moet niet verward worden met het recht op vrijheid van verplaatsing (art. 12 en 13 IVBPR en art. 2 Vierde Protocol bij het EVRM).

106 Nowak (2005) merkt op dat ‘(t)he human right of personal liberty does not strive toward the ideal of a complete abolition of State measures that deprive liberty; rather it merely represents a procedural guarantee. It is not the deprivation of liberty in and of itself that is disapproved of but rather that which is arbitrary and unlawful’ (p. 211). Zie ook EHRM 18 september 2012, appl. nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Well & Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 187.

107 Zie ook EHRM 18 september 2012, appl. nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Well & Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 187: ‘(i)t [Het EHRM, MJ] has frequently emphasized the fundamental importance of the guarantees contained in Article 5 for securing the right of individuals in a democracy to be free from arbitrary detention at the hands of the authorities’.

In de jurisprudentie van het Europees Hof is meer duidelijkheid gegeven over wat vrijheidsbeneming is. In ieder geval is het beperken van iemands bewegingsvrijheid niet voldoende om te kunnen spreken van vrijheidsberoving.¹⁰⁸ In oudere EHRM-jurisprudentie is reeds gesteld dat de persoonlijke situatie van de klager alsmede de concrete omstandigheden waarin de klager zich bevindt, onderzocht moeten worden alvorens vastgesteld kan worden of sprake is van vrijheidsbeneming.¹⁰⁹ In de zaak *Guzzardi t. Italië* heeft het Europees Hof uiteengezet dat het onderscheid tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking niet zozeer inhoudelijk maar gradueel van aard is. Niet het karakter van de maatregel bepaalt het verschil, maar eerder de intensiteit van de maatregel of maatregelen.¹¹⁰ Vervolgens zijn de aspecten type, de duur, de effecten en de toepassingswijze van de maatregel van belang in de afweging die het Europees Hof maakt bij de vraag of sprake is van vrijheidsbeneming.¹¹¹ Niet van belang voor deze vraag is of de persoon die is opgesloten al dan niet met zijn of haar vrijheidsbeneming instemt.¹¹² In de uitspraak *H.L. t. Verenigd Koninkrijk* maakt het Europees Hof duidelijk dat de sleutel voor de beantwoording van deze vraag in de concrete omstandigheden van het geval is gelegen. Om van vrijheidsbeneming te spreken geeft in dit geval de doorslag dat 'health care professionals treating and managing the applicant exercised complete and effective control over his care and movements'.¹¹³ In de zaak *Storck t. Duitsland* definieert het EHRM vrijheidsbeneming in de kern als het vasthouden van een persoon tegen zijn of haar wil in een afgebakende ruimte voor een niet te verwaarlozen periode, onder supervisie en controle van personeel, waarbij de persoon niet vrij was is om te vertrekken tijdens haar verblijf.¹¹⁴ Uit de uitspraak *D.G. t. Ierland* van het Europees Hof blijkt dat het niet kunnen vertrekken uit vrije wil en het onderworpen zijn aan een disciplinair regime er mede toe leiden dat in casu sprake was van vrijheidsbeneming.¹¹⁵

108 Zie EHRM 8 juni 1976, Series A. nr. 22 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 58. Voorwaarden voor het beperken van iemands bewegingsvrijheid zijn geformuleerd in art. 2, vierde protocol, behorend bij het EVRM.

109 EHRM 8 juni 1976, Series A. nr. 22 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 59 en EHRM 6 november 1980, appl. nr. 7367/76 9 (*Guzzardi t. Italië*), par. 92-93.

110 EHRM 6 november 1980, appl. nr. 7367/76 (*Guzzardi t. Italië*), r.o. 80; zie tevens EHRM 23 februari 2017, appl. nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), EHRC 2017/118, m.nt. T. Liefwaard

111 EHRM 6 november 1980, appl. nr. 7367/76 9 (*Guzzardi t. Italië*), par. 92; EHRM 29 maart 2010, appl. nr. 3394/03 (*Medvedyev e.a. t. Frankrijk*), par. 73; EHRM 23 februari 2012, appl. nr. 29226/03 (*Creangă t. Roemenië*), par. 91.

112 EHRM 5 oktober 2004, appl. nr. 45508/99 (*H.L. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 90. Het Europees Hof benadrukte dat 'the right to liberty is too important in a democratic society for a person to lose the benefit of Convention protection for the single reason that he may have given himself up to be taken into detention (...), especially when it is not disputed that that person is legally incapable of consenting to, or disagreeing with, the proposed action'.

113 EHRM 5 oktober 2004, appl. nr. 45508/99 (*H.L. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 91.

114 EHRM 5 juli 2005, appl. nr. 61603/00 (*Storck t. Duitsland*), par. 74.

115 EHRM 16 februari 2002, appl. nr. 39474/98, (*D.G. t. Ierland*), par. 73.

De ernst van de vrijheidsbeneming

Vrijheidsbeneming is zowel op zichzelf problematisch als vanwege de negatieve bijeffecten die met vrijheidsbeneming gepaard gaan. Vrijheidsbeneming maakt kinderen dan ook kwetsbaar want het gaat om direct en heftig ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van een minderjarige.¹¹⁶ Er is een groot risico dat vrijheidsbeneming een katalysator vormt voor (al dan niet gerechtvaardigde) inbreuken op andere rechten van de minderjarige. Het VN-Kinderrechtencomité wijst erop dat gebruik van vrijheidsbeneming zeer negatieve gevolgen heeft voor een harmonieuze ontwikkeling van het kind en dat vrijheidsbeneming in ernstige mate in de weg staat aan de re-integratie van het kind in de samenleving.¹¹⁷ Het VN-Mensenrechtencomité wijst op de risico's van vrijheidsberoving en schrijft in haar commentaar bij art. 9 IVBPR het volgende:

'(l)iberty of person is a right of profound importance. It is precious both for its own sake, and because deprivation of liberty has historically been a principal means by which other human rights are suppressed'.¹¹⁸

Vrijheidsbeneming impliceert volgens het VN-Mensenrechtencomité dat de persoon die het betreft in een extreem kwetsbare positie wordt gebracht: hij of zij loopt het risico blootgesteld te worden aan marteling en onmenselijke en vernederende behandeling. De ernst van de inbreuk op persoonlijke vrijheid geeft dan ook aanleiding om het gebruik ervan streng te normeren en met waarborgen te omkleden.

Overigens gelden deze kritische kanttekeningen niet alleen voor opsluiting, dezelfde waarschuwing klinkt reeds voor het gebruik van institutionele zorg. In het Commentaar bij Rule 19.1 van de de Beijing Rules valt het volgende te lezen:

'(l)ittle or no difference has been found in terms of the success of institutionalization as compared to non-institutionalization. The many adverse influences on an individual that seem unavoidable within any institutional setting evidently cannot be outbalanced by treatment efforts. This is especially the case for juveniles, who are vulnerable to negative influences. Moreover, the negative effects, not only of loss of liberty but also of separation from the usual social environment, are certainly more acute for juveniles than for adults because of their early stage of development'.¹¹⁹

Voor al jeugdigen die gemakkelijk in negatieve zin te beïnvloeden zijn, krijgen last van de 'many adverse influences' die met de plaatsing in een instelling gepaard gaan, aldus het Commentaar.

116 Explanation memorandum by de Richtlijnen kindvriendelijke procedures, par. 73.

117 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 10, 'Children's rights in juvenile justice'*, 2007, par. 11.

118 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment nr. 8 Article 9 (Right to liberty and security of persons)*, 1982.

119 A/RES/40/33, 29 november 1985.

2.3.4 De onderlinge verhouding tussen deze exceptiebeginselen

Vrijheidsbeneming is van directe, nadelige invloed op de uitoefening van het recht op familieleven.¹²⁰ Daarom vormt vrijheidsbeneming tevens een inbreuk op art. 9 lid 1, eerste zin, IVRK. Omdat vrijheidsberoving van een kind tevens de uithuisplaatsing van het kind omvat, grijpt vrijheidsberoving (nog) dieper in het leven van het kind.

Het recht op persoonlijke vrijheid en het recht op opgroeien bij je gezin zijn twee prominente kinderrechten. Het is opvallend dat de thema's 'uithuisplaatsing' en 'vrijheidsbeneming' twee afzonderlijke, omvangrijke kaders vormen binnen het Europese en internationale kinder- en mensenrechten. Regelgeving omtrent uithuisplaatsingen is streng genormeerd vanuit het beginsel van *family unity*; Logischerwijze leidt het principe van *family unity* tot een preventiefocus (*Keeping families together*). Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in het ontwerpproces van de Richtlijnen voor alternatieve zorg, gedurende welk proces de aandacht steeds meer is verschoven naar de preventie van uithuisplaatsingen.¹²¹

Regelgeving die ziet op het normeren van vrijheidsbeneming, vloeit vooral voort uit de gedachte dat vrijheidsberoving zeer ernstig is, zowel op zichzelf als wel gezien de negatieve bijeffecten ervan.

Constaterende dat sprake is van een maatregel die zich in tweeërlei opzicht in de uitzonderingssfeer bevindt, is bij een gesloten plaatsing in dubbel opzicht sprake van rechten die een kind eigenlijk liever niet zou willen hebben. Het recht op passende alternatieve zorg bijvoorbeeld (art. 20 IVRK), is dan ook niet meer dan een surrogaatbepaling omdat ouders en/of familie geen zorg meer kunnen of willen bieden. De rechten die in de hiernavolgende paragraaf worden besproken, zijn dan ook 'noodgedwongen' rechten. Alternatieve zorg is altijd een tweede keus.

2.4 MATERIËLE RECHTEN VAN MINDERJARIGEN DIE UIT HUIS GEPLAATST WORDEN

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht welke materiële rechten kinderen kunnen ontlenen aan het Europese en internationale juridische kader met betrekking tot de (verlengings)beslissing om kinderen uit huis te plaatsen. Gestart wordt met een beschrijving van art. 9 IVRK. Daarna wordt ingegaan op art. 20 IVRK en de Richtlijnen voor alternatieve zorg. Art. 8 EVRM en de bijbehorende jurisprudentie worden daarna besproken.

120 Macovei 2002, p. 6. Zie ook Schabas & Sax 2006, p. 24.

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

2.4.2 Het noodzakelijkheidsbeginsel zoals dat volgt uit art. 9 IVRK

In essentie zijn de vier kernbeginselen van het IVRK leidende en absolute uitgangspunten. Echter, het beginsel van *family unity* heeft een minder absoluut karakter dan deze vier kernbeginselen. Illustratief in dat verband is art. 9 IVRK waarin op het recht om niet van je ouders gescheiden te worden onmiddellijk de beperkingsclausule volgt, te weten

‘tenzij de bevoegde autoriteiten onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijk recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind’.¹²²

In art. 9 lid 1 IVRK worden twee voorbeelden (niet-limitatief)¹²³ gegeven van gevallen waarin een beslissing tot uithuisplaatsing noodzakelijk kan zijn. Ten eerste in gevallen waarin sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders (zie tevens art. 19 IVRK),¹²⁴ en anders wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.¹²⁵

Het recht om niet van je ouders gescheiden te worden is geen absoluut recht. Doek leidt de volgende richtlijn af uit art. 9 IVRK in het bijzonder en uit het relevante raamwerk van internationale wet- en regelgeving:

‘a separation can be considered as necessary in the best interests of the child if there is no other measure available to provide the child with the necessary protection of his or her health and development (physically, mentally and/or otherwise). The State in its intervention is under the obligation to present reasons which sufficiently justify the necessity of the separation’.¹²⁶

122 Zie ook VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 7, Implementing child rights in early childhood*, CRC/GC/7/Rev.1, 20 september 2006. par. 15-21.

123 Dit volgt uit het woordje ‘zoals’ en uit de ontwerpfase van het VN-Kinderrechtenverdrag (Doek 2006, p. 24).

124 Extreme gevallen van onveilig opgroeien kunnen worden aangeduid als inadequate zorg en bescherming tot onmenselijke behandeling en vormen als zodanig een inbreuk op art. 3 EVRM (het Europees Hof heeft in een aantal zaken kindermishandelingszaken een schending van art. 3 EVRM geconstateerd, zie bijvoorbeeld EHRM 26 november 2002, appl. nr. 33218/96 (*E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)).

125 In Rule 18.2 van de Beijing Rules wordt het voorbeeld van kindermishandeling genoemd ter illustratie van gevallen ‘when the facts of the case clearly warrant this grave step’. Rule 14 van de Riyadh Guidelines biedt handvatten als het gaat om het moment vanaf wanneer plaatsing in alternatieve zorg serieus overwogen moet worden: ‘(w)here a stable and settled family environment is lacking and when community efforts to assist parents in this regard have failed and the extended family cannot fulfill this role, alternative placements, including foster care and adoption, should be considered’.

126 Doek 2006, p. 25.

Uit de bewoordingen van art. 9 lid 1 IVRK blijkt dat een noodzakelijkheidstoets inzake een uithuisplaatsing geheel gericht moet zijn op de belangen van het kind. Het noodzakelijkheidsvereiste vertoont overeenkomsten met het algemene beginsel in het IVRK dat de belangen van het kind de eerste overweging vormen (art. 3 lid 1 IVRK). Smyth merkt op dat het belang van het kind in art. 9 lid 1 IVRK een andere functie bekleedt dan het algemene beginsel zoals dat in art. 3, eerste lid, IVRK is verwoord.¹²⁷ Aan art. 9 IVRK zou het principe ten grondslag liggen dat ‘family unity with the parents’ het best tegemoet komt aan de belangen van het kind, tenzij aangetoond kan worden dat scheiding van het kind en de ouders noodzakelijk is in het belang van het kind. Hier vormen de belangen van het kind, in tegenstelling tot art. 3 lid 1 IVRK niet slechts de eerste maar de belangrijkste overweging. Dit ligt volgens Smyth voornamelijk besloten in het woordje ‘noodzakelijk’. Hieruit trekt zij de conclusie dat ‘extra-neous considerations relating to the interests of the State or the rights of others are immaterial’.¹²⁸ Verderop betoogt zij dat condities voor uithuisplaatsing dientengevolge alleen in de relatie kind-ouder gelegen mogen zijn, omdat art. 9 IVRK geschreven is in het licht van het non-separatie beginsel. Een dergelijke uitleg is mijns inziens verdedigbaar gelet op het grote belang dat in jurisprudentie bij art. 8 EVRM gehecht wordt aan het principe dat kinderen niet van hun ouders gescheiden dienen te worden. Het noodzakelijkheidsbeginsel wordt dus gedragen door het beginsel dat de belangen van het kind de belangrijkste overweging zijn.

2.4.3 Het recht van de minderjarige op passende alternatieve zorg

Het recht op alternatieve zorg is een afhankelijk recht bij art. 9 IVRK. Het recht op alternatieve zorg is namelijk afhankelijk van de vaststelling dat een alternatief voor ouderlijke zorg noodzakelijk is.¹²⁹ Bij gebrek aan de mogelijkheid tot opgroeien in een veilige omgeving in het eigen gezin van het kind of bredere familieverbanden, ontstaat een ‘noodgedwongen’ recht van het kind, namelijk het recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege. Art. 20 IVRK valt dan ook aan te merken als een surrogaatbepaling. Stond bij de interpretatie van art. 9 IVRK het noodzakelijkheidsbeginsel centraal, in art. 20 IVRK is de hoofdrol weggelegd voor de geschiktheidsvraag. Dit wordt ook wel

¹²⁷ Smyth 2013, p. 178.

¹²⁸ Smyth 2013, p. 179. Zie ook par. 20 Richtlijnen voor alternatieve zorg waarin wordt gesteld dat ‘(t)he provision of alternative care should never be undertaken with a prime purpose of furthering the political, religious or economic goals of the providers’.

¹²⁹ Cantwell & Holzscheiter (2008) schrijven dat ‘(a)rticle 20 applies to a situation where other articles in the Convention addressing the parents’, family’s or State’s obligations vis-a-vis the child have already failed to produce a suitable environment for the child’s well-being and growing-up’ (p. 9).

het *principle of suitability* genoemd.¹³⁰ In het eerste lid is het recht op alternatieve zorg van deze kinderen vastgelegd, uit het tweede en derde lid volgt welke voorzieningen de Staat moet treffen om dit recht te bewerkstelligen.¹³¹

Hoe moet het recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege worden vormgegeven? De opbouw van art. 20 IVRK is richtinggevend bij de beantwoording van deze vraag.¹³² Art. 20 IVRK verschaft niet zozeer het recht op een bepaald type alternatieve zorg. Staten zijn tot het creëren van een gevarieerd zorgaanbod. Smyth leidt uit het tweede en derde lid van art. 20 IVRK af dat de keuze voor de meeste geschikte vorm van alternatieve zorg voorafgegaan wordt door een *best interests assessment*.¹³³ Hierbij is alweer het beginsel van 'family unity' prominent aanwezig. De opsomming van verschillende alternatieve zorgarrangementen begint namelijk met plaatsing in een pleeggezin, gevolgd door adoptie (of de Islamitische variant *kafalah*). Plaatsing in een geschikte instelling voor kinderopvang wordt als laatste genoemd, voorafgegaan door de frase 'indien noodzakelijk'. Ook uit de Richtlijnen voor alternatieve zorg blijkt de duidelijke voorkeur voor het plaatsen van minderjarigen in een pleeggezin boven een instelling.

Gelet op de brede definitie van de doelgroep (in het eerste lid) waarop art. 20 IVRK betrekking heeft, kan worden aangenomen dat art. 20 IVRK tevens ziet op de rechten van kinderen die in een instelling voor gesloten jeugdhulp geplaatst worden.¹³⁴ In dat kader is relevant dat het VN-Kinderrechtencomité in verschillende Concluding Observations waarschuwt dat ouders hun verantwoordelijkheid niet te gemakkelijk kunnen afschuiven op de Staat in gevallen waarin ouders hun kinderen niet meer 'aankunnen' (*a child beyond parental control*) en hen om deze reden naar een instelling brengen.¹³⁵

130 Cantwell e.a. 2012, hoofdstuk 2.

131 De verplichting van de Staat om het recht op alternatieve zorg te realiseren, wordt verderop in art. 20 IVRK in formulering afgezwakt. De verplichting komt het sterkst tot uitdrukking in het eerste lid, alwaar wordt gesproken van 'het recht op', in het tweede lid wordt het woordje 'waarborgen' gebruikt en het derde lid spreekt enkel over 'deze zorg kan (...) bevatten' (zie ook Smyth 2013, p. 202).

132 Zie tevens Smyth 2013, p. 201.

133 Smyth 2013, p. 204.

134 Cantwell & Holzscheiter (2008) bepleiten dat kinderen die van hun ouders gescheiden zijn vanwege het plegen van een delict, niet vallen onder de reikwijdte van art. 20 IVRK (p. 40). Rechten van deze kinderen worden beschermd onder de artt. 37 en 40 IVRK, zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK. Wel erkennen zij er dat enige overlap is met het bepaalde in art. 40 lid 4 IVRK.

135 "...the Committee expresses serious concern about the provisions of the [legislation] on "uncontrollable behaviour" according to which parents are able to seek institutional care... for a child beyond parental control."

"The Committee urges the State Party to provide parents and children with adequate knowledge, skills and support services and to review its legislation, practices and services with a view to eliminating the concept and expression 'uncontrollable behaviour' of children and to gradually preparing for 'deinstitutionalization'." (Belize CRC/C/15/Add.252, par. 42 en 43). Zie ook de *Concluding Observations* aan het adres van Hongarije: '(e)nsure monitor-

‘Indien noodzakelijk’ (art. 20 lid 3 IVRK)

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK blijkt reeds dat de frase ‘indien noodzakelijk’ voornamelijk duidt op de *last resort*-functie die aan instellingen wordt toegedicht.¹³⁶ Het General Comment bij art. 24 lid 1 IVBPR van het VN-Mensenrechtencomité verplicht Staten ertoe te rapporteren over de wijze waarop zij de verplichting dat instellingszorg een allerlaatste redmiddel is, invullen.¹³⁷ In tegenstelling tot de Richtlijnen voor alternatieve zorg, bevat het IVRK geen algemeen beginsel dat een uithuisplaatsing gezien moet worden als een ultimum remedium. Maar uit de bewoording ‘indien noodzakelijk’ valt af te leiden dat residentiële zorg (en dus ook gesloten plaatsingen) als uiterste middel moet worden ingezet. Het gebruik van residentiële zorg moet beperkt blijven tot gevallen waarin een dergelijke omgeving specifiek wenselijk en noodzakelijk is voor het betreffende individuele kind en zijn/haar belang (par. 21 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg).

Hoewel de frase ‘indien noodzakelijk’ voornamelijk duidt op het belang van terughoudend gebruik van residentiële zorg, maakt deze aanduiding ook duidelijk dat een instelling voor sommige kinderen de meest geschikte plek is, bijvoorbeeld na een aantal mislukte pleeggezinplaatsingen, of als broers en zussen bij elkaar geplaatst willen worden of voor oudere kinderen die al bijna 18 jaar zijn en op zichzelf moeten gaan wonen.¹³⁸

Vereist het *last resort* beginsel nu dat alternatieven in alle gevallen eerst onderzocht of zelfs geprobeerd moeten worden? Dat is maar zeer de vraag. Cantwell & Holzscheiter waarschuwen dat het *last resort* beginsel geen automatisme moet zijn: als een instelling ‘geschikt’ is en een plaatsing ‘noodzakelijk’ is, dan vereist het *last resort* beginsel niet dat eerst gestart wordt met een minder vergaande vorm van zorg of alternatieve zorg. Het gaat er dus niet om, de zorgvormen in rangorde van ‘beste naar slechtste’ te beschouwen. Nee, onderzocht moet worden welke vorm van zorg het beste aansluit bij de behoeften van het kind op dat moment.¹³⁹ Dit is een nuchtere visie, gelet op het gegeven dat sommige kinderen altijd afhankelijk zullen zijn van residentiële zorg. Het gaat er volgens Cantwell & Holzscheiter om dat vanuit het belang van het kind wordt gekeken naar de noodzakelijkheid van een residentiële plaatsing en niet vanuit wat beschikbaar is vanuit het jeugdzorgsysteem dat in een land is opgezet:

ing and control of placements of children in specialized homes for “problematic” children and ensure that such placements are used as a measure of last resort for the shortest time possible as well as establish an independent complaints mechanism for children in such institutions’ (Hongarije, CRC/C/HUN/CO/3-5, 14 september 2014, par. 39, sub g).

¹³⁶ Zie ook Cantwell & Holzscheiter 2008, p. 54-55 (par. 129-134).

¹³⁷ VN-Mensenrechtencomité, *CCPR General Comment nr. 17: Article 24 (Rights of the Child)*, 7 April 1989, par. 6.

¹³⁸ Cantwell & Holzscheiter 2008, p. 55; Hodgkin & Newell 2007, p. 282.

¹³⁹ Cantwell & Holzscheiter 2008, p. 55-56 (par. 135).

“‘if necessary’ is not seen to qualify an intrinsically undesirable care option to be used only for want of better’.¹⁴⁰

‘Geschikte instellingen’ (art. 20 lid 3 IVRK)

Instellingen voor kinderzorg moeten ‘geschikt’ zijn, zo vereist het derde lid van art. 20 IVRK. In zijn algemeenheid betekent dit dat instellingen moeten voldoen aan basisregels (vgl. art. 3 lid 3 IVRK¹⁴¹). Op kindniveau moet worden gekeken in hoeverre een instelling tegemoet komt aan de specifieke zorgvraag van een kind.¹⁴²

Het IVRK zelf geeft geen indicatie voor wat bijvoorbeeld met ‘instellingen’ bedoeld wordt. Cantwell & Holzscheiter wijzen erop dat reeds in de jaren ‘80 van de vorige eeuw dit woord de negatieve associatie oproep van grote en onpersoonlijke instituten.¹⁴³ Uit de *Recommendation* van de Raad van Europa *on the rights of children living in residential institutions* blijkt dat de meest te prefereren vorm van zorg *a small family-style living unit* is.¹⁴⁴

Het ‘geschiktheidsbeginsel’ vereist dat wordt gekeken naar wat een kind in een bepaalde periode nodig heeft, waarbij de toekomst van het kind in deze overweging een belangrijke rol speelt. Art. 20 IVRK roept dus op tot up-to-date beslissingen, waarbij zeer recente informatie in de afweging betrokken wordt. Art. 25 IVRK, de verplichting om een uithuisplaatsing periodiek te evalueren, is als het ware geïncorporeerd in het woordje ‘geschikt’ uit het derde lid van art. 20 IVRK. Ook kan in deze bepaling het recht op terugkeer naar eigen familie,¹⁴⁵ of naar een andere, meer gezinsachtige setting worden ingelesen. Cantwell & Holzscheiter schrijven dat het grootste probleem van residentiële plaatsingen is dat ze eindeloos voortduren of zelfs een permanent karakter krijgen omdat er geen effectieve vervolgstappen voorhanden zijn die exact aansluiten bij het individuele kind (dat zich inmiddels ook weer verder ontwik-

140 Cantwell & Holzscheiter 2008, p. 56. De visie van Bruning, Liefwaard & Volf sluit hierbij aan. Met ‘if necessary’ lijkt volgens hen niet te worden bedoeld ‘bij gebrek aan alternatieven’. Aannemelijker lijkt dat wordt bedoeld ‘indien noodzakelijk wanneer andere, minder vergaande mogelijkheden hebben gefaald of naar verwachting zullen falen’ (Bruning, Liefwaard en Volf, 2004, p. 208).

141 ‘...instellingen (...) voldoen aan de door de bevoegde autoriteiten vastgestelde normen, met name ten aanzien van de veiligheid, de gezondheid, het aantal personeelsleden en hun geschiktheid, alsmede bevoegd toezicht.’

142 Het gebruik van residentiële zorg moet bijdragen aan het betreffende individuele kind en zijn/haar belang (Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 21).

143 p. 53. Zij voegen eraan toe dat in het Franse versie van het IVRK gekozen is voor de wellicht meer neutrale aanduiding *établissements*.

144 Raad van Europa, *Recommendation on the rights of children living in residential institutions*, 2005.

145 Een belangrijk gedeelte van de inzet van kindbeschermingsmaatregelen is erop gericht dat het kind de nodige ouderlijke zorg blijft krijgen of om ze weer terug te laten keren naar de ouders, zie de Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 2(a). Dit doel moet voldoende blijken uit de interventie.

keld heeft gedurende de plaatsing).¹⁴⁶ Ten slotte, de frase ‘voor de kortst mogelijke passende duur’ (art. 37, onder b, IVRK) sluit tevens goed aan op de ‘geschikte instellingen’ uit het derde lid van art. 20 IVRK. Hoewel instellingen en zorg in gezinsverband elkaar aanvullen, is het in de toekomst onwenselijk om nog steeds grootschalige zorgfaciliteiten te hebben. In de Richtlijnen wordt gesteld dat deze geleidelijk zullen moeten verdwijnen met behulp van een brede strategie voor de-institutionalisering (par. 23 van Richtlijnen voor alternatieve zorg).

Continuïteit en culturele achtergrond (art. 20 lid 3 IVRK)

Bij het overwegen van de meest geschikte vorm van alternatieve zorg dient op passende wijze rekening gehouden te worden met de wenselijkheid van continuïteit in de opvoeding van het kind. Het is onduidelijk wat precies met ‘continuïteit’ wordt bedoeld. Uiteraard gaat een zekere mate van subjectiviteit schuil achter dit begrip. Want het is nu juist de bedoeling van een residentiële plaatsing om bepaald gedrag te doorbreken of een kind weg te halen uit een omgeving waarin het zeer negatief wordt beïnvloed. Daarom moet het begrip continuïteit ook niet los worden gezien van de rest van de bepaling, namelijk dat rekening dient gehouden te worden met de etnische, godsdienstige en culturele achtergrond van het kind en met zijn of haar achtergrond wat betreft de taal (zie ook art. 7, 8 en 30 IVRK). Een niet onaannemelijke betekenis van ‘continuïteit’ kan zijn dat een plaatsing in alternatieve zorg het kind een zekere stabiliteit moet bieden en dat een kind niet steeds overgeplaatst mag worden.¹⁴⁷ Continuïteit in de opvoeding houdt ook in dat het contact met ouders, verdere familie en de leefgemeenschap van het kind gecontinueerd wordt.¹⁴⁸ Een residentiële plaatsing ver van huis past hier niet bij.

De noodzakelijkheid van het toewijzen van een ‘voogd’

Impliceert opgroeien op een andere plek ook dat andere personen beslissingsbevoegd moeten zijn ten aanzien van belangrijke keuzes bij het opgroeien? De concrete vraag is of er parallellen te trekken zijn met een eventuele verplichting tot het aanwijzen van een *gezinsvoogd* als een kind in een gesloten instelling wordt geplaatst. Volgens Smyth impliceert het surrogaatkarakter van art. 20 IVRK (*in lieu des parents*) dat een voogd moet worden aangewezen in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen. Iemand moet de juridische verantwoordelijkheid voor het kind op zich nemen, nu de ouders er niet zijn of daartoe niet in staat zijn.¹⁴⁹ Het is opmerkelijk dat in het IVRK vaak gesproken wordt over een ‘wettige voogd’, maar dat niet duidelijk is beschre-

¹⁴⁶ Cantwell & Holzscheiter, p. 59.

¹⁴⁷ Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 60, zie ook Cantwell & Holzscheiter 2008, p. 61 (par. 151) en p. 64 (par. 159).

¹⁴⁸ Hodgkin & Newell 2007, p. 289.

¹⁴⁹ Smyth 2013, p. 198-201.

ven in welke gevallen een voogd moet worden benoemd. Smyth acht het recht op een wettige voogd van toepassing op alleenstaande minderjarige vreemdelingen, door te wijzen op een combinatie van de artikelen. 3 lid 3, IVRK, 18 lid 1 en 2 IVRK en 20 IVRK en *General Comment nr. 6, treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (2005).¹⁵⁰ Coördinatie en overzicht zijn twee belangrijke taken van een gezinsvoogd. Kinderen in gesloten instellingen voor jeugdhulp hebben meestal hun ouders nog, maar het is maar zeer de vraag of ouders de zorg voor hun kind kunnen coördineren en het zorglandschap kunnen overzien.

2.4.4 Het recht van de minderjarige op respect van familielevens (8 EVRM)

Inleiding

Het beginsel dat kinderen in een veilige en stabiele omgeving dienen op te groeien en het exceptiebeginsel volgen mede uit art. 8 EVRM. De systematiek van art. 8 EVRM verplicht tot het scheppen van een rechtvaardigingsgrond (tweede lid) indien een inbreuk wordt gemaakt op het recht op respect van familielevens (eerste lid).¹⁵¹ Deze paragraaf beperkt zich tot een beschrijving van de betekenis van *family life* in de context van art. 8 EVRM, de ruimte om te kunnen beoordelen of sprake is van een schending van art. 8 vanwege een uithuisplaatsing (*care order*) en open normstellingen in het jeugdbeschermingsrecht in het licht van art. 8 EVRM.

De betekenis van het recht op respect van familielevens en (on)gerechtvaardigde inbreuken op dat recht

Art. 8 EVRM strekt zich ten doel om gezinnen te beschermen tegen onrechtmatige en onwillekeurige interventies van de overheid.¹⁵² Gezinnen hebben het recht op respect van familielevens met elkaar.¹⁵³ Het gezin lijkt in de formulering van art. 8 EVRM een eenheid te impliceren. Het valt op dat in de bepaling geen onderscheid wordt gemaakt tussen de rechten van ouders en de rechten van het kind. Ten tweede valt het *respect voor* familielevens op. Het uitgangspunt bij art. 8 EVRM houdt dan ook de negatieve verplichting van de overheid

150 In de context van alleenstaande minderjarige vreemdelingen wijst zij ook op de uitspraak *Mayeka Mitunga t. België* waarin een schending van art. 3 EVRM werd geconstateerd omdat een 5-jarig meisje twee maanden was geplaatst in een detentiecentrum voor volwassenen en aldaar *uncoordinated attention* kreeg (EHRM 12 oktober 2006, appl. nr. 13178/03, par. 52). Zie ook *Rahimi t. Griekenland* (EHRM 5 april 2011, appl. nr. 8687/08).

151 Zie ook toonaangevende handboeken over art. 8 EVRM: van Dijk e.a. 2006; Reid 2008; Harris & O'Boyle 2014; Rainey, Wicks & Ovey 2014.

152 Kilkelly 2004, p. 76.

153 Van Grunderbeeck (2003) schrijft dat 'de primauteit van de verhouding van een biologische ouder met zijn kind als familielevens impliciet vervat zit in de bewoordingen van art. 8 EVRM' (p. 574).

in om op afstand te blijven en het gezinsleven te respecteren. Maar kinderen hebben recht op voldoende bescherming van hun belangen voor een optimale ontwikkeling en dit brengt met zich mee dat de overheid soms zal moeten ingrijpen in het gezinsleven om deze bescherming te bieden als ouders dit zelf niet kunnen.¹⁵⁴ Dit volgt ook uit de positieve verplichtingen die het Europees Hof in kinderbeschermingszaken heeft geformuleerd.

Wat houdt *family life* eigenlijk in?¹⁵⁵ Fundamentele onderdelen ervan zijn in ieder geval opvoeding en verzorging alsmede wederzijds genot van elkaars gezelschap door ouders en kinderen.¹⁵⁶ *Family life* houdt niet op te bestaan wanneer een kind uit huis is geplaatst, aldus het Europees Hof.¹⁵⁷ Uithuisplaatsingen (en ook gezagsbeperkingen) doorbreken het beleven van *family life* voor alle gezinsleden. Een schending van art. 8 EVRM is volgens Van Dijk e.a. in de context van *care orders* gelegen in ofwel disproportionele maatregelen door de staat ofwel maatregelen die er niet op gericht zijn om de familie te herenigen.¹⁵⁸

Een schending van art. 8 EVRM kan worden voorkomen door de voorwaarden na te leven waaronder een inbreuk op *family life* gerechtvaardigd kan worden. Deze voorwaarden zijn geformuleerd in art. 8 lid 2 EVRM en luiden als volgt:

‘(g)een inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

In kinderbeschermingszaken wordt meestal verwezen naar de doelstellingen ‘de bescherming van de gezondheid of de goede zeden’ of ‘voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’. Aan het vereiste van een legitiem doel dient op twee niveaus voldaan te zijn: zowel op het algemene niveau van de wetgever (de wet zelf mag niet indruisen tegen het beschermingsdoel) als op zaaksniveau moet blijken dat de wet voor dat doel toegepast

154 Bruning 2006, p. 12. Zie ook Van Grunderbeeck 2003, p. 575. De overheid treedt hier op als een ‘ouder van het land’ om de zwaksten uit de samenleving te beschermen (ook wel de ‘*parens patriae*-doctrine’).

155 Dit is een andere vraag dan de vraag naar de reikwijdte van ‘family life’: bij welke onderlinge relaties kan van ‘family life’ gesproken worden? Zie voor een uitgebreid overzicht Asscher/De Boer.

156 EHRM 14 januari 2003, appl. nr. 27751/95 (*K.A. t. Finland*), par. 92. In de woorden van Van Grunderbeeck (2003) ‘valt de opgebouwde gezinseenheid feitelijk uiteen’ (p. 574).

157 ‘Furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child has been taken into public care ...’ (EHRM 22 juni 1989, Series A nr. 156 (*Eriksson t. Zweden*) par. 58).

158 Van Dijk e.a. 2006, p. 698.

wordt. Het lijkt erop dat het Europees Hof in kinderbeschermingszaken al snel genoeg neemt met de naleving van dit vereiste (voor zover bekend zijn er geen zaken waarin op dit onderdeel een schending van art. 8 EVRM vastgesteld wordt door het hof).

De proportionaliteitseis en subsidiariteitseis die zijn af te leiden uit het woordje 'noodzakelijk' gelden wel als zeer strikt, want een uithuisplaatsing wordt gezien als 'an interference of a very serious order'.¹⁵⁹ Enerzijds volgt uit het tweede lid van art. 8 EVRM dat op de overheid een negatieve verplichting rust: onthouding van inmenging in het gezinsleven tenzij aan strenge voorwaarden is voldaan. Aan de andere kant rust op de overheid (ook gelet op art. 3 EVRM) de positieve plicht om in te grijpen wanneer dit noodzakelijk is.¹⁶⁰ De noodzaak moet aan beide zijden van het spectrum bewaakt worden: de overheid moet niet teveel ingrijpen maar kan op de vingers getikt worden als er niet wordt ingegrepen als dit wel noodzakelijk was. Dit continuüm bepaalt de geschiedenis van de jeugdbescherming: in een steeds veranderende omgeving is de overheid op zoek naar het bepalen van haar houding en slaat de balans soms door naar te weinig, en dan weer naar te veel ingrijpen.

Ruime beoordelingsbevoegdheid voor nationale autoriteiten

Het hof stelt strenge procedurele vereisten aan een uithuisplaatsingsbeslissing, zoals de mate waarin ouders betrokken zijn geweest bij een uithuisplaatsingsbeslissing. Daarentegen lijkt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot op heden te zijn geneigd om zich zeer terughoudend op te stellen bij de beoordeling van inhoudelijke beslissingen als het gaat om jeugdbeschermingszaken.¹⁶¹ Dit is vanwege de ruime beoordelingsmarge op dit punt die door het Europees Hof aan de verdragsstaten wordt toegekend. Het EHRM stelt zich op het standpunt dat zij dermate onvoldoende zicht heeft op de feiten van de zaak, dat een 'wide margin of appreciation' op zijn plaats is.¹⁶² De ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale rechter houdt verband met 'the unwilling(ness) of the Court to second guess the merits of a care order'.¹⁶³ Deze terughoudende opstelling van het Europees Hof (het subsidiariteitsbegin-sel) heeft tot gevolg dat slechts in zeldzame gevallen de noodzaak van de uithuisplaatsing wordt betwist. Kinderbeschermingsorganisaties en kinderrecht-

¹⁵⁹ Bruning 2006, p. 11 e.v.

¹⁶⁰ Bruning stelt dat '(d)e positieve verplichtingen vormen als het ware een compensatie voor een inbreuk op het gezinsleven, inhoudende dat niet voldaan is aan de negatieve verplichting tot het niet ingrijpen in het gezinsleven' (2006, p. 13). Zie ook art. 18 IVRK.

¹⁶¹ Kilkelly schrijft dat '(t)he Strasbourg authorities have been very reluctant to challenge substantive decisions (...) in child-care cases' (2009, p. 423).

¹⁶² 'Account must also be taken of the fact that the national authorities have the benefit of direct contact with all persons concerned', zie EHRM 27 november 1992, appl. nr. 13441/87, (*Olsson t. Zweden* (2)), par. 90.

¹⁶³ EHRM 23 september 1994, appl. nr. 19823/92 (*Hokkanen t. Finland*), par. 55, zie ook Kilkelly 2004, p. 73; Bruning & Van der Zon 2013, p. 504.

ters moeten wel heel irrelevante en onvoldoende toereikende rechtvaardigingsgronden claimen, wil sprake zijn van disproportionele overheidsinmenging in het licht van art. 8 EVRM. Overigens is de beoordelingsruimte van de Verdragsstaten kleiner als het gaat om spoedmaatregelen¹⁶⁴ en om de uitvoering van een uithuisplaatsing (denk aan contact met familie of de locatie van de plaatsing).¹⁶⁵ Daarnaast geldt dat de omvang van de beoordelingsmarge omgekeerd evenredig is aan de ernst van de situatie.¹⁶⁶ Met andere woorden, hoe langer de uithuisplaatsing duurt, hoe ingrijpender de inbreuk op het recht van respect van familielevens en derhalve hoe kleiner de beoordelingsruimte.

Kinderbeschermingswetten en open normstellingen

De maatschappij verandert voortdurend en de toepassing van kinderbeschermingsmaatregelen verandert mee. Eén van de eisen die voortvloeit uit art. 8 lid EVRM is dat een uithuisplaatsing bij wet voorzien moet zijn.¹⁶⁷ Toch zal niet snel zal door het Europees Hof worden aangenomen dat een wet onvoldoende nauwkeurig is wanneer het gaat om gronden voor het toepassen van kinderbeschermingsmaatregelen:

‘... experience shows that absolute precision is unattainable and the need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague’.¹⁶⁸

Het lijkt erop dat het gebruik van open normen verkieslijker is, hoewel dat mogelijk tot gevolg heeft dat kinderbeschermingsmaatregelen te lichtvaardig worden toegepast. Bruning schrijft in haar dissertatie dat:

‘als tamelijk open normen door de beugel kunnen van het Europees Hof, het voor de concrete rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven van groot belang wordt dat de rechter, die immers de open norm in het concrete geval wel of niet van toepassing verklaart, zijn beslissing nauwkeurig motiveert’.¹⁶⁹

164 EHRM 17 december 2002, appl. nr. 35731/97 (*Venema t. Nederland*), par. 62: ‘(w)hile national authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care, in particular where an emergency situation arises, the Court must still be satisfied in the circumstances of the case that there existed circumstances justifying such a measure’.

165 Voor een jurisprudentieoverzicht, zie Kilkelly 2009, p. 415.

166 Van der Mussele e.a. 2006.

167 Zie EHRM 24 maart 1988, appl. nr. 10465/83, (*Olsson t. Zweden (1)*), par. 61a; EHRM 18 april 2013, appl. nr. 7075/10 (*Ageyevy/Rusland*), par. 121-123.

168 EHRM 24 maart 1988, appl. nr. 10465/83, (*Olsson t. Zweden (1)*), par. 61.

169 Bruning 2001, p. 198; zie ook Put (2010, p. 79): ‘Het gebruik in het jeugdbeschermingsrecht van vage begrippen die een zekere appreciatiebevoegdheid overlaten aan de organen die de wet moeten toepassen, *in se* niet in strijd met art. 8 EVRM. Wetgeving nauwer omschrijven, zou er volgens het hof toe kunnen leiden dat de draagwijdte beperkt wordt’.

Ondanks dat in de wet open normen gehanteerd worden ter rechtvaardiging van het opleggen van dwingende maatregelen, heeft het hof wel minimumeisen geformuleerd bij het vereiste 'bij wet voorzien'. In *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk* stelt het hof dat een wettelijke regel voldoende toegankelijk moet zijn voor burgers en ten tweede dat burgers met hun gedrag moeten kunnen anticiperen op de wet. Met andere woorden, de consequenties van gedragingen moeten 'voorzienbaar' zijn. De burger:

'must be able, if need be with appropriate advice, to foresee to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail'.¹⁷⁰

Relevant and sufficient reasons

De rechtvaardiging voor een uithuisplaatsing moet gegrond zijn in relevante en voldoende redenen daartoe. In *Johansen t. Noorwegen* overweegt het hof dat:

'(i)n determining whether the impugned measures were "necessary in a democratic society", the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify them were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 ...'.¹⁷¹

Uit de zaak *Wallove en Walla t. Tsjechië* blijkt dat de situatie onvoldoende aanleiding geeft voor dwingend optreden van jeugdbeschermingsinstanties (er was geen geschikte woning voor dit gezin met vijf kinderen voorhanden). Uit deze uitspraak blijkt dat uithuisplaatsing moet worden vermeden wanneer met een minder ingrijpende maatregel hetzelfde doel (het verbeteren van de gebrekkige infrastructuur in het thuismilieu) kan worden bereikt.¹⁷² Ook is het onvoldoende toereikend om te stellen dat een kind beter af is wanneer het uit huis geplaatst wordt.¹⁷³ Het uit huis plaatsen van een kind als voorzorgsmaatregel om mogelijk geweld te vermijden, valt op zichzelf niet onder *relevant and sufficient reasons*.¹⁷⁴ In zaken waarin een vermoeden van seksueel

170 EHRM, 26 april 1979, appl. nr. 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*), par. 49.

171 EHRM 7 augustus 1996, appl. nr. 17383/90 (*Johansen t. Noorwegen*), par. 64; zie ook EHRM 24 maart 1988, nr. 10465/83 (*Olsson t. Zweden (1)*), par. 68: '... the Court cannot confine itself to considering the impugned decisions in isolation, but must look at them in the light of the case as a whole'.

172 EHRM 26 oktober 2006, appl. nr. 23848/04 (*Wallove en Walla t. Tsjechië*), par. 74.

173 EHRM 24 maart 1988, appl. nr. 10465/83, (*Olsson (1) t. Zweden*), par. 72; EHRM 14 januari 2003, appl. nr. 27751/95 (*K.A. t. Finland*), par. 92: '(t)he fact that a child could be placed in a more beneficial environment for his or her upbringing will not on its own justify a compulsory measure of removal from the care of the biological parents; there must exist other circumstances pointing to the "necessity" for such an interference with the parents' right under Article 8 of the Convention to enjoy a family life with their child'.

174 EHRM 14 januari 2003, appl. nr. 27751/95 (*K.A. t. Finland*), par. 168.

misbruik is, zal het hof niet snel tot de conclusie komen dat sprake is van disproportionele gronden voor uithuisplaatsing.¹⁷⁵ Overigens is het voor ouders niet eenvoudig om aan te tonen dat de overheid op basis van ongegronde en onvoldoende redenen een kinderbeschermingsmaatregel heeft ingezet. Kilkelly stelt dat de Commissie (de voorloper van het Europees Hof) bijna alle verzoekschriften omtrent een vermeende inbreuk op art. 8 EVRM van ouders afwees. Op ouders rust, met andere woorden, een zware bewijslast om aan te tonen dat de gronden voor een plaatsingsbeslissingen arbitrair, irrelevant of onvoldoende zouden zijn.¹⁷⁶

*De plicht tot het afwegen van alternatieven*¹⁷⁷

Alhoewel lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij beslissingen tot scheiding van ouders en hun kinderen en open normstellingen daarbij geaccepteerd zijn, lijken deze standpunten gelogenstraft te worden door de intense wijze waarop het hof beoordeelt of alternatieven voor een uithuisplaatsing zorgvuldig zijn overwogen.

Allereerst dient een plaatsing bij familieleden zorgvuldig te zijn onderzocht en overwogen, alvorens over te gaan tot verstreckende maatregelen zoals een uithuisplaatsing. Het hof weegt de bijstand die de overheid aan de ouders geboden heeft en andere eerder ingezette preventieve maatregelen voordat het kind uit het gezin wordt gehaald.¹⁷⁸ Het belang van het zorgvuldig afwegen van alternatieven blijkt ook uit de uitspraak *K. en T. t. Finland*. In deze zaak bepaalt het Hof dat de overheid de verplichting heeft:

‘to establish that a careful assessment of the impact of the proposed care measure on the applicants and the children, as well as of the possible alternatives to taking the children into public care, was carried out prior to the implementation of a care measure’¹⁷⁹

In *K. en T. t. Finland* waren de kinderen uit huis geplaatst vanwege een moeder met geestelijke gezondheidsklachten. Het hof uit de kritiek dat ‘lighter meas-

175 Dit levert mogelijke schending van art. 3 EVRM op, zie EHRM 10 mei 2011, appl. nr. 28945/95 (*T.P. & K.M. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 74: ‘(s)trong suspicions that she has been abused and the doubts which existed as to the first applicant’s ability to protect her’.

176 Kilkelly 2009, p. 579.

177 De verplichting om alternatieven na te gaan, is in de context van dit onderzoek gedefinieerd als een inhoudelijke belangenafweging. Christoffersen (2009) daarentegen, rekent de eis om alternatieven af te wegen tot de procedurele vereisten die uit het EVRM volgen: ‘a primarily procedural variant of the traditional principle of necessity, namely a requirement that the domestic authorities demonstrate that they have thought about the application of less restrictive measures’ (p. 121).

178 EHRM 13 juli 2000, appl. nrs. 39221/98 en 41963/98 (2000VIII) (*Scozzari en Giunta t. Italie*).

179 EHRM 27 april 2000, appl. nr. 25702/94 (*K. & T. t. Finland*), par. 166. Zie ook: EHRM 8 april 2004, nr. 11057/02 (*Haase t. Duitsland*), par. 90 (deze plicht geldt ook in geval van crisis-situaties).

ures involving relatives were not even considered'.¹⁸⁰ Uit de uitspraak *Kutzner t. Duitsland* volgt dat het alleszins redelijk is om het vereiste van subsidiariteit heel serieus te nemen:

'(i)t is questionable whether the domestic administrative and judicial authorities have given sufficient consideration to additional measures of support as an alternative to what is by far the most extreme measure, namely separating the children from their parents.'¹⁸¹

De plicht om alternatieven af te wegen ligt dus duidelijk op meerdere niveaus, namelijk zowel bij de uitvoerende instanties als de kinderrechter. Ook is het onvoldoende om enkele, en niet alle relevante alternatieven, te onderzoeken.¹⁸²

Tussenconclusie art. 8 EVRM

Het exceptiebeginsel is nog steeds leidend in uitspraken van het Europees Hof inzake uithuisplaatsingen: het eigen gezin van het kind is een veilige en stabiele omgeving tot het tegendeel blijkt. Gedurende de laatste decennia komt de gedachte dat een kind het beste gedijt in een veilige omgeving, zelfs als het recht op opgroeien binnen het eigen gezin daarvoor moet wijken, wel steeds pregnanter naar voren in EHRM-jurisprudentie.¹⁸³

De Straatburgse rechtspraak biedt duidelijke aanknopingspunten als het gaat om de inhoudelijke afweging of een uithuisplaatsing proportioneel is. Het proportionaliteitsvereiste houdt in dat oorzaak, middel (uithuisplaatsing) en doel in een redelijke verhouding tot elkaar staan.¹⁸⁴ Ook valt uit de jurisprudentie van het hof af te leiden hoe belangrijk het is om de redenen voor uithuisplaatsing en de verschillende belangen die daarbij zijn afgewogen in de motivering van de beslissing uit te leggen. Hiertoe noopt overigens ook het individualiteitsbeginsel (*case-by-case*).

Er zijn ook enkele complicerende factoren die ertoe leiden dat art. 8 EVRM niet per se voldoende duidelijkheid biedt als het gaat om de legitimatie van

180 EHRM 27 april 2000, appl. nr. 25702/94 (*K. & T. t. Finland*), par. 146. Zie voor andere 'kraamkamer-zaken' waarin de Staat tekort schoot als het gaat om het verrichten van onderzoek naar alternatieve maatregelen: EHRM 16 juli 2002, appl. nr. 56547/00 (*P, C en S t. Verenigd Koninkrijk*), par. 133; EHRM 8 april 2004, appl. nr. 11057/02 (*Haase t. Duitsland*), par. 101.

181 EHRM 10 juli 2002, appl. nr. 46544/99 (*Kutzner t. Duitsland*), par. 71-75.

182 EHRM 21 september 2006, appl. nr. 12643/02 (*Moser t. Oostenrijk*), par. 69-70.

183 EHRM 8 januari 2009, appl. nr. 41615/07 (*Neulinger & Shuruk t. Zwitserland*), par. 136; EHRM 15 maart 2012, appl. nr. 35141/06 (*Levin t. Zweden*), par. 64; EHRM 13 juli 2000, appl. nr. 25735/94 (*Elsholz t. Duitsland*), par. 50; EHRM 31 mei 2011, appl. nr. 35348/06 (*R. & H. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 73; EHRM 13 maart 2012, nr. 4547/10 (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 134.

184 EHRM 8 april 2004, appl. nr. 11057/02 (*Haase t. Duitsland*), par. 88: '(t)he notion of necessity implies that the interference (...) is proportionate to the legitimate aim pursued'.

de inhoudelijke beslissing tot een uithuisplaatsing. Ten eerste acht het hof een ruim omschreven rechtsgrond niet in strijd met het vereiste dat een inbreuk op het gezinsleven 'bij wet voorzien' moet zijn, mits de wet maar toegankelijk en voorzienbaar is voor burgers. Ten tweede heeft de nationale rechter een grote beoordelingsvrijheid als het gaat om de concrete toetsing of de open norm van toepassing is. Ten derde is voorzichtigheid geboden om de jurisprudentie van het Europees Hof één op één te vertalen naar de Nederlandse situatie vanwege de geïndividualiseerde benadering die het EHRM voorstaat.

2.4.5 Tussentijdse samenvatting

Het recht van een kind om bij zijn of haar ouders op te groeien is een fundamenteel recht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat allereerst ingezet dient te worden op preventie om problemen in de familiesfeer te beteugelen. Gedwongen ingrijpen door middel van een uithuisplaatsing is een uiterste maatregel. Is eenmaal bepaald dat een uithuisplaatsing noodzakelijk is, dan heeft het kind recht op extra bescherming en alternatieve zorg en deze zorg moet passend zijn (dit sluit aan bij het *suitability principle* zoals dat volgt uit art. 20 IVRK en de Richtlijnen voor alternatieve zorg). Uithuisplaatsing in een residentiële setting behoeft zo mogelijk nog meer rechtvaardiging. De keuze voor een instelling moet gegrond zijn op de behoeften van het kind en niet afhangen van wat op een bepaald moment aan zorg voorhanden is.

Het VN-Kinderrechtencomité vraagt Staten adequate waarborgen en duidelijke criteria vast te stellen inzake de besluitvorming of een kind uit huis geplaatst moet worden. Deze criteria moeten gebaseerd zijn op de behoeften en de belangen van het kind. Dit is ook af te leiden uit vaste jurisprudentie van het EHRM: belangen van uit huis geplaatste kinderen worden steeds concreter geformuleerd. 'Harde', inhoudelijke criteria voor het bepalen van de noodzaak van een uithuisplaatsing, kunnen niet worden afgeleid uit het internationale toetsingskader. Uit EHRM-jurisprudentie kunnen wel voorbeelden worden ontleend van zaken waarin de noodzaak tot uithuisplaatsing *niet* toereikend bleek. Het lijkt erop dat in ieder geval sprake moet zijn van een stapeling van problemen in de ouder-kind relatie, wil een uithuisplaatsing gerechtvaardigd zijn. Het stellen van duidelijke criteria wordt verder bemoeilijkt door de ruimte voor een grote beoordelingsmarge die het Europees Hof aan de afzonderlijke lidstaten biedt, in combinatie met de goedkeuring die wordt gegeven aan het gebruik van open normen die het gebruik van dwangmaatregelen in de jeugdbescherming rechtvaardigen. Om dit te compenseren is het van groot belang om beslissingen op alle niveaus uiterst zorgvuldig te motiveren, waarbij het individualiteitsprincipe noopt om een beslissing te nemen die passend is bij het individuele kind.

Overigens geldt dat sprake is van een kleinere beoordelingsvrijheid bij het toetsen van spoeduthuisplaatsingen en de uitvoering van een uithuisplaat-

sing. Als een kind eenmaal uit huis is geplaatst, is het de bedoeling dat de uithuisplaatsing zo kort mogelijk duurt. Dit volgt impliciet uit het vereiste dat alternatieve zorg continuïteit in de opvoeding dient te bieden. Overigens geldt het vereiste van continuïteit ook de invulling van de uithuisplaatsing zelf: overplaatsingen zijn op zichzelf zeer onwenselijk. Om het verloop van de uithuisplaatsing goed te kunnen monitoren is driemaandelijks toetsing nodig, zowel om een vervolgbeslissing te kunnen nemen als om regelmatig te evalueren hoe de uithuisplaatsing verloopt.

2.5 MATERIËLE RECHTEN VAN MINDERJARIGEN DIE VAN HUN VRIJHEID WORDEN BEROOFD

2.5.1 Inleiding

Het recht op persoonlijke vrijheid of beter gezegd, het recht om beschermd te worden tegen willekeurige vrijheidsbeneming, is één van de meest bekende kinder- en mensenrechten. Dit recht wordt op diverse plekken beschermd, zoals in de artikelen 37 IVRK, 5 EVRM, 9 IVBPR¹⁸⁵ en art. 6 van het Europees Handvest. Dit recht is nader verklaard en ingevuld in diverse *General Comments* van zowel het VN-Kinderrechtencomité als het VN-Mensenrechtencomité en in andere VN-documenten zoals de Beijing Rules en de Havana Rules. De meest uitgebreide jurisprudentie over de invulling van dit recht is te vinden bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Aan de hand van deze bronnen wordt hieronder geanalyseerd hoe het recht op bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming geïnterpreteerd dient te worden voor kinderen die in gesloten jeugdhulp geplaatst worden.

2.5.2 Art. 37 IVRK: waarborgen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming

Art. 37 IVRK behelst het verbod op foltering en het verbod op de doodstraf (onder a) en bevat de rechten van het kind die van toepassing zijn in een situatie waarin de beslissing genomen wordt dat het kind van zijn vrijheid wordt beroofd (onder b) en in een situatie waarin het kind zich in een vrijheidsbenemende setting bevindt (onder c en onder d). Met name art. 37, onder b, IVRK is relevant omdat in deze bepaling de standaarden zijn opgenomen voor het opleggen van vrijheidsbenemende maatregelen. Dit artikel verplicht Staten te waarborgen dat:

185 Ook opsluiting voor opvoedkundige doeleinden ('educational purposes') valt onder de reikwijdte van de bescherming van art. 9 IVBPR, zie VN-Mensenrechtencomité, *General Comment nr. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons)*, 1982, par. 1.

‘geen enkel kind op onwettige of willekeurige wijze van zijn of haar vrijheid wordt beroofd. De aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming van een kind geschiedt overeenkomstig de wet en wordt slechts gehanteerd als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur’.

Dat in art. 37 IVRK niet letterlijk wordt gesproken over het recht op persoonlijke vrijheid, betekent niet per se dat er geen kinderrecht op persoonlijke vrijheid zou zijn of dat dit mensenrecht voor kinderen onvoldoende zou zijn beschermd. Immers, het recht op persoonlijke vrijheid is ook opgenomen in het IVBPR en hieraan kan een kind evengoed bescherming ontlelen, nu dit verdrag en het IVRK als complementair aan elkaar worden beschouwd. Art. 37, onder b, IVRK voegt een nieuw element toe aan het recht op persoonlijke vrijheid dat in andere mensenrechtendocumenten ontbreekt, in die zin dat duidelijke(r) voorwaarden geformuleerd zijn, onder welke vrijheidsbeneming geacht wordt rechtmatig en onwillekeurig te zijn, te weten het last resort beginsel en het beginsel dat vrijheidsbeneming voor de kortst mogelijke passende duur moet worden toegepast.¹⁸⁶

Art. 37 IVRK in de context van gesloten jeugdhulp

De tekst van art. 37 IVRK roept vragen op over de toepasbaarheid ervan op vormen van vrijheidsbeneming buiten het jeugdstrafrecht. In art. 37, onder b, tweede zin, IVRK worden immers de termen ‘aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming’ gebruikt, wat lijkt te duiden op een beperkter toepassingsgebied dan het ruime begrip van vrijheidsbeneming dat in de eerste zin van art. 9 lid 1 IVBPR wordt gebruikt. Het is belangrijk om deze vraag te stellen omdat twee unieke standaarden, namelijk ‘uiterste maatregel’ en ‘voor de kortst mogelijke passende duur’ slechts worden genoemd in de context van aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming.

In *General Comment nr. 10 ‘Children’s rights in juvenile justice’* wordt beargumenteerd dat in art. 37 IVRK leidende beginselen zijn vervat die betrekking hebben op vrijheidsbeneming van *alle* kinderen.¹⁸⁷ Dit is tegelijk problematisch gelet op de nadruk die ligt op het jeugdstrafrecht in dit General Comment.¹⁸⁸ Sax is kritisch op de eenzijdige focus van het VN-Kinderrechtencomité op vrijheidsbeneming in strafrechtelijke context. Dit is in zijn ogen vooral te betreuren omdat geen enkel ander internationaal orgaan zich bezighoudt met de implementatie van standaarden die betrekking hebben op de vrijheidsbeneming van kinderen.

¹⁸⁶ Zie tevens Schabas & Sax 2006, p. 39-40 en p. 59.

¹⁸⁷ VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 10, ‘Children’s rights in juvenile justice’*, 2007, par. 78.

¹⁸⁸ Liefwaard doet dan ook de aanbeveling aan het Kinderrechtencomité om een *General Comment* uit te brengen dat exclusief gericht is op vrijheidsbeneming waarbij ook aandacht besteed moet worden aan de reikwijdte van art. 37, onder b, IVRK buiten de context van het jeugdstrafrecht (Liefwaard 2008, p. 647).

Gelet op het non-discriminatiebeginsel dat volgt uit art. 2 IVRK, zou het in juridisch opzicht twijfelachtig zijn om minderjarigen die buiten het strafrecht van hun vrijheid worden beroofd, deze twee belangrijke beginselen te onthouden. Art. 2 lid 2 IVRK stelt dat kinderen beschermd moeten worden tegen alle vormen van discriminatie op grond van omstandigheden. Een andere juridische titel onder welke vrijheidsbeneming wordt opgelegd, doet aan de ernst van vrijheidsbeneming niets af en het uiteindelijke doel van art. 37, onder b, IVRK is om onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming te voorkomen. Daarnaast geven het *last resort* beginsel en het beginsel dat vrijheidsbeneming voor de kortst mogelijke passende duur moet plaatsvinden inhoud aan de vrij abstracte eisen dat vrijheidsbeneming rechtmatig en niet in strijd met het verbod op willekeur mag zijn. Zo beschouwd, zijn beide beginselen een afgeleide van eisen die met nadruk voor alle vormen van vrijheidsbeneming gelden. Ten slotte zijn beide beginselen ook terug te vinden in bijvoorbeeld de Richtlijnen voor alternatieve zorg (par. 14). De stand is de discussie is al met al nog steeds dat het onduidelijk is of art. 37, onder b, IVRK op de gesloten jeugdhulp van toepassing is, al zou dat mijns inziens niet het geval moeten zijn.

Een verbod op onwettige en willekeurige vrijheidsbeneming

De eerste zin van art. 37, onder b, IVRK – geen enkel kind wordt op onwettige of willekeurige wijze van zijn of haar vrijheid beroofd – doet sterk denken aan art. 9 lid 1 IVBPR dat als voorbeeld heeft gediend bij het ontwerpen van art. 37 IVRK.¹⁸⁹ Door zowel onwettige of onrechtmatige (*lawfulness*) als willekeurige (*non-arbitrariness*) vrijheidsberoving te verbieden, is volgens Schabas & Sax sprake van een ‘dubbele test’ om vrijheidsbeneming te rechtvaardigen.¹⁹⁰ Aan beide eisen dient te zijn voldaan, wil sprake zijn van gerechtvaardigde vrijheidsbeneming. Wettigheid ziet op de naleving van de gronden en procedures die in het nationale recht zijn vervat (legaliteitseis) en het verbod op willekeur voegt daaraan elementen toe zoals de redelijkheid van de wet zelf en de proportionaliteit van maatregelen.¹⁹¹ Tijdens het totstandkomingsproces van art. 9 IVBPR is door sommige delegaties naar voren gebracht dat het woord ‘onwillekeurig’ een te vage betekenis zou hebben. Uit de discussie die destijds gevoerd is, blijkt dat er diverse betekenissen ontleend kunnen worden aan het woord ‘willekeurig’, zoals ‘onrechtvaardig’ of ‘zonder wettelijke grondslag’ of ‘ingaand tegen de menselijke waardigheid van een persoon’.¹⁹² Ook Nowak geeft een brede definitie van het begrip ‘willekeur’ in zijn commentaar bij art. 9 IVBPR. De grondslag voor vrijheidsbeneming moet volgens hem niet slechts vervat zijn in een nationale wet maar – en deze ele-

189 Zie voor een uitgebreid relaas betreffende de samenhang tussen art. 37, onder b, IVRK en art. 9 IVBPR: Detrick 1999, p. 629-633.

190 Schabas & Sax 2006, p. 76.

191 Schabas & Sax 2006, p. 76.

192 Detrick 1999, p. 630.

menten liggen besloten in het verbod op onwillekeurige vrijheidsbeneming – de vrijheidsbeneming zelf mag ook niet disproportioneel, onrechtvaardig of onvoorspelbaar zijn en de manier waarop iemand van zijn vrijheid wordt beroofd mag niet discriminerend zijn en moet toepasselijk en proportioneel zijn gelet op de specifieke omstandigheden van het geval.¹⁹³

Vrijheidsbeneming als uiterste middel

Vrijheidsbeneming is een uiterste middel, dit vloeit voort uit de basisvoorwaarden dat vrijheidsbeneming rechtmatig en niet willekeurig mag zijn. Het *last resort* principe kan zowel praktisch als meer juridisch geduid worden. Het praktische uitvloeisel van dit beginsel is dat er passende en effectieve alternatieven ontwikkeld moeten worden en beschikbaar moeten zijn.¹⁹⁴ Want om een principe als ‘vrijheidsbeneming als *ultimum remedium*’ te kunnen handhaven, dient sprake te zijn van een aanbod van minder verstrekkende maatregelen. Uit het aanbod van passende en effectieve maatregelen moet een keuze gemaakt worden, zonder deze keuzemogelijkheid is het *last resort* beginsel een wassen neus.

Het juridische vereiste dat voortvloeit uit dit beginsel is dat de gronden voor toepassing van vrijheidsbeneming dermate ‘nauw’ geformuleerd dienen te zijn dat het waarschijnlijk is dat het gebruik ervan beperkt is. Gronden voor vrijheidsbeneming in nationale wetgeving dienen dus nauwkeurig voor te schrijven voor welke gevallen vrijheidsbeneming van het kind de aangewezen weg is.¹⁹⁵ Concluderend verplicht het *last resort* beginsel zowel de wetgevende macht als uitvoerders in organisaties voor jeugdhulp en jeugdbescherming tot ‘smart’ geformuleerde wetgeving respectievelijk het aanbieden van alternatieven die aansluiten bij dezelfde doelgroep als waar de gesloten jeugdhulp op ziet.

Vrijheidsbeneming voor de kortst mogelijke passende duur

Het beginsel dat vrijheidsbeneming voor de kortst mogelijke passende duur moet plaatsvinden, staat in nauwe relatie tot het verbod op willekeurige vrijheidsbeneming. Nowak wijst er in zijn commentaar bij het IVBPR op dat de meeste zaken die in strijd worden geacht met art. 9 lid 1 IVBPR reeds bij aanvang van de vrijheidsbeneming onwillekeurig van karakter zijn. Desalniettemin kan vrijheidsbeneming ook een willekeurig karakter krijgen na verloop van tijd. Zo werd de duur van vrijheidsbeneming van een asielzoeker na een

¹⁹³ Nowak 2005, p. 225, par. 30.

¹⁹⁴ Zie VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 10 ‘Children’s rights in juvenile justice’*, 2007, par. 189: ‘(a)n effective package of alternatives must be available’.

¹⁹⁵ Zie Liefwaard 2008, p. 188.

periode langer dan vier jaar in de uitspraak *A. t. Australië* geacht willekeurig te zijn.¹⁹⁶

Welbeschouwd bestaat dit vereiste uit twee delen: zo kort mogelijk, maar wel passend bij de individuele jongere. Wat voor de ene jongere een te lange gesloten uithuisplaatsing is, is voor de andere jongere nodig om zich veilig te kunnen ontwikkelen. Daarmee is in dit onderdeel van het toetsingskader eenzelfde ingebouwd voorbehoud gemaakt als bij art. 20 lid 3 IVRK het geval is: institutionele zorg heeft de minste voorkeur, maar in een individueel geval kan het wel de beste keuze zijn gelet op de omstandigheden van het geval.

Het beginsel is voor het eerst geformuleerd in de context van jeugdstrafrecht in de Beijing Rules en had alleen betrekking op voorlopige hechtenis. In Rule 13.2 van de Beijing Rules (1985) staat dat:

‘(d)etention pending trial shall be used only (...) for the shortest possible period of time’.

In de Havana Rules wordt dit beginsel van toepassing geacht op alle vormen van vrijheidsbeneming.¹⁹⁷ In Rule 17(b) wordt benadrukt dat detentie ‘kort’ moet zijn. In het IVRK is het woord *possible* ingeruild voor *appropriate*. Liefwaard wijst erop dat het woord *appropriate* duidt op het belang van maatwerkgericht handelen als het gaat om het bepalen van de duur van de vrijheidsbeneming van een individuele jongere.¹⁹⁸ In de Havana Rules (1990) wordt dit beginsel op een iets andere manier geformuleerd:

‘(d)eprivation of liberty of a juvenile should be a disposition (...) for the minimum necessary period’.

Smyth legt in haar dissertatie uit dat het verbod op willekeurige detentie het meest tot uitdrukking komt in de beginselen van vrijheidsbeneming als uiterste maatregel en vrijheidsbeneming voor de kortst mogelijke passende duur:

‘...it would be impossible to show that detention was a measure of last resort if alternatives to detention for the particular individual had not be explored; and it would be impossible to show that detention was for the shortest appropriate period of time, if appropriateness was not assessed in relation to the individual. Consequently, Article 37(b) (...) requires an individualized assessment of the need for detention in each case. Since the best interests of the child is a general principle

196 Nowak 2005, p. 226-227, waarbij hij wijst op de uitspraak van het VN-Mensenrechtencomité nr. 560/1993 (*A. t. Australië*). Nowak merkt op dat ‘[a] detention which as such is lawful and non-arbitrary might become arbitrary after a certain periode of time without proper justification’ (p. 226); vgl. ook Liefwaard 2008, p. 177 en p. 197.

197 Voor de gehanteerde definitie van vrijheidsbeneming zie Rule 11(b).

198 Liefwaard (2008) vult aan met de woorden: ‘(t)he shortest appropriate period of time, in other words, must be determined in each case individually, by a competent, independent and impartial authority or judicial body’ (p. 197).

of relevance to the interpretation and application of all the rights in the Convention, including Article 37(b), the individualized assessment must encompass a best interests assessment.¹⁹⁹

Art. 37, onder b, IVRK is uiterst relevant als het gaat om de rechtsbescherming van minderjarigen voor wie een machtiging gesloten jeugdhulp verzocht wordt, naast de artikelen 5 EVRM en 9 IVBPR.

2.5.3 Artikel 5 EVRM: het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid

In art. 5 EVRM is vastgelegd dat eenieder het recht heeft op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Vrijheidsbeneming is slechts mogelijk indien die geschaard kan worden onder één van de beperkingsgronden die in het eerste lid limitatief zijn opgesomd. Persoonlijke vrijheid is het fundamentele uitgangspunt, waarop iedereen in beginsel recht heeft. Vrijheidsbeneming is daarom slechts onder strikte voorwaarden toegestaan.

Dat vrijheidsbeneming zeer restrictief moet worden toegepast, valt te lezen in de zinsstructuur van het eerste lid van art. 5 EVRM:

‘Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure’.

Macovei noemt dit ‘the presumption in favour of liberty’.²⁰⁰ Vanwege het fundamentele recht op persoonlijke vrijheid zijn mensenrechten in de context van vrijheidsbeneming erop gericht om de bevoegdheid van de overheid om te interfereren in fundamentele menselijke waarden, te begrenzen.²⁰¹ Als onderdeel van de eis van rechtmatigheid dient vrijheidsbeneming in overeenstemming te zijn met zowel het geldende nationale recht als met de tekst van art. 5 EVRM. Slechts vrijheidsbeneming die valt onder de uitzonderingsgronden genoemd in lid 1 sub a tot en met f is rechtmatig. Deze uitzonderingsgronden dienen nauw geïnterpreteerd te worden.²⁰² Het ultieme doel van art. 5 EVRM is bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming.²⁰³ Dit vereist dat in

199 Smyth 2012, p. 275-276.

200 Macovei 2002, p. 8.

201 Trechsel 2005, p. 405.

202 Zie EHRM 19 september 2003, appl. nr. 16880/08 (*Velinov t. de voormalige republiek van Macedonië*), par. 49: ‘...only a narrow interpretation of those exceptions is consistent with the aim of that provision, namely to ensure that no one is arbitrarily deprived of his liberty’. Zie ook: EHRM 25 september 2005, appl. nr. 52792/99 (*Vasileva t. Denemarken*), par. 33.

203 Het EHRM benadrukt dit vaak in haar uitspraken: ‘any deprivation of liberty ... must equally be in keeping with the very purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrary detention’ (zie bijvoorbeeld EHRM 27 juli 2006, appl. nr. 3455/05 (*Bazorkina t. Rusland*), par. 146).

geval van vrijheidsbeneming waarmee één van de doelen zoals geformuleerd in art. 5 lid 1 onder b, d of e wordt beoogd, de noodzaak ervan onderzocht en gemotiveerd moet worden.²⁰⁴ Het bevel tot vrijheidsbeneming en de tenuitvoerlegging moeten in overeenstemming zijn met het doel van de vrijheidsbeneming zoals dat in het eerste lid is geformuleerd.²⁰⁵ Ook moet er een relatie zijn tussen de grond voor vrijheidsbeneming en doel ervan: 'there must in addition be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention'.²⁰⁶ In de uitspraak *Saadi t. Verenigd Koninkrijk* is uitgewerkt hoe de proportie tussen enerzijds het recht op vrijheid en anderzijds het belang van de democratische samenleving om aan een wettelijke verplichting te voldoen, tegen elkaar afgewogen moeten worden. Bij deze afweging geldt als uitgangspunt dat vrijheidsbeneming als een uiterste maatregel moet worden gezien.²⁰⁷ De duur van de vrijheidsbeneming is een belangrijke factor in deze afweging.²⁰⁸ Deze twee overwegingen zijn de belangrijkste ijkpunten van een proportionaliteitstoets en daarmee is de jurisprudentie van het EHRM heel dicht genaderd tot art. 37, onder b, IVRK. Er lijkt in de uitspraak *Saadi t. Verenigd Koninkrijk* een dubbele proportionaliteitstoets aangelegd te worden: er moet sprake zijn van een relatie tussen de gronden (het feitencomplex oftewel de ernst van de problematiek) en het doel dat met de vrijheidsbeneming beoogd wordt. En ook het ingezette middel moet in de juiste verhouding staan tot het doel dat ermee wordt nagestreefd. Daarnaast dient het recht op vrijheid van de individu afgewogen te worden tegen het belang van het democratische samenleving.

Art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM

In het eerste lid van art. 5 EVRM is een beperkingsgrond opgenomen die specifiek is gericht op minderjarigen, te weten: 'rechtmatige detentie van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding'. Deze bepaling wordt over het algemeen geacht van toepassing te zijn op de praktijk van de gesloten jeugdhulp.²⁰⁹ Deze bepaling zal hieronder worden besproken. Andere rele-

204 EHRM 29 januari 2008, appl. nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 70.

205 EHRM 24 oktober 1979, appl. nr. 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 39; EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 50; EHRM 2001-X, appl. nr. 37555/97 (*O'Hara t. Verenigd Koninkrijk*), par. 34.

206 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 50. Zie ook: EHRM 30 juli 1998, Reports 1998-V (*Aerts t. België*), par. 46; EHRM 2005-I, appl. nr. 56529/00 (*Enhorn t. Zweden*), par. 42.

207 EHRM 29 januari 2008, appl. nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 70; Zie verder EHRM 2000-III, appl. nr. 26629/95 (*Witold Litwa t. Polen*), par. 78; EHRM 8 juni 2004, appl. nr. 40905/98 (*Hilda Hafsteinsdóttir t. IJsland*), par. 51. EHRM 2005-I, appl. nr. 56529/00 (*Enhorn t. Zweden*), par. 44.

208 ECRM 18 maart 1981, appl. nrs. 8022/77, 8025/77, 8027/77, (*McVeigh and Others t. Verenigd Koninkrijk*) par. 37-38 and 42.

209 Doek 2006, Liefwaard 2008a & Bruning & Liefwaard 2009.

vante leden van art. 5 EVRM, met name het vierde en vijfde lid, zullen worden besproken in de paragraaf over procedurele rechten.

De totstandkoming van art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM

Tijdens de ontwerpfase van art. 5 EVRM (vanaf augustus 1949 tot en met eind 1950), veranderde de tekst van lid 1, aanhef en onder d, van art. 5 EVRM meerdere malen. In de eerste versie waren de beperkingsgronden voor vrijheidsbeneming uit het eerste lid nog niet opgenomen, maar werd gesproken over '...arrest, detention, exile, and other measures' als categorieën waaronder vrijheidsbeneming is toegestaan.²¹⁰ De afgevaardigden van Australië, Denemarken, Frankrijk, Libanon en Verenigd Koninkrijk deden een nieuw tekstvoorstel omdat zij de behoefte voelden om een meer specifieke tekst op te stellen, mede omdat het woordje *arbitrary* op zoveel verschillende manieren opgevat kan worden en het EVRM op deze manier een effectiever instrument ter bescherming van mensenrechten zou kunnen zijn. Hun tekstvoorstel voor het eerste lid, onder d, luidde als volgt: 'the lawful detention of (...) minors, by lawful order, for the purpose of educational surveillance'.²¹¹ Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 5 EVRM blijkt verder niet dat er enige discussie is geweest over het toevoegen van een specifieke bepaling voor minderjarigen. Wel werd het woordje *surveillance* later vervangen door 'for the purpose of educational supervision'. Nog weer later in de ontwerpfase werd door de afgevaardigde delegatie uit het Verenigd Koninkrijk ingebracht dat de tekst van art. 5 lid 1 sub c EVRM nog onvoldoende soelaas bood aan minderjarigen die zich weliswaar niet schuldig maken aan het plegen van een strafbaar feit maar die opgesloten moeten worden met het doel hen uit een gevaarlijke omgeving weg te halen. In dergelijke zaken is het volgens de delegatie vaak belangrijk dat een kind acuut weggehaald kan worden en dan is er vaak geen tijd om de minderjarige eerst voor de rechter te brengen. Daarom werd de volgende tekst voorgesteld: '... or their lawful detention for the purpose of bringing them before the competent legal authority'.²¹² Blijkbaar is een gevaarlijke omgeving (*harmful surroundings*) niet alleen voldoende reden om een kind uit huis te plaatsen, maar zelfs om een kind gesloten te plaatsen, zonder een rechterlijke machtiging daartoe af te wachten. De rationale achter de uitzonderingsgrond zoals die in het eerste lid, onder d uiteindelijk is geformuleerd, blijkt niet heel duidelijk uit de ontwerpgeschiedenis. Wel is interessant wat

210 Raad van Europa, European Commission of Human Rights, *Preparatory work on article 5 of the European Convention on Human Rights*, DH (56) 10 Or. Fr. Straatsburg 8 augustus 1956, p. 4.

211 Raad van Europa, European Commission of Human Rights, *Preparatory work on article 5 of the European Convention on Human Rights*, DH (56) 10 Or. Fr. Straatsburg 8 augustus 1956, p. 7.

212 Raad van Europa, European Commission of Human Rights, *Preparatory work on article 5 of the European Convention on Human Rights*, DH (56) 10 Or. Fr. Straatsburg 8 augustus 1956, p. 20-21.

door de Zweedse delegatie werd voorgesteld aangaande een uitbreiding van de beperkingsgronden van het eerste lid van art. 5 EVRM:

‘... the right of signatory States to take the necessary measures for combating vagrancy and drunkenness or to ensure respect of obligations to pay alimony costs; the Committee had no doubt that this could be agreed to since such restrictions were justified by the requirements of public morality and order.’²¹³

Alhoewel hier niet op minderjarigen wordt gedoeld, geeft deze overweging wel de tijdgeest weer van de vroege jaren 50. Het weghalen van kinderen uit gevaarlijke situaties om hen te kunnen opsluiten, past daar wellicht bij. Het kinderrechtendiscours was in die tijd nog ver weg. Ook het gebruik van *surveillance* in de eerste ontwerpfase duidt daar wellicht op. We kunnen concluderen dat een paternalistische visie op opvoeding ten grondslag ligt aan de tekst van het eerste lid, aanhef en onder d van art. 5 EVRM. Maar het is maar de vraag in hoeverre de wetsgeschiedenis medebepalend is voor de betekenis die vandaag de dag aan het EVRM gehecht kan worden.²¹⁴

In de jurisprudentie van Europees Hof is de betekenis van deze bepaling verder ingevuld en aangescherpt. Deze zal nu worden besproken.

De betekenis van ‘minderjarige’ in art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM

Art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM is de enige bepaling over vrijheidsbeneming waarin minderjarigen expliciet worden genoemd.²¹⁵ Wat precies moet worden verstaan onder ‘minderjarige’ in de context van art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM heeft het Europees Hof toegelicht in *Koniarska t. Verenigd Koninkrijk*. Uit deze uitspraak volgt dat *educational supervision* niet ophoudt als de leerplichtige leeftijd voorbij is (in Engeland was dat destijds 16 jaar). Het Europees Hof gaf aan dat ieder persoon onder de 18 jaar als *minor* beschouwd dient te worden: ‘(t)he applicant was under the age of 18, and therefore a minor’.²¹⁶ Het Europees Hof sloot hiermee aan bij de leeftijdsgrens uit art. 1 IVRK waarin staat dat ieder mens jonger dan 18 jaar als kind aangemerkt wordt, tenzij volgens het op een kind van toepassing zijnde recht de

213 Raad van Europa, European Commission of Human Rights, *Preparatory work on article 5 of the European Convention on Human Rights*, DH (56) 10 Or. Fr. Straatsburg 8 augustus 1956, p. 12-13. Deze visie wordt uiteindelijk verwerkt in het eerste lid, onder e, art. 5 EVRM.

214 Gerards (2015) merkt op dat de *travaux préparatoires* slechts ‘een beperkt richtsnoer vormen bij het geven van betekenis aan de EVRM-rechten, al is het maar omdat ze inmiddels door de feiten zijn achterhaald’ (p. 47 en voetnoot 2).

215 Overigens sluit dit niet uit dat andere gronden op kinderen van toepassing zouden kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld lid 1 onder a en c (zie Liefwaard 2008, p. 120).

216 EHRM 12 oktober 2000, appl. nr. 33670/96 (*Koniarska t. Verenigd Koninkrijk*), p. 6.

meerderjarigheid eerder wordt bereikt.²¹⁷ White & Ovey leiden uit de uitspraak *Koniarska t. Verenigd Koninkrijk* af dat “‘minor” is to be given an autonomous meaning under the Convention, independent of the age of majority under national law’.²¹⁸ Dat er in deze verdragsbepaling is gekozen voor het expliciet noemen van de minderjarige, geeft wel aan dat deze bepaling exclusief op deze groep gericht is en geen ruimte laat voor het van toepassing verklaren van deze uitzonderingsgrond voor volwassenen.

Vrijheidsbeneming ‘met het doel toe te zien op de opvoeding’ nader bekeken

Art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM biedt de grondslag om een minderjarige zijn vrijheid te ontnemen met het doel toe te zien op zijn opvoeding. Trechsel karakteriseert de term *educational* als ‘the purpose of exercising, by the application of pedagogical methods, a beneficial influence on the development of the minor’.²¹⁹ Van Dijk e.a. geven enkele voorbeelden die kunnen leiden tot opsluiting op grond van art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM:

‘(i)t is then required that it may reasonably be assumed that the development or the health of the minor is seriously endangered – for instance in the case of drug addiction and/or prostitution – or that he is being ill-treated’.²²⁰

Wat niet als een legitiem opvoedingsdoel werd gezien waarvoor vrijheidsbeneming noodzakelijk was, bleek uit de uitspraak *P. & S. t. Polen* van het Europees Hof. Het verzet van een minderjarige aanstaande moeder tegen het uitvoeren van een abortus kon in geen geval reden zijn om haar op te sluiten met het doel om toe te zien op de opvoeding. In dat geval liggen minder drastische maatregelen dan vrijheidsbeneming voor de hand, aldus het hof.²²¹

Wat *educational supervision* dan wél inhoudt, blijft tamelijk vaag. In *Koniarska t. Verenigd Koninkrijk* heeft het Europees Hof uitgelegd wat het in ieder geval niet betekent: ‘the words “educational supervision” must not be equated rigidly with notions of classroom teaching (...)’ en het hof vervolgt met:

‘in the context of a young person in local authority care, educational supervision must embrace many aspects of the exercise, by the local authority, of parental rights for the benefit and protection of the person concerned’.²²²

217 Zie ook Commentaar op het EU-Handvest 2006, p. 72. Trechsel (2005) wijst erop dat de Recommendation van de Raad van Ministers *on the lowering of the age of full legal capacity*, waarin wordt aanbevolen om de meerderjarigheidsgrens te verlagen van 21 naar 18 jaar, in geen geval bindende waarde heeft voor het Europees Hof (p. 445).

218 White & Ovey 2010, p. 229.

219 Trechsel 2005, p. 446.

220 Van Dijk e.a. 2006, p. 475.

221 EHRM 30 oktober 2012, appl. nr. 37575/08 (*P. en S. t. Polen*), par. 148.

222 EHRM 12 oktober 2000, appl. nr. 33670/96 (*Koniarska t. Verenigd Koninkrijk*).

Het begrip ‘opvoeding’ uit art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM, beperkt zich dus niet tot onderwijs op school maar omvat vele aspecten van het ouderlijk gezag of het gezag van de lokale overheid. De uitspraak *Koniarska t. Verenigd Koninkrijk* maakt duidelijk dat de lokale overheid het ouderlijk gezag als het ware kan overnemen.

In de zaak *Bouamar t. België* faalde de overheid volgens het Europees Hof als het ging om het realiseren van pedagogische doelstellingen die met de detentie werden beoogd:

‘(t)he detention of a young man in a remand prison in conditions of virtual isolation and without the assistance of staff with educational training cannot be regarded as furthering any educational aim’.²²³

Er dient dus sprake te zijn van pedagogisch geschoold personeel en het is strijdig met het opvoedingsdoel zoals dat in art. 5 lid 1, aanhef en sub d EVRM bedoeld wordt, om een minderjarige praktisch de hele periode op te sluiten in zijn kamer (*virtual isolation*). Rule 26 van de Beijing Rules, die overigens niet is aangehaald door het Europees Hof, geeft handvatten voor hoe een verblijf dat gericht is op het behalen van opvoedkundige doelstellingen, eruit ziet. Het eerste en tweede lid luiden als volgt:

‘Rule 26.1: The objective of training and treatment of juveniles placed in institutions is to provide care, protection, education and vocational skills, with a view to assisting them to assume socially constructive and productive roles in society.
Rule 26.2: Juveniles in institutions shall receive care, protection and all necessary assistance – social, educational, vocational, psychological, medical and physical – that they may require because of their age, sex, and personality and in the interest of their wholesome development.’

In het Commentaar bij deze bepaling wordt uitdrukkelijk gewezen op het grote belang van medische en psychologische zorg voor jongeren die te kampen hebben met verslavingsproblematiek, gedragsproblematiek en psychiatrische problematiek.²²⁴ Gewezen zij op de uitdrukking *wholesome development*. Dit sluit tevens aan bij de uitspraak inzake *Koniarska t. Verenigd Koninkrijk* waarin is vast komen te staan dat opsluiting op opvoedkundige gronden méér inhoudt dan *notions of classroom teaching*.²²⁵

223 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 52.

224 In Rule 26.4 van de Beijing Rules wordt gewezen op de speciale zorg die meisjes nodig hebben. In geen geval mogen meisjes minder hulp en zorg ontvangen dan jongens in gesloten instellingen: ‘their fair treatment should be ensured’.

225 EHRM 12 oktober 2000, appl. nr. 33670/96 (*Koniarska t. Verenigd Koninkrijk*).

Toezicht op de opvoeding: een gerechtvaardigd doel voor vrijheidsbeneming?

Opsluiting voor opvoedkundige doeleinden klinkt als een *contradictio in terminis*. Uit de *Bouamar*-zaak volgt dat indien de Staat kinderen wil opsluiten voor opvoedkundige doeleinden, het voor de rekening van de Staat komt om zorg te dragen voor geschikte pedagogische instellingen en toezicht daarop (zie tevens art. 20 lid 3 IVRK, art. 3 IVRK en art. 24, tweede lid, EU-Handvest). Trechsel vindt het zonder meer gerechtvaardigd dat opsluiting met het doel toe te zien op de opvoeding is opgenomen in art. 5 EVRM:

‘(t)hat it (...) may be justified and even necessary without any connection to criminal behaviour is self-evident’.

Van Bueren steekt kritischer in als het gaat om de rationale van art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM. Volgens haar contrasteert deze bepaling met zowel het IVRK als het IVBPR.²²⁶ Ze beschouwt het als een inherente paradox dat het EVRM enerzijds de mensenrechten beoogt te beschermen en anderzijds een speciale rechtsgrond in het leven roept, die vrijheidsbeneming specifiek voor kinderen mogelijk maakt.²²⁷ Ze wijst hierbij op een uitspraak van het constitutionele hof van Roemenië waarin is beslist dat art. 5 lid 1, aanhef en sub d EVRM alleen van toepassing is op kinderen die strafrechtelijke verantwoordelijkheid kunnen dragen. Onder deze minimumleeftijdsgrens die gold voor het jeugdstrafrecht werd toepassing van deze bepaling niet mogelijk geacht.²²⁸ Liefwaard wijst er op dat geen enkel ander internationaal of regionaal mensenrechtendocument voorziet in een specifieke bepaling voor vrijheidsbeneming als vorm van alternatieve zorg. Hieruit zou men kunnen afleiden dat vrijheidsbeneming voor dit doel door anderen als ongeschikt wordt geacht. Maar Liefwaard achter het aannemelijker dat deze vorm van vrijheidsbeneming door anderen niet wordt verboden zolang ze rechtmatig en niet arbitrair wordt toegepast.²²⁹

Mijns inziens getuigt Trechsels visie van realiteitszin, voor zover zijn opmerking is gemaakt in het besef dat ook buiten de strafrechtelijke context de omstandigheden ertoe kunnen nopen om voor hele zware maatregelen te kiezen. Tegelijkertijd wijst Van Bueren niet zonder reden op de tegenstrijdigheid van een speciale rechtsgrond op basis waarvan kinderen van hun vrijheid beroofd kunnen worden. Hoewel art. 5 EVRM beoogt te garanderen dat de

226 Van Bueren ageert voornamelijk tegen het discriminatoire karakter dat volgens haar uit art. 5 lid 1 sub d EVRM spreekt: ‘...it cannot be in the best interests of the child if the initial period of deprivation of liberty which is allowed to go unchallenged is longer than that applicable to adults undergoing criminal procedures’ (1992, p. 389). In de *Bouamar*-uitspraak ging het Europees Hof niet mee met de argumentatie dat sprake was van discriminatie (par. 94).

227 Van Bueren 2007, p. 95 e.v.

228 Official Gazette, 264/09.06.1999; zie ook Van Bueren 2007, p. 95.

229 Liefwaard 2008, p. 145.

genoemde uitzonderingsgronden in het eerste lid gebonden zijn aan de eis van rechtmatigheid, is er wél een rechtsgrond in het leven geroepen die vanwege de vage formulering wellicht uitnodigt tot bovenmatig gebruik ervan.

Het doel van art. 5, lid 1, aanhef en onder d, EVRM in relatie tot jeugdcriminaliteit: een quasi-strafrechtelijke plaatsing

Vrijheidsbeneming is in het eerste lid, onder d, nadrukkelijk buiten de strafrechtelijke context geplaatst.²³⁰ Toch is de link met crimineel gedrag en vrijheidsbeneming voor opvoedkundige doeleinden snel gelegd. Mijnarends bijvoorbeeld, noemt de *Bouamar*-zaak een geval van oneigenlijk gebruik van het jeugdstrafrecht. Preventieve hechtenis werd ingezet (en meerdere malen verlengd) om te voorkomen dat Bouamar zou afglijden naar het criminele circuit.²³¹ Kilkelly wijst erop dat deze bepaling blijkt geeft van het belang om kinderen buiten een strafrechtelijke procedure te houden.²³² Met andere woorden kan door deze bepaling *diversion* bevorderd worden. Deze bepaling schept tevens een verplichting voor overheden om te zorgen voor geschikte instellingen waar ook kinderen die met het strafrecht in aanraking komen worden opgevoed. Moet de mogelijkheid tot *educational supervision* dan gezien worden als een beschermingsmaatregel om (verder) crimineel gedrag te voorkomen? EU-experts achten dit mogelijk, zo valt te lezen in hun commentaar bij het EU-Handvest:

‘(e)ducational supervision may be imposed on minors for the purpose of juvenile justice or for the social welfare of the child, for instance when the child is separated from his or her parents for reasons of abuse or neglect, as provided for in Article 9 CRC’.²³³

Ook Van Bueren ziet een direct verband tussen het opleggen van vrijheidsbeneming op grond van art. 5 lid 1 sub d EVRM het en het voorkomen van crimineel gedrag:

‘(t)he justification for Article 5, paragraph 1.d, which allows a state to deprive a child of liberty for the purposes of educational supervision, is that it provides an

230 White en Ovey (2010) merken op dat ‘[t]he paragraph thus clearly authorizes the exercise of the jurisdiction of juvenile courts in non-criminal cases’ (p. 228).

231 Mijnarends 1999, p. 174.

232 Kilkelly 2004, p. 89.

233 In het commentaar bij het EU-Handvest wordt aangenomen dat de rechten van art. 6 corresponderen met de rechten die in art. 5 van het EVRM zijn gewaarborgd en overeenkomstig art. 52, derde lid, van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte hebben. De algemene beperkingsclausule zoals die te vinden in art. 52, eerste lid, EU-Handvest is daarom ook niet van toepassing op art. 6 EU-Handvest. (Commentaar op het EU-Handvest 2006, p. 68)

opportunity for diversion, diverting a child away from formal criminal justice provisions'.²³⁴

Van Bueren wijst op het gevaar van misbruik van deze bepaling omdat deze niet is geplaatst in de context van *diversionary procedures* en omdat het EVRM niet, zoals het IVRK, de bepaling kent dat vrijheidsbeneming als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur toegepast dient te worden. Kilkelly ziet deze twee bepalingen meer als communicerende vaten; ze schrijft dat art. 5 lid 1, aanhef sub d, EVRM, geïnterpreteerd moet worden in het licht van art. 37 IVRK, met name het vereiste dat vrijheidsbeneming als uiterste maatregel wordt gehanteerd en voor de kortst mogelijke passende duur (art. 37, onder b, IVRK).²³⁵

De scheidslijn tussen laakbaar gedrag en strafbaar gedrag is uiterst dun. Zo dun, dat dit onderscheid geen reden vormt om een duidelijke grens te trekken en de minimumwaarborgen voor vrijheidsbeneming slechts te reserveren voor kinderen die strafbare feiten hebben begaan. Een goed voorbeeld vormen de Beijing Rules die ook van toepassing zijn op 'juveniles who may be proceeded against for any specific behaviour that would not be punishable if committed by an adult' (Rule 3.3).²³⁶ In het commentaar bij deze bepaling wordt opgemerkt dat:

'the so-called 'status offences' prescribed in various national legal systems where the range of behaviour considered to be an offence is wider for juveniles than it is for adults (for example: truancy, school and family disobedience, public drunkenness, etc.)'.

Alhoewel 'status offences' geen rol spelen in het Nederlandse rechtssysteem, is deze bepaling direct relevant voor jongeren die met gesloten jeugdhulp in aanraking komen. Men name spijbelen en ongehoorzaamheid thuis en op school is probleemgedrag dat vaak wordt teruggelezen in dossiers van kinderen die in een instelling voor gesloten jeugdhulp worden geplaatst. 'Lastige' kinderen zijn goeddeels onzichtbaar binnen internationale kaders. Impliciet wordt er bijvoorbeeld wel aan gerefereerd in par. 116 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg waarin wordt bepaald dat professionals werkzaam in alterna-

²³⁴ Van Bueren 2007, p. 95.

²³⁵ Kilkelly 2004, p. 89. Dit sluit ook aan bij EHRM 29 januari 2008, appl. nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 70.

²³⁶ Rule 3.1 van Beijing Rules. De Beijing Rules stellen minimumeisen aan het systeem van het jeugdstrafrecht. Het jeugdstrafrechtssysteem is gericht op resocialisatie en heeft een pedagogische grondslag: '...to develop conditions that will ensure for the juvenile a meaningful life in the community, which, during that period in life when she or he is most susceptible to deviant behaviour, will foster a process of personal development and education that is as free from crime and delinquency as possible' (Rule 1.2). Het jeugdstrafrechtssysteem behoort ingebed te zijn in een 'comprehensive framework of social justice for all juveniles' (Rule 1.4).

tieve zorg getraind moeten worden om te kunnen omgaan met ‘challenging behaviour, including conflict resolution techniques and means to prevent acts of harm or self-harm, should be provided to all care staff employed by agencies and facilities’.

Op 23 maart 2016 oordeelde het Europees Hof in de zaak *Blokhin t. Rusland* dat onder andere art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM, was geschonden.²³⁷ De 12-jarige Blokhin was in 2005 gedurende 30 dagen van zijn vrijheid beroofd²³⁸ in een tijdelijk detentiecentrum. Volgens Rusland strookte het doel van deze plaatsing met het doel zoals dat in art. 5, eerste lid, onder d, EVRM, omschreven is. Maar het hof oordeelde dat in casu sprake was van een tijdelijke plaatsing totdat een permanente oplossing was gevonden – het doel van een dergelijke plaatsing stond ook als zodanig omschreven in de Russische ‘Minors Act’ – en niet dat er sprake was van een plaatsing met als doel toe te zien op de opvoeding. Onder verwijzing naar de uitspraak *A. e.a. t. Bulgarije*, onderstreepte het hof dat gesloten plaatsing geldt als ‘a separate and long-term measure intended to try to help minors with serious problems’.²³⁹ Daar voegde het hof aan toe dat het in deze zaak:

‘failed to see how any meaningful educational supervision, to change a minor’s behaviour and offer him or her appropriate treatment and rehabilitation, could be provided during a maximum periode of 30 days’ (par. 169).

Alhoewel er in het detentiecentrum sprake was geweest van enige scholing, stond volgens het Hof het disciplinaire regime voorop (par. 170).²⁴⁰ Ten slotte woog het hof ook mee dat nationale rechters het doel van de plaatsing niet hadden omschreven als in de termen van art. 5, eerste lid, onder d, EVRM, maar als *behaviour correction* en het voorkomen van het plegen van delicten, wat veeleer tot de doelen van het jeugdstrafrecht gerekend wordt (par. 171). Deze quasi-strafrechtelijke plaatsing viel ook niet binnen de reikwijdte van één van de andere gronden uit art. 5, eerste lid, EVRM, waarmee de vrijheidsberoving gerechtvaardigd kon worden.

Wat heeft deze uitspraak ons te zeggen met het oog op de Nederlandse wettelijke regeling voor de gesloten jeugdhulp en de toepassing daarvan? Ten eerste dat vrijheidsbeneming met als doel toe te zien op de opvoeding slechts

237 EHRM 23 maart 2016, appl. nr. 47152/06 (*Blokhin t. Rusland*). Ook oordeelde het hof dat art. 3 EVRM en art. 6, eerste en derde lid, EVRM, waren geschonden.

238 ‘the centre was closed and guarded, with twenty-four-hour surveillance of inmates to ensure that they did not leave the premises without authorisation, and with a disciplinary regime enforced by a duty squad’ (par. 164, 71 en 72).

239 EHRM 29 november 2011, appl. nr. 51776/08 (*A. e.a. t. Bulgarije*), par. 66-74.

240 Ten overvloede verwijst het hof naar de *European Rules for juvenile offenders subject to sanctions and measures*, de Richtlijnen kindvriendelijke procedures, de Beijing Rules en de Havana Rules om te benadrukken dat de schoolcarrière van kinderen in detentie niet onder de omstandigheden mag lijden: er mogen geen gaten in de opleiding van het kind vallen (par. 170).

gerechtvaardigd is wanneer sprake is van ‘*meaningful*’ *educational supervision*, gericht op kinderen met zeer zware problematiek. Daarnaast achtte het hof het zeer problematisch dat het wettelijk omschreven doel van de plaatsing in een tijdelijk detentiecentrum niet overeenkwam met het doel dat in art. 5 lid 1, aanhef en onder d, besloten ligt. Deze uitspraak laat ook zien dat vrijheidsbeneming puur als correctiemiddel en ter voorkoming van crimineel gedrag niet valt binnen de reikwijdte van art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM. Tevens hechtte het hof waarde aan de wijze waarop de nationale rechter het doel van een gesloten plaatsing verwoordde, het gaat dus niet slechts om de wettelijke regeling maar zeker ook om de toepassing ervan.

Art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM, laat ruimte voor gevallen waarin niet onmiddellijk een plek in een gesloten jeugdhulpinstelling gevonden kan worden en een tijdelijke vrijheidsbenemende maatregel getroffen wordt (die dan wel zo snel mogelijk gevolgd dient te worden door een plaatsing in een voor de jeugdige geschikte jeugdhulpinstelling).²⁴¹ In de zaak *Blokhin t. Rusland* daarentegen, was geen sprake van een tijdelijke vrijheidsbenemende maatregel met als doel om zo spoedig mogelijk een plaatsing in een geschikte jeugdhulpinstelling te realiseren, maar had de plaatsing het karakter van een correctiemaatregel, bedoeld voor een jongen voor wie een strafrechtelijk onderzoek was gestart maar die vanwege zijn leeftijd niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kon worden en op deze manier toch vastgezet kon worden. De Russische autoriteiten werden, met andere woorden, geacht gefaald te hebben in het nastreven van een pedagogisch, hulpverlenend doel op de langere termijn. Deze uitspraak laat zien dat hoge eisen gesteld worden aan het pedagogische doel dat met een vrijheidsbenemende maatregel wordt nagestreefd. Het gevaar dreigt dat een verhullende correctiemaatregel wordt aangezien voor een opvoedkundige maatregel. Oneigenlijke vermenging van het doel dat met gesloten jeugdhulp wordt nagestreefd met jeugdstrafrechtsdoelen ligt maar al te gemakkelijk op de loer, zo laat deze uitspraak zien.

Opsluiting als interim maatregel in het licht van art. 5, eerste lid, aanhef en onder d, EVRM

Art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM, schept ruimte om een minderjarige zijn vrijheid te benemen gedurende een bepaalde tijd waarin de jongere wacht op een passende behandelplek. Dit bleek reeds uit de uitspraak *X. t. Zwitserland* van de Europese Commissie waarin de opsluiting voor de duur van 8 maanden in een observatiekliniek (ten einde de juiste behandelplek te kunnen vaststellen) niet als onrechtmatig werd beschouwd.²⁴² Ook in *Bouamar t. België* besliste

241 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*) par. 50 en 52; EHRM 16 mei 2002, appl. nr. 39474/98 (*D.G. t. Ierland*), par. 78.

242 ECRM 14 december 1979, appl. nr. 8500/79 (*X. t. Zwitserland*). Trechsel (2005) beoordeelt dit als een verregaand besluit. Maar hij voegt er wel aan toe dat ‘(i)t must, however, be accepted that the observation may not only have been necessary to find out what the best

het Europees Hof dat 'the confinement of a juvenile in a remand prison does not necessarily contravene sub-paragraph (d), even if it is not in itself such as to provide for the person's 'educational supervision'. Het hof voegt daar nog aan toe dat 'the placement does not necessarily have to be an immediate one'. Alhoewel onmiddellijke plaatsing in een behandelsetting geen vereiste is, eiste het hof wel dat:

'the imprisonment must be speedily followed by actual application of such a regime in a setting (open or closed) designed and with sufficient resources of the purpose'.²⁴³

Vrijheidsbeneming op grond van art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM is alleen rechtmatig wanneer strikte termijnen gehanteerd worden. In het geval van *Bouamar* gaat het om vrijheidsbeneming van 119 dagen binnen een periode van 291 dagen, waarbij negen keer een detentie van maximaal 15 dagen werd opgelegd.²⁴⁴ Het Europees Hof merkt dit aan als 'fruitless repetition [which] had the effect of making them less and less 'lawful' under sub-paragraph (d)...'.²⁴⁵ Naarmate de tijd in een vrijheidsbenemende setting verstrijkt, moet men met sterkere argumenten komen om aan te kunnen tonen dat vrijheidsbeneming rechtmatig is (op de overheid komt een steeds zwaardere bewijslast te liggen).

In de zaak *D.G. t. Ierland* deed de Ierse overheid een tevergeefs beroep op de rechtvaardigingsgrond uit art. 5, lid 1, aanhef en onder d, EVRM. De detentie van D.G. kon niet worden aangemerkt als 'educational supervision', mede doordat er geen uitzicht was op een passende plek waar D.G. wel behandeld kon worden: '(t)he Court does not find that the applicant's detention in June and July 1997 in St Patrick's can be considered to have been an interim custody measure preliminary to a regime of supervised education'.²⁴⁶

Een beroep op art. 5 lid 1 sub d EVRM in een geval waarin een periode van vrijheidsbeneming wordt ingezet in afwachting van een behandelplek, is dus slechts gerechtvaardigd wanneer het uitzicht op een dergelijke plek reëel is en op korte termijn gerealiseerd kan worden.

Positieve verplichtingen voor de overheid (afgeleid van art. 5 lid 1 sub d EVRM)

In *Bouamar t. België* geeft het hof er blijk van dat ingevolge art. 5 lid 1 sub d EVRM een positieve verplichting op de overheid rust om een behandelsetting te creëren die tegemoet komt aan het opvoedingsdoel dat is gesteld. Met andere woorden, de wijze van tenuitvoerlegging moet in het verlengde liggen

method of education might be, but would have also had in itself an educational effect or goal' (p. 446).

243 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 50.

244 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 51.

245 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 53.

246 EHRM 16 mei 2002, appl. nr. 39474/98 (*D.G. t. Ierland*), par. 84.

van de opvoedingsdoelstelling die in art. 5, eerste lid, onder d, EVRM centraal staat. Het oordeel over de kwaliteit van het verblijf is hierbij essentieel. Doel van Bouamars verblijf was volgens de Belgische overheid tweeledig: het volgen van een educatief programma en een beter inzicht verkrijgen in zijn persoonlijkheid. Het hof oordeelde vervolgens dat in de instelling waarin Bouamar verbleef, geen sprake was van het werken aan deze doelen:

‘(t)he Belgian system chose the system of educational supervision with a view to carrying out its policy on juvenile delinquency. Consequently it was under an obligation to put in place appropriate objectives of the 1965 Act, in order to be able to satisfy the requirements of Article 5 § 1 (d) of the Convention (...) Nothing in the evidence, however shows that this was the case.’

Het Europees Hof noemde twee argumenten waarom er geen sprake was van ‘a system of educational supervision’: deze jongen bevond zich in ‘conditions of virtual isolation’ en ten tweede ontbrak het aan pedagogisch geschoold personeel.²⁴⁷ Als de overheid ervoor kiest om een gesloten instelling te openen waar ‘highly disturbed juveniles’ geplaatst kunnen worden, legt de overheid zich bepaalde verplichtingen op, namelijk:

‘an obligation to put in place appropriate institutional facilities which met the demands of security and the educational objectives...’ (par. 52).

Hiervan is in ieder geval geen sprake als een jongere zijn dagen praktisch geïsoleerd doorbrengt en pedagogisch geschoold personeel ontbreekt. Het hof bepaalde dan ook dat de Belgische overheid haar verplichtingen jegens *Bouamar* niet is nagekomen en dat daarmee art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM is geschonden. Van Bueren wijst erop dat de *Bouamar*-uitspraak dateert uit de tijd dat nieuwe internationale kinderrechtenstandaarden zoals de Beijing Rules nog niet waren aangenomen.²⁴⁸ In de latere uitspraak *D.G. t. Ierland* (2005) werkt het Europees Hof verder uit wat ‘appropriate institutional facilities’ zijn (of liever gezegd: wanneer een instelling niet aan dat criterium voldoet):

‘[St. Patrick] was a penal institution and the applicant was subjected to its disciplinary regime. The educational and other recreation services were entirely voluntary and the applicant’s history was demonstrative of an unwillingness to cooperate with the authorities: indeed the Government accepts that he did not avail himself of the educational facilities. There is no entry in the applicant’s “prison” file, in the medical or psychiatric reports submitted or any specific submission by the Government detailing any instruction received by the applicant during his detention

247 EHRM 29 februari 1988, appl. nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 52.

248 Van Bueren 1992, p. 390. Deze zaak zou volgens haar mogelijkerwijs nog baat hebben gehad bij de Beijing Rules omdat het gebruik van instellingen daarin wordt voorgesteld als het minst te prefereren alternatief.

in St Patrick's. The only indication of his participation in recreational activities is a brief reference to his playing football in a medical report (see paragraph 43 above). Most importantly, the High Court itself was convinced that St Patrick's could not guarantee his constitutional educational rights or provide the special care he required.'

In de uitspraak *Ichin e.a. t. Oekraïne* wordt de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming van twee jongens betwist.²⁴⁹ Op eigen initiatief onderzocht het Europees Hof of de rechtvaardigingsgrond uit art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM wellicht van toepassing zou kunnen zijn (nadat een beroep op art. 5 lid 1 sub c EVRM niet van toepassing werd geacht omdat er geen uitzicht was op een proces en er geen strafrechtelijk onderzoek plaatsvond; er was niet eens een aanklacht opgesteld). Het Europees Hof was van mening dat geen sprake kan zijn van een rechtmatige toepassing van art. 5 lid 1 sub d EVRM omdat de instelling waar de twee jongens verbleven niet omschreven kon worden als een instelling waar als doelstelling wordt nagestreefd om kinderen op te voeden. De instelling was daarentegen puur gericht op tijdelijke afzondering en het werd niet voldoende duidelijk welke onderwijskundige activiteiten ontplooid zijn. Daarentegen was alles in de inrichting erop gericht om gegevens voor het strafrechtelijke onderzoek te verzamelen. Daarnaast is niet eens door de overheid naar voren gebracht dat deze jongens gesloten geplaatst waren met het doel om toe te zien op hun opvoeding. Ook bleek niet uit het persoonlijk dossier van de jongens dat zij participeerden in onderwijskundige activiteiten.

Uit de uitspraken *D.G. t. Ierland* en *Ichin e.a. t. Oekraïne* blijkt dat het niet genoeg is om aan te kunnen tonen dat in een instelling een pedagogisch leefklimaat heerst en dat er activiteiten worden aangeboden die gericht zijn op de ontwikkeling van jongeren. Er moet aangetoond kunnen worden dat de minderjarige ook daadwerkelijk aan deze activiteiten heeft deelgenomen (zie tevens art. 20 lid 3 IVRK).

Ten slotte hebben Staten de positieve verplichting ervoor te zorgen dat wetgeving voorziet in een breed scala aan passende alternatieven, alvorens naar het zwaarste middel van vrijheidsberoving te grijpen.²⁵⁰ (par. 73). Deze redenering is ook terug te vinden in *D.L. t. Bulgarije*.²⁵¹ (par. 79-80).

De reikwijdte van art. 5 EVRM en vrijheidsbeneming op instigatie van ouders
Zoals gezegd staat in art. 5 EVRM bescherming tegen onrechtmatige of willekeurige vrijheidsbeneming door de overheid centraal. Niettemin kwam in de zaak *Nielsen t. Denemarken* de vraag voor te liggen of vrijheidsbeneming op instigatie

249 EHRM 21 maart 2011, appl. nrs. 28189/04 en 28192/04 (*Ichin e.a. t. Oekraïne*).

250 EHRM 29 november 2011, nr. 51776/08 (*A. e.a. t. Bulgarije*), par. 72.

251 EHRM 19 mei 2016, appl. nr. 7472/14 (*D.L. t. Bulgarije*), EHRC 2016/208, m.nt. M.P. de Jong-de Kruijf, par. 79-80.

van de moeder ook onder de rechtsbescherming van art. 5 EVRM viel, mede gelet op de omvang van de rol die de overheid speelde bij de gesloten plaatsing van de minderjarige in kwestie.²⁵²

Is sprake van een coherente visie op de waarde die moet worden toegekend aan de mening van ouders over de noodzaak van een uithuisplaatsing? Nogal cryptisch staat in art. 9 lid 1 IVRK geschreven dat de overheid moet waarborgen 'dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders *tegen hun wil*'. Uit de ontstaansgeschiedenis van het IVRK wordt duidelijk dat hiermee vooral wordt gedoeld op de wil van de ouders,²⁵³ maar helemaal duidelijk is het niet. De gebruikte meervoudsvorm kan duiden op de wil van de ouders of de wil van de ouders en het kind samen, maar waarschijnlijk niet op de wil van het kind alleen.²⁵⁴ Doek vermoedt op basis van de *Travaux Préparatoires* dat de overheid moet voorzien in een adequate remedie voor het kind als het kind als gevolg van een beslissing van zijn of haar ouders uit huis geplaatst wordt. Hij noemt het aanbieden van de mogelijkheid om *mediation* in te zetten of de mogelijkheid om de beslissing van de ouders bij de rechter te toetsen (de jongere heeft dan een eigen rechtsingang nodig).²⁵⁵ In *B.H. t. Noorwegen* stelde de Europese Commissie zich zeer terughoudend op om de plaatsingsbeslissing te toetsen aan de eisen die het EVRM stelt omdat de ouders zelf instemden met de plaatsing van hun kind.²⁵⁶ De mening van ouders speelde volgens de Europese Commissie dus wel degelijk een belangrijke rol bij de afweging over de noodzaak van de uithuisplaatsing van hun eigen kind.

Terug naar de *Nielsen*-zaak. Valt vrijheidsbeneming van een jongen van 12 jaar op instigatie van de moeder ook onder de bescherming van art. 5 EVRM? Deze vraag stond centraal in *Nielsen t. Denemarken*, een uitspraak van het Europees Hof uit 1988.²⁵⁷ In tegenstelling tot de Commissie²⁵⁸ vond het Europees Hof niet dat art. 5 EVRM van toepassing was omdat de beslissing tot plaatsing van de jongen op de psychiatrische afdeling van het ziekenhuis toekwam aan de moeder die het gezag had en de beslissing nam met het oog op het welzijn van haar zoon (par. 73 en par. 69). Zeven van de 16 rechters waren het oneens met deze beslissing. In een *dissenting opinion* schrijven zij dat deze vorm van vrijheidsbeneming wel onder de reikwijdte van art. 5 EVRM valt. Schabas & Sax wijzen op de absolute noodzaak om een discussie te starten over vrijheidsberoving van kinderen die gerechtvaardigd wordt door private actoren zoals bijvoorbeeld de familie.²⁵⁹

252 EHRM 28 november 1988, appl. nr. 10929/84 (*Nielsen t. Denemarken*).

253 Detrick 1992, p. 168, par. 21.

254 Dit wordt ondersteund door Hodgkin & Newell 1998, p. 121 en Doek 2006, p. 21.

255 Doek 2006, p. 22.

256 ECRM 12 oktober 1994, appl. nr. 21687/93 (*B.H. t. Noorwegen*).

257 EHRM 28 november 1988, appl. nr. 10929/84 (*Nielsen t. Denemarken*).

258 ECRM, rapport van 12 maart 1987, appl. nr. 10924/84 (*Nielsen t. Denemarken*).

259 Schabas & Sax 2006, p. 36.

Tussentijdse samenvatting art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM

Het Europees Hof is de laatste tijd erg actief op het gebied van het jeugdrecht en deze aandacht geldt ook voor de mogelijke schendingen van art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM. Jurisprudentie over deze bepaling is spaarzaam en kinderrechtenexperts hebben zich herhaaldelijk afgevraagd wat nu precies de rationale van deze bepaling is. Het Europees Hof heeft veel aandacht voor het proportionaliteitsvereiste dat besloten ligt in de zogenoemde 'doelbepaling' van art. 5, lid 1, aanhef en onder d, EVRM en bovengenoemde internationale bronnen bevestigen het beeld dat de lijn tussen beschermen en opvoeden enerzijds en straffen anderzijds zeer dun is. Dissenter O'Leary bij de uitspraak *D.L. t. Bulgarije* pleit ervoor dat het hof niet alleen toetst of gesloten instellingen formeel voldoen aan de criteria van art. 5, lid 1 aanhef en onder d, EVRM maar ook indringender gaat toetsen of sprake is van een mismatch tussen het systeem en het doel dat ermee wordt beoogd in een individueel geval.

Wat dat betreft blijft art. 5, lid 1, aanhef en onder d, EVRM voor meerdere interpretaties vatbaar en ligt de uitkomst van deze discussie steeds besloten in de hoegenaamd kleine details van de omstandigheden van een individuele zaak. Het is daarom lastig te voorspellen hoe beslissingen zullen uitvallen in toekomstige zaken. In *D.L. t. Bulgarije* benadrukte het hof dat vrijheidsberoving haar rechtvaardiging verliest indien de ingezette maatregel niet evenredig is aan het doel ervan (proportionaliteitsvereiste). Het hof legt drie criteria kan aan dit vereiste getoetst worden: vrijheidsberoving is een laatste redmiddel, is in het belang van het kind (*le meilleur intérêt de l'enfant*) en dient ertoe ernstige risico's voor de ontwikkeling van het kind te voorkomen.²⁶⁰ Deze redeneertrant lijkt op het proportionaliteitsvereiste dat volgt uit art. 8 EVRM en dat bij uithuisplaatsingsmaatregelen toegepast dient te worden.²⁶¹

Mijns inziens is het waardevol om de art. 8-jurisprudentie te betrekken bij de proportionaliteitstoets in het licht van art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM omdat in deze jurisprudentie veel grondiger is nagedacht over vereisten aan onderzoek naar alternatieve maatregelen en onderzoek naar de impact van ingrijpen op het gezin, en over de vraag of er voldoende aanleiding is om in te grijpen door middel van een beschermingsmaatregel.

2.5.4 Terughoudend gebruik van institutionele zorg voor kinderen die strafbare feiten hebben gepleegd

Art. 40 lid 4 IVRK roept ertoe op om het plaatsen van kinderen in instellingen zoveel mogelijk te vermijden. De bepaling luidt als volgt: een verscheidenheid van regelingen, zoals rechterlijke bevelen voor zorg, begeleiding en toezicht;

²⁶⁰ EHRM 19 mei 2016, appl. nr. 7472/14 (*D.L. t. Bulgarije*), par. 74.

²⁶¹ EHRM 19 mei 2016, appl. nr. 7472/14 (*D.L. t. Bulgarije*), EHRC 2016/208, m.nt. M.P. de Jong-de Kruijf.

adviezen; jeugdreclassering; pleegzorg; programma's voor onderwijs en beroepsopleiding en andere alternatieven voor institutionele zorg dient beschikbaar te zijn om te verzekeren dat de handelwijze ten aanzien van kinderen hun welzijn niet schaadt en in de juiste verhouding staat zowel tot hun omstandigheden als tot het strafbare feit. Deze bepaling is van belang voor de toepasbaarheid van gesloten jeugdhulp omdat sommige jongeren in de gesloten jeugdzorg een strafbaar feit hebben begaan en tevens te maken hebben met een strafrechtelijke procedure jegens hen. Te denken valt aan jeugdigen wier voorlopige hechtenis in de JJI is geschorst onder voorwaarden (zie art. 27 lid 2 van het Besluit tenuitvoerlegging jeugdstrafrecht) en in gesloten jeugdhulp zijn geplaatst. Of jongeren die een voorwaardelijke straf of maatregel opgelegd krijgen waarbij de voorwaarden leiden tot plaatsing in een instelling voor gesloten jeugdhulp.

De bepaling dat juridische procedures en het plaatsen in instellingen zoveel mogelijk vermeden moet worden ten aanzien van kinderen die een strafbaar feit gepleegd hebben, ontbreekt in zowel het EVRM als het IVBPR. Deze verplichting is gerelateerd aan de bepaling dat de aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming van een kind slechts gehanteerd mag worden als uiterste maatregel (art. 37 sub b IVRK). Deze bepaling past in de geest van het IVRK.²⁶² Mijnaresds wijst erop dat aan deze bepaling de gedachte ten grondslag ligt dat 'de verschillende samenlevingen het concept moeten loslaten van het vermeende succes van opsluiting'.²⁶³

In art. 40 lid 4 IVRK wordt sterk geageerd tegen institutionele zorg en dat maakt de plaatsbepaling van gesloten jeugdhulp naast het jeugdstrafrechtssysteem er niet eenvoudiger op. Het inruilen van de ene vorm van vrijheidsbeneming (in een justitiële jeugdinrichting) tegen een andere vorm van vrijheidsbeneming (in een instelling voor gesloten jeugdhulp) lijkt in ieder geval niet te stroken met de bedoeling van art. 40 lid 4 IVRK. Uit de tekst blijkt dat een vrijheidsbenemende interventie als reactie op een strafbaar feit alleen is gerechtvaardigd als er geen andere middelen meer zijn (*subsidiariteitsbeginsel*). Uit deze bepaling en de verdere verdragstekst volgt niet dat gesloten jeugdhulp als een voorlaatste uiterste maatregel fungeert waarbij vrijheidsbeneming in een justitiële jeugdinrichting als uitiem uiterste middel gezien wordt. De boodschap van art. 40 lid 4 IVRK is duidelijk: institutionele zorg (er wordt in de tekst niet eens gesproken van 'gesloten institutionele zorg' is geen wenselijk alternatief voor een strafrechtelijke afdoening. Veeleer moet gezocht worden naar alternatieven in de vrije samenleving (*community-based correction*).²⁶⁴

262 Mijnaresds 1999, p. 277; Ook de *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures* 1990 (UN Document a/res/45/110, *Tokyo Rules*) en de *European Rules for Juvenile Offenders subject to Sanctions or Measures* (COE Document cm/Rec (2008) 11) sluiten aan bij deze bepaling. In deze regels wordt de toepassing van alternatieven voor detentie vooropgesteld.

263 Mijnaresds 1999, p. 277.

264 Zie ook Van Bueren 1992, p. 390-391.

Er is geconstateerd dat jongeren in gesloten jeugdhulp gedrag vertonen dat valt binnen het cluster 'pre-delinquent gedrag'.²⁶⁵ Vermaes & Nijhof wijzen erop dat binnen dit cluster relaties tussen mishandeling, uitval van school, middelengebruik, risicovol gedrag en deviante vrienden enerzijds, en seksueel grensoverschrijdend, agressief, gewelddadig gedrag anderzijds in de literatuur meerdere malen zijn aangetoond.²⁶⁶ Desalniettemin moet het voor jongeren zelf wel duidelijk zijn in welk juridisch traject hij of zij zich bevindt: namelijk dat gesloten jeugdhulp behoort tot de kindbeschermingsmaatregelen en geen vorm van straf is. Art. 3 IVRK is een vertaling van het beginsel dat de jeugdige als een drager van fundamentele mensenrechten dient te worden beschouwd en daarbij hoort dat de jeugdige serieus genomen wordt en weet heeft van het traject waarin hij of zij zich bevindt.²⁶⁷

Oproep tot de-institutionaliseringsbeleid

Van art. 40 lid 4 IVRK wordt aangenomen dat de bepaling geen rechtstreekse werking heeft.²⁶⁸ Wel vloeit uit deze bepaling voort dat de overheid moet investeren in alternatieven en betrokkenheid van de gemeenschap bij ontsporende jongeren. Sprake is van een zogenaamde *obligation to fulfil* (de verplichting van Staten om positieve maatregelen te nemen einde de niet-klassieke rechten te verwezenlijken).²⁶⁹ Art. 40 lid 4 IVRK is een belangrijke oproep tot het voeren van een de-institutionaliseringsbeleid. In dat opzicht is het commentaar bij Rule 19.1 van de Beijing Rules relevant. Hierin staat dat '(t)he placement of a juvenile in an institution shall always be a disposition of last resort and for the minimum necessary period'. Het Commentaar hierbij is als volgt:

'(p)rogressive criminology advocates the use of non-institutional over institutional treatment. (...) Rule 19 aims at restricting institutionalization in two regards: in quantity ("last resort") and in time ("minimum necessary period"). Rule 19 reflects one of the basic guiding principles of resolution 4 of the Sixth United Nations Congress: a juvenile offender should not be incarcerated unless there is no other appropriate response. The rule, therefore, makes the appeal that if a juvenile must be institutionalized, the loss of liberty should be restricted to the least possible degree, with special institutional arrangements for confinement and bearing in mind the differences in kinds of offenders, offences and institutions. In fact, priority should be given to "open" over "closed" institutions. Furthermore, any facility should be of a correctional or educational rather than of a prison type.'²⁷⁰

265 Vermaes & Nijhof 2014, p. 43.

266 Vermaes & Nijhof 2014, p. 43.

267 Zie tevens Mijnares 1999, p. 174.

268 Mijnares 1999, p. 279.

269 Mijnares 1999, p. 279 en p. 61.

270 A/RES/40/33, 29 november 1985.

In dit Commentaar liggen veel aanwijzingen voor de regeling en het gebruik van gesloten jeugdhulp besloten. Mocht gesloten jeugdhulp nodig zijn, dan moet verder verlies van vrijheid tot een minimum worden beperkt. Qua zorgvormen en intensiteit van de opsluiting moet worden aangesloten bij wat verschillende kinderen nodig hebben. Een vuistregel is dat 'open' altijd de voorkeur heeft boven een gesloten variant. En daarbij mag gesloten jeugdhulp niet de uitstraling hebben van een gevangenisachtige setting.

2.5.5 Tussentijdse samenvatting

Samenvattend is het belangrijkste materiële criterium aangaande vrijheidsbeneming van kinderen dat vrijheidsbeneming niet willekeurig en niet onwettig of onrechtmatig mag zijn. De twee belangrijkste ijkpunten zijn 'vrijheidsbeneming als laatste redmiddel' en een uitgebalanceerde (een zo kort mogelijke én passende) periode gedurende welke vrijheidsbeneming plaatsvindt. De Havana Rules en de Beijing Rules gaan een stapje verder: vrijheidsbeneming mag alleen worden toegepast in uitzonderlijke gevallen of gevallen waarin sprake was van geweldsdelicten. Het doel van de vrijheidsbeneming dient zich op de juiste wijze te verhouden tot zowel de grond voor vrijheidsbeneming als de wijze waarop de vrijheidsbeneming ten uitvoer wordt gelegd. Hoewel de uitzonderingsgronden die zijn geformuleerd in het eerste lid van art. 5 EVRM zijn opgenomen om een tegenwicht te bieden aan de vage inhoud van het begrip 'willekeur' en deze gronden 'nauw' geïnterpreteerd moeten worden, is de betekenis van het begrip *educational supervision* nog steeds vrij onduidelijk. Dit is problematisch omdat *educational supervision* zich dient te verhouden tot de gronden voor vrijheidsbeneming en de manier waarop vrijheidsbeneming in de praktijk wordt vormgegeven. In de jurisprudentie van het Europees Hof valt op dat dat laatste wel is ingevuld: de Staat moet aan hoge eisen voldoen wil een instelling het predicaat 'pedagogisch geschikt' krijgen. Maar als het gaat om het feitencomplex dat aanleiding zou kunnen geven voor vrijheidsbeneming voor opvoedkundige doeleinden, laat het Europees Hof zich minder duidelijk uit.

2.6 PROCEDURELE RECHTEN VAN KINDEREN DIE GESLOTEN GEPLAATST WORDEN

2.6.1 Inleiding

Kinderen ontleen aan het internationale juridische kader tevens procedurele rechten (ook wel zorgvuldigheidseisen of *legal safeguards* genoemd). Deze rechten bekleden zowel een voorwaardenscheppende als een controlerende functie in relatie tot de materiële rechten die aan het internationale juridische kader zijn ontleend. Zorgvuldigheidseisen en inhoudelijke rechten vallen soms

samen. Het recht van het kind op regelmatige evaluatie van zijn of haar uithuisplaatsing (art. 25 IVRK) is hiervan een goed voorbeeld. Dit recht openbaart zich in de eerste plaats als zorgvuldigheidseis: de staat heeft de verplichting om gedurende de uithuisplaatsing nauwkeurig onderzoek te doen. Als deze zorgvuldigheidseis in de praktijk goed wordt nageleefd, krijgt dit recht substantie. Dit recht schept voorwaarden om de noodzakelijkheid van de uithuisplaatsing te kunnen toetsen, want met de verkregen onderzoeksgegevens kunnen de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit getoetst worden.²⁷¹

2.6.2 Het belang van een stapsgewijze besluitvormingsprocedure

In het besluitvormingsproces inzake een uithuisplaatsing, dient een aantal fasen te worden doorlopen. Dit volgt duidelijk uit de Richtlijnen voor alternatieve zorg: 'Decision-making on alternative care in the best interests of the child should take place through a judicial, administrative or other adequate and recognized procedure' (par. 6). Uit welke stappen dit proces dan vervolgens bestaat, is niet geheel duidelijk. Art. 9 IVRK spreekt van 'toepasselijke procedures' en vult dit begrip niet nader in. In ieder geval moet er onderzoek verricht worden (par. 40, 57 en 58 van de Richtlijnen) en de beslissing dient op basis van dit onderzoek genomen te worden. Eenmaal uit huis geplaatst, zal deze maatregel met regelmaat geëvalueerd moeten worden (par. 5, 14, 55, 57 en 67). Indien om verlenging van de maatregel verzocht wordt, levert de informatie verkregen uit de periodieke evaluaties onderzoeksmateriaal op voor de fase van de verlengingsbeslissing. Achtereenvolgens worden hieronder de signaleringsfase, de onderzoeksfase en de beslissingsfase besproken.

Stap 1 – Signaleringsfase

De *bottom line* voor het vaststellen van de noodzaak voor overheidsinterventie, is dat er problemen zijn ontstaan die het welzijn van het kind schaden of die de naleving van de rechten van kinderen in de weg staan. De procedure om een kind uit huis te plaatsen begint altijd met zorgen om en rond het kind. Als het gaat om zorgsignalen betreffende misbruik en verwaarlozing binnen de familiekring, kunnen deze uit diverse bronnen afkomstig zijn: 'the intervention may be initiated by a complaint from a child, another family member

²⁷¹ Ook Christoffersen (2009) wijst op het samenvallen van zorgvuldigheidseisen en inhoudelijke belangenafwegingen: 'while the Court may review both procedure and substance independently, the integrated perspective remains an important tool for the Court...' (p 477). Christoffersen wijst hierbij op de uitspraak EHRM 1 juli 2004, appl. nr. 64796/01 (*Couillard Maugery t. Frankrijk*) betreffende de verenigbaarheid van de getroffen kindbeschermingsmaatregelen met de vereisten van art. 8 EVRM ('closely integrated review of procedure and substance').

or a member of the community alleging abuse or neglect in the family'.²⁷² Deze zorgen moeten gedeeld worden door een deskundige instantie en deze instantie moet haar zorgen met redelijke argumenten kunnen onderbouwen ('in cases where the competent authority or agency has reasonable grounds to believe that the well-being of the child is at risk' (par. 38 Richtlijnen voor alternatieve zorg)). Sahovic e.a. definiëren deze 'problemen' als volgt: 'the State should interfere only if circumstances arise which prevent the realization of rights or lead to the violations of rights of the child'.²⁷³ Kinderen zouden moeten opgroeien in een liefdevolle en beschermende omgeving waarin de capaciteiten van het kind ten volle gestimuleerd worden. Maar 'children with inadequate or no parental care are at special risk of being denied such a nurturing environment' (par. 4 van de Richtlijnen). Deze paragraaf laat zien dat de problemen gezocht moeten worden op het vlak van falende ouderlijke zorg. Kinderen die deze zorg moeten missen of ontoereikende zorg krijgen, lopen een stimulerende omgeving mis.

Samenvattend begint een uithuisplaatsingsprocedure doorgaans met zorgen rond het kind die worden veroorzaakt door falende ouderlijke zorg. Alvorens een uithuisplaatsing serieus te overwegen, zal de voorgeschiedenis blijk moeten geven van ingezette preventiestrategieën en hulp in breder familieverband (het vereiste van subsidiariteit).

Stap 2 – Onderzoeksfase

De onderzoeksfase is bedoeld om een latere uithuisplaatsingsbeslissing te kunnen onderbouwen en te motiveren. De Richtlijnen voor alternatieve zorg spreken van een *rigorous assessment* (par. 57).²⁷⁴ Met name in kindermishandlingszaken hecht het Europees Hof grote waarde aan de kwaliteit van het voorbereidend onderzoek. In *K.A. t. Finland* maakte het hof duidelijk om wat voor soort vooronderzoek het moet gaan: 'on a careful unprejudiced assessment of all evidence on file'.²⁷⁵ Een goede informatiepositie is van cruciaal belang voor alle betrokkenen in het beslissingsproces: '(t)o this end, all concerned should be provided with the necessary information on which to base their opinion'.²⁷⁶ Daarom wordt van professionals verwacht zichzelf een zeer complete indruk ('expeditiously, thoroughly and carefully', par. 58) te vormen van

272 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12, 'The right of the child to be heard'*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 53.

273 Vučković Šahović, Doek & Zermatten 2012, p. 163.

274 Zie ook het verslag van de 14^e sessie van het VN-Kinderrechtencomité, CRC/C/153 (par. 636-689) aangaande een *day of general discussion* over 'Children without parental care'. In par. 660 staat dat 'a careful and multidisciplinary assessment of the needs of the child in need of care and protection must inform the decision on whether out-of-home care is in the best interests of the child and on which form it should take'.

275 EHRM 14 januari 2003, appl. nr. 27751/95 (*K.A. t. Finland*), par. 103.

276 Par. 56 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg.

de situatie waarin het kind zich bevindt. Op alle betrokkenen rust dan ook een onderzoeksplicht.

Onderzoek dat aan een plaatsingsbeslissing ten grondslag ligt, moet verricht worden door een multidisciplinair team. Een divers samengesteld team is het beste in staat om de belangen van het kind te identificeren (III.B.4 Richtlijnen kindvriendelijke procedures). Par. 57 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg: 'besluitvorming moet (...) waar mogelijk, worden uitgevoerd door een multidisciplinair team van geschikte en gekwalificeerde beroepsbeoefenaars'. Deze eis volgt ook uit de Aanbeveling *on the rights of children living in residential institutions* waarin onderzoek door een multidisciplinair team als een kinderrecht is geformuleerd: 'the right to be placed only to meet needs that have been established as imperative on the basis of a multidisciplinary assessment'. De Richtlijnen kindvriendelijke procedures geven voorbeelden van beroepen waaraan gedacht kan worden: juristen, psychologen, dokters, politie, immigratiedienst, maatschappelijk werkers en mediators (par. IV.A. 5.17).

Stap 3 – Besluitvormingsfase

In de besluitvormingsfase draait het om de belangenafweging oftewel de noodzakelijkheidstoets. In *Y.C. t. Verenigd Koninkrijk* vatte het hof kernachtig samen hoe een besluit kan worden genomen dat het beste tegemoet komt aan de belangen van het kind en de noodzaak van een maatregel onderbouwt:

'(t)he identification of the child's best interests and the assessment of the overall proportionality of any given measure will require courts to weigh a number of factors in the balance'.²⁷⁷

Uit *K.A. t. Finland* volgt dat een plaatsingsbeslissing op zodanige wijze gemotiveerd moet worden dat de belangenafweging inzichtelijk wordt.²⁷⁸

2.6.3 Het recht van het kind op informatie

In art. 17 IVRK is het recht op toegang tot informatie neergelegd. Art. 17 behoort tot de participatierechten (de artikelen 12-17) uit het IVRK en de inhoud ervan is onontbeerlijk voor de effectuering van andere rechten uit het Verdrag, zoals het recht om gehoord te worden (zie tevens par. 6 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg).²⁷⁹ Art. 17 IVRK is geformuleerd als een positieve verplichting voor de Verdragsstaat. Ook in andere documenten is het recht op informa-

²⁷⁷ EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 4547/10, (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 135.

²⁷⁸ EHRM 14 januari 2003, appl. nr. 27751/95 (*K.A. t. Finland*), par. 104.

²⁷⁹ 'Daarbij moet rekening worden gehouden met het recht van het kind te worden gehoord en met zijn/haar mening, afgestemd op zijn/haar ontwikkelende capaciteiten en zijn/haar toegang tot alle benodigde informatie.' Zie ook par. 57 van de Richtlijnen.

tie uitgewerkt. In *General Comment nr. 10 'Children's rights in juvenile justice'* benadrukt het VN-Kinderrechtencomité dat de minderjarige het recht heeft om klachten in te dienen, dat de minderjarige van dit recht op de hoogte moeten zijn en gemakkelijk toegang moet hebben tot deze mechanismen (par. 80).

2.6.4 Het recht van het kind om gehoord te worden in de procedure die leidt tot een gesloten plaatsing

Bij het nemen van een uithuisplaatsingsbeslissing moet de zienswijze van het kind serieus genomen worden, hierbij rekening houdend met de zich ontwikkelende vermogens van het kind (art. 12 lid 1 IVRK; art. 9 lid 2 IVRK; art. 6 en 7 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg; Par. IV.D.3.45 van de Richtlijnen kindvriendelijke procedures). Zoals eerder besproken, is art. 12 IVRK door het VN-Kinderrechtencomité aangemerkt als één van de vier kernartikelen van het IVRK.²⁸⁰ Kort samengevat behelst art. 12 IVRK het recht van het kind om gehoord te worden in aangelegenheden die het kind betreffen.²⁸¹ Art. 12 IVRK is niet alleen een op zichzelf staand recht, maar moet meegewogen worden bij de interpretatie en implementatie van andere rechten uit het IVRK.²⁸² De eigen mening van het kind moet in kaart gebracht worden bij een beslissing tot uithuisplaatsing om een beslissing te kunnen nemen die in het belang van het kind is.²⁸³ Het VN-Kinderrechtencomité stelt daarom dat naleving van art. 12 IVRK (methodiek) niet mogelijk is zonder ook art. 3 (het doel waarvoor de methode wordt ingezet) in acht te nemen en andersom.²⁸⁴

In art. 12 lid 1 IVRK is het passend belang aan de mening van het kind gelieerd aan de leeftijd en de rijpheid van het kind.²⁸⁵ In het kader van alternatieve zorg, heeft het VN-Kinderrechtencomité bepaald dat passend belang

280 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 5 'General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child'*, CRC/C/GC/5, 27 november 2003 par. 12.

281 Deze bepaling is uniek en in de periode voordat het IVRK tot stand kwam, is dit kinderrecht nauwelijks terug te vinden. De Verklaring van de Rechten van het Kind (1959) rept niet over participatierechten, maar stelt beschermingsrechten centraal. In de *Recommendation on Placement of Children* (1977) van de Raad van Europa valt wel te lezen dat het kind in het kader van de organisatie van de plaatsing *should be given an opportunity to discuss his situation progressively as he matures in understanding*.

282 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 'The right of the child to be heard'*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 2.

283 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 'The right of the child to be heard'*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 54.

284 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 'The right of the child to be heard'*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 74. Zie ook Sahovic e.a (2012): '... a clear parallel between the audition of the child and his interest', p. 107.

285 Voor nadere uitleg, zie VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 'The right of the child to be heard'*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 28-31.

gehecht moet worden aan de mening van kinderen gedurende het besluitvormingsproces:

‘(l)egislation providing the child with the right to information about any placement, care and/or treatment plan and meaningful opportunities to express her or his views and for those views to be given due weight throughout the decision-making process’.²⁸⁶

De formulering is nogal vaag: want hoe zwaar wegen de woorden van het kind nu precies? Vuckovic Sanovic e.a. zeggen hierover:

‘(i)n fact, the judge is not bound to the child’s words: he is free to give weight to the words or not, depending on the range of elements which he has to consider in the specific case. The child’s words are one of the elements in the case, but not the determinant of proof.’²⁸⁷

Op grond van art. 9 lid 2 IVRK hebben ook kinderen het recht om de gelegenheid te krijgen aan procedures inzake hun uithuisplaatsing (art. 9 lid 1 IVRK) deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.²⁸⁸ Dit procedurele recht is afgeleid van art. 12 IVRK, in het bijzonder van art. 12 lid 2 IVRK. Art. 12 lid 2 IVRK stelt dat het kind in de gelegenheid gesteld dient te worden om gehoord te worden in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht. Het procedurele recht van kinderen om gehoord te worden is krachtiger uitgedrukt in art. 9 lid 2 IVRK dan in art. 12 lid 2 IVRK. In art. 12 IVRK staat dat het kind de gelegenheid dient te krijgen om gehoord te worden in een gerechtelijke procedure. In art. 9 lid 2 IVRK wordt gesproken van *deelname* aan de procedure en het recht om hun standpunten vrijelijk naar voren te brengen. Wellicht is deze bepaling krachtiger geformuleerd omdat het om een ingrijpende beslissing gaat.

Helaas is de ervaring van het VN-Kinderrechtencomité dat het recht van het kind om gehoord te worden in beschermingszaken waarbij kind en ouders gescheiden worden, niet altijd serieus wordt genomen. Er wordt daarom de expliciete aanbeveling gegeven om de mening van het kind te betrekken bij beslissingen strekkende tot plaatsing in een pleeggezin of een instelling (*‘care*

286 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 ‘The right of the child to be heard’*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 97.

287 Vuckovic Sanovic e.a. 2012, p. 112.

288 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 5, General guidelines for periodic reports*, CRC/C/GC/5, 27 november 2003, par. 69 over art. 9, tweede lid, IVRK: ‘all interested parties, including the child, have an opportunity to participate in any proceedings and to make their views known’. Zie tevens par. 46 van de Richtlijnen kindvriendelijke procedures.

home'), bij het ontwikkelen van zorgplannen en het reviewen van deze plannen, alsmede bij bezoekersregelingen met ouders en familie.²⁸⁹

Vindplaatsen van het recht om gehoord te worden bij uithuisplaatsingsprocedures
Hieronder volgen de belangrijkste bepalingen uit het internationale recht (buiten het IVRK) waarin het recht van het kind om gehoord te worden in uithuisplaatsingsbeslissingen, terug te vinden is. In recente jaren is een enorme inhaalslag gemaakt om het recht uit art. 12 IVRK nader uit te werken in *soft law*-instrumenten en onder de aandacht te brengen, zoals *General Comment nr. 12, 'The right to be heard'* uit 2009, de Richtlijnen voor alternatieve zorg uit 2009 en de Richtlijnen kindvriendelijke procedures uit 2010.

Par. 6 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg bevatten in een notendop de belangen die tegen elkaar afgewogen dienen te worden bij het nemen van een beslissing tot uithuisplaatsing. Uit zo'n beslissing moet blijken dat het recht van het kind om geraadpleegd te worden, ten volle gerespecteerd is. Er dient rekening gehouden te worden met de mening van het kind op een manier die aansluit bij zijn of haar ontwikkelende mogelijkheden (*evolving capacities*). Uit deze bepaling blijkt, dat het recht om 'mee te doen' weinig voorstelt als het kind geen toegang heeft tot de noodzakelijke informatie. De overheid heeft een inspanningsverplichting om het kind van alle informatie te voorzien in de taal van voorkeur.

In de Aanbeveling *on the rights of children living in residential institutions* geldt als basisprincipe dat:

'the procedure, organisation and individual care plan of the placement, including a periodic review of the placement, shall guarantee the rights of the child, notably the child's right to be heard; due weight should be given to these views in accordance with the child's age and his or her degree of maturity'.²⁹⁰

In de Richtlijnen kindvriendelijke procedures wordt het recht om te participeren in procedures en het begrijpen van deze procedures beschouwd als een onlosmakelijk onderdeel van *child-friendly justice*.²⁹¹ De Richtlijnen kindvriendelijke procedures zien het recht van het kind om gehoord te worden als belangrijk onderdeel van de exercitie die beoogt het belang van het kind in kaart te brengen (par. B.2.a). Het recht om gehoord te worden en een mening te geven is uitgewerkt binnen het thema 'Child-friendly justice during judicial proceedings'. In de toelichting bij de Richtlijnen wordt benadrukt dat in

289 VN-Kinderrechtencomité, *General Comment nr. 12 'The right of the child to be heard'*, CRC/C/GC/12, 20 juli 2009, par. 54.

290 Recommendation van de Raad van Europa, *on the rights of children living in residential institutions*.

291 Richtlijnen kindvriendelijke procedures, par. II.C.

familiezaken kinderen deel moeten uitmaken van ‘discussions prior to any decision which affects their present and/or future well-being’.²⁹²

Het Europees Hof en het recht van het kind om gehoord te worden

In dit overzicht kan een korte opmerking over het belang dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hecht aan het recht van het kind om gehoord te worden, niet ontbreken. De stem van het (oudere) kind wordt door het hof in de laatste jaren steeds serieuzer genomen.²⁹³ Het hof concludeerde in *Sahin t. Duitsland* dat:

‘(i)t would be going too far to say that domestic courts are always required to hear a child in court on the issue of access to a parent not having custody, but this issue depends on the specific circumstances of each case, having due regard to the age and maturity of the child concerned’.²⁹⁴

In een andere zaak betreffende gezag en omgang, *Hokkanen t. Finland*, oordeelde het hof over een 12-jarige meisje dat ‘sufficiently mature’ was ‘for her views to be taken into account and that access therefore should not be accorded against her wishes’.²⁹⁵ Ook het Europees Hof lijkt art. 12 IVRK steeds serieuzer te nemen,²⁹⁶ waar in oudere uitspraken nog vaker de nadruk viel op het recht van ouders om gehoord te worden in dergelijke procedures is dat verschoven naar het belang om kinderen zelf te horen.²⁹⁷

Tussenconclusie

We kunnen concluderen dat de participatie van het kind en zijn of haar recht om gehoord te worden in een beslissingsprocedure aangaande een uithuisplaatsing, het meest essentiële procedurele recht is van het kind. Het recht op informatie is hierbij voorwaardenscheppend. Aan de mening van het kind moet passend belang worden gehecht en de leeftijd en de rijpheid van het kind zijn daarbij belangrijke aanknopingspunten. Bij het maken van een inhoudelijke afweging van belangen is de mening van het kind slechts één van de belangen die de rechter weegt. Het staat de rechter vrij om zelf te bepalen in hoeverre hij gehoor geeft aan de mening van het kind. Het recht van het kind om zijn of haar eigen mening te geven is dus in de eerste plaats een procedureel recht en het is aan de rechter om aan dit recht substantie toe

292 Toelichting bij de Richtlijnen kindvriendelijke procedures, par. 35.

293 Bruning & Van der Zon 2013, p. 503.

294 EHRM 8 juli 2003, appl. nr. 3094/96 (*Sahin t. Duitsland*). par. 73.

295 EHRM 23 september 1994, appl. nr. 19823/92 (*Hokkanen t. Finland*), par. 61.

296 Zie bijvoorbeeld EHRM 3 september 2015, appl. nr. 10161/13 (*M. en M. t. Kroatië*).

297 In *T.P. & K.M. t. Verenigd Koninkrijk* werd de voortduur van de uithuisplaatsing disproportioneel geacht, en deze beslissing was voornamelijk gebaseerd op de constatering dat de moeder onvoldoende betrokken werd in de procedures (EHRM, 10 mei 2001, appl. nr. 28945/95, par. 83).

te kennen in zijn afweging. Wel zal de rechter in zijn beslissing goed moeten motiveren hoe hij de mening van het kind heeft gewogen en dit zal hij duidelijk (en mondeling) moeten uitleggen aan het kind.

2.6.5 Het recht van ouders om aan de procedure deel te nemen

Ouders zijn belangrijke betrokkenen in een uithuisplaatsingsprocedure. Ingevolge art. 9, tweede lid, IVRK, dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen. Ook het Europees Hof hecht sterk aan processuele waarborgen voor de ouders. Ouders moeten in staat gesteld worden om hun mening en belangen kenbaar te maken op een redelijke wijze.²⁹⁸ En de rechtsmiddelen die ouders ter beschikking staan, moeten binnen een redelijke termijn gehanteerd kunnen worden.²⁹⁹ In *T.P. & K.M. t. Verenigd Koninkrijk* werd de initiële plaatsing geacht rechtvaardig te zijn.³⁰⁰ Het voortduren van de uithuisplaatsing daarentegen was wel disproportioneel. Een belangrijke overweging hierbij was dat de moeder onvoldoende betrokken was geweest in de procedures over de verlengingsbeslissing.³⁰¹ Ouders hebben verder het recht op mondelinge behandeling van hun zaak door de rechter, onder omstandigheden moet er het nodige onderzoek worden verricht, er mag geen materiaal worden achtergehouden en dit alles moet plaatsvinden binnen een redelijke termijn.³⁰²

2.6.6 Het recht op een beslissing door competente autoriteiten

In art. 9 lid 1 IVRK is het procedurele recht opgenomen op een beslissing die door competente autoriteiten genomen wordt. Deze term laat in het midden of een beslissing genomen moet worden door rechterlijke beslisorganen of administratieve beslisorganen. Doek specificeert het vereiste van competentie in zijn commentaar bij art. 9 IVRK als volgt:

‘(c)ompetent means that the authority specially designated for the determination of the necessity of a separation, should not only be mandated to do so (‘competent’ in legal terms) but also competent in substantive terms. The authority concerned should be well-trained and have the necessary knowledge of child psychology and child development, parent-child attachment and of the existing alternative ways

298 EHRM 8 juli 1987, appl. nr. 9749/82 (*W. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 63.

299 EHRM 8 juli 1987, appl. nr. 9749/82 (*W. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 63 en 65.

300 EHRM 10 mei 2001, appl. nr. 28945/95 (*T.P. & K.M. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 78.

301 EHRM 10 mei 2001, appl. nr. 28945/95 (*T.P. & K.M. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 83.

302 Zie Wortmann 2012, p. 56. Zij verwijst onder meer naar de uitspraken EHRM 19 september 2000, appl. nr. 40031/98 (*Gnahoré t. Frankrijk*), par. 59; EHRM 8 januari 2009, appl. nr. 41615/07 (*Neulinger & Shuruk t. Zwitserland*), par. 136.

and means to address the problems in the parent-child relationship without resorting to separation'.³⁰³

Deze verplichting kan worden afgeleid uit art. 3 lid 3 IVRK waaruit volgt dat overheid hoogwaardige instellingen, diensten en voorzieningen die zorg dragen voor de bescherming van kinderen dient te realiseren. art. 5 EVRM vereist dat aan een maatregel met het doel 'toe te zien op de opvoeding' een rechterlijk besluit ten grondslag moet liggen.

2.6.7 Het recht op rechterlijke toetsing van de beslissing tot en de tenuitvoerlegging van uithuisplaatsing

Art. 9 lid 1 IVRK laat ten aanzien van de beslissing nog in het midden of het beslisorgaan wel of niet een gerechtelijk orgaan moet zijn, maar ten aanzien van de mogelijkheid om de beslissing te laten toetsen, volgt wel duidelijk dat dit de taak van de rechter is. Art. 25 spreekt van een 'competente autoriteit' die verantwoordelijk is voor de periodieke evaluatie van de plaatsing. Het strekt te ver om te stellen dat rechter geheel verantwoordelijk is voor de periodieke evaluatie van de plaatsing,³⁰⁴ maar het Europees Hof kent de rechter wel degelijk een toetsende taak toe inzake de tenuitvoerlegging van de plaatsing. Volgens het Europees Hof vormt de rechter een buffer tegen willekeur.³⁰⁵

Het recht op rechterlijke toetsing volgt ook uit art. 37, onder d, IVRK en art. 5 lid 4 EVRM voor personen die van hun vrijheid zijn beroofd. Art. 37, onder d, IVRK luidt dat 'ieder kind dat van zijn of haar vrijheid beroofd is, heeft het recht onverwijld te beschikken over juridische en andere passende bijstand, alsmede het recht wettigheid van zijn vrijheidsberoving te betwisten ten overstaan van een rechter of een andere bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige autoriteit, en op een onverwijld beslissing ten aanzien van dat beroep'. Deze twee procedurele waarborgen zijn afgeleid van het *habeas corpus* beginsel. Dit beginsel betekent letterlijk 'u moet/zult het lichaam hebben'. Het is een voornamelijk strafrechtelijk beginsel dat inhoudt dat gevangenschap moet worden erkend en dat een gevangene moet worden voorgeleid voor een rechter. Dit recht heeft een ondersteunende functie voor het uitoefenen van andere procedurele rechten: zo zal het bijvoorbeeld lastig zijn om zonder advocaat hoger beroep aan te tekenen om de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming ter discussie te stellen. Uit de formulering blijkt wel dat art. 37,

³⁰³ Doek 2006, p. 26.

³⁰⁴ Uit de Richtlijnen voor alternatieve zorg blijkt de noodzaak van een rechterlijke toets ook niet: '(t)he review should be carried out by duly qualified and authorized persons' (par. 67).

³⁰⁵ EHRM 23 maart 1988, appl. nr. 10465/83 (*Olssen t. Zweden (1)*), par. 62.

onder d, IVRK van toepassing is op alle kinderen die van hun vrijheid beroofd zijn. Schabas & Sax wijzen erop dat dit recht vooral ziet op rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming zelf, los van het recht om in beroep te gaan in strafzaken.³⁰⁶

Schabas & Sax lichten toe dat in art. 37, onder d, IVRK de nadruk valt op de competenties van een dergelijke autoriteit:

‘... meaning that the respective authority must have both the power to review the legality of the deprivation of liberty and the power to order the immediate release if found to be unlawful’.³⁰⁷

In art. 5 lid 4 EVRM wordt gesproken van een ‘voorziening vragen bij het gerecht’ maar dit gerecht hoeft geen deel uit te maken van de klassieke onderdelen van de rechtspraak in een land, zo blijkt uit de uitspraak *Weeks t. Verenigd Koninkrijk*.³⁰⁸ De nadruk valt op het onafhankelijke karakter van deze voorziening en het gerecht moet beschikken over de bevoegdheid om vrijlating te gelasten als sprake is van onrechtmatige vrijheidsbeneming.³⁰⁹ In de zaak *S.T.S. t. Nederland* stond de vraag ter discussie tot hoe ver de toetsende taak van de rechter reikt in de situaties waarin het specifieke belang van de minderjarige waarover de rechter zich dient te buigen, als gevolg van tijdsverloop ten tijde van de rechterlijke toetsing niet langer concreet in het geding is. Op grond van deze uitspraak moet worden aangenomen dat aan degene die een rechtsmiddel instelt tegen een tijdelijke maatregel als gevolg waarvan hem zijn vrijheid is ontnomen, zijn procesbelang niet behoort te worden ontzegd op de enkele grond dat de periode waarvoor die maatregel gold inmiddels is verstreken. Dat belang zal hem ook niet mogen worden ontzegd op de grond dat hij niet heeft aangevoerd dat hij beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregel verlangt teneinde een aanspraak op schadevergoeding te kunnen maken.

2.6.8 Het recht van het kind op periodieke evaluatie van zijn of haar gesloten uithuisplaatsing

Uit art. 25 IVRK volgt het recht van het uithuisgeplaatste kind op periodieke evaluatie van de behandeling en alle andere omstandigheden die verband houden met zijn of haar plaatsing. De bepaling is nauw verbonden met de

³⁰⁶ Dit is geregeld in art. 2 EVRM Protocol nr. 7; zie Schabas & Sax 2006, p. 94.

³⁰⁷ Schabas & Sax 2006, p. 94. Zij baseren zich hierbij op Nowaks commentaar bij art. 9 lid 4 IVBPR.

³⁰⁸ EHRM 2 maart 1987, Series A No 254, 10 EHRM 293 (*Weeks t. Verenigd Koninkrijk*), par. 61.

³⁰⁹ Zie o.a. White & Ovey 2010, p. 236.

artikelen 9, 20 en 37 IVRK.³¹⁰ Dit recht staat ten dienste van het doel op terugkeer naar de familie, het doel dat bij meeste uithuisplaatsingen voorop staat. Deze bepaling is geadresseerd aan uithuisgeplaatste kinderen in de ruime zin van het woord: 'een kind dat door de bevoegde autoriteiten uit huis is geplaatst ter verzorging, bescherming of behandeling in verband met zijn of haar lichamelijke of geestelijke gezondheid'. Het object van evaluatie is de behandeling die plaatsvindt, alsmede alle andere omstandigheden die met de plaatsing te maken hebben. In art. 25 IVRK staat niet met zoveel woorden dat ieder kind recht heeft op behandeling, maar wel dat ieder kind recht heeft op monitoring van zijn of haar verblijf. Behandeling is daarvan een belangrijk onderdeel. In zoverre kan wel gesteld worden dat er met een kind gewerkt moet worden aan de oorzaken die hebben geleid tot de uithuisplaatsing. Het recht op periodieke evaluatie door bevoegde autoriteiten is niet alleen van de belang bij een eventuele verlenging van de uithuisplaatsing, maar ook tijdens het verblijf.

Het recht op periodieke evaluatie in andere bronnen

Het recht op periodieke evaluatie is ook terug te vinden in jurisprudentie van het EHRM in de context van art. 8 EVRM. Een belangrijk achterliggend principe bij zowel art. 25 IVRK als art. 8 EVRM is het principe dat uithuisplaatsing tijdelijk dient te zijn. Zowel het aspect van tijdelijkheid als het doel om ouders met hun kinderen te herenigen, ligt ten grondslag aan het recht op periodieke evaluatie van de uithuisplaatsing.³¹¹ In *Olsson t. Zweden (1)* stelde het Europees Hof vast dat:

'taking a child into care should normally be regarded as a temporary measure to be discontinued as soon as circumstances permit and that any measures of implementation of temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parent and the child'.³¹²

In *K.A. t. Finland* is een positieve verplichting voor de overheid geformuleerd om regelmatig te beoordelen of nog steeds sprake is van de condities waaronder het kind uit huis is geplaatst.³¹³ Volgens Kilkelly mag tenminste van de autoriteiten verwacht worden dat 'they examine the situation anew from

310 Detrick 1999, p. 806.

311 Zie ook par. 122 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg: 'Their [residentiële zorg, M]) objective should generally be to provide temporary care and to contribute actively to the child's family reintegration...'

312 EHRM 23 maart 1988, nr. 10465/83 (*Olsson t. Zweden (1)*), par. 81; zie ook EHRM 7 augustus 1996, appl. nr. 17383/90 (*Johansen t. Noorwegen*), par. 78.

313 EHRM 14 januari 2003, nr. 27751/95 (*K.A. t. Finland*), par. 139. Zie ook EHRM 27 april 2000, appl. nr. 25702/94 (*K. & T. t. Finland*), par. 170.

time to time to see whether there has been any improvement in the family's situation'.³¹⁴

Ook is in een aantal zaken voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is een beroep gedaan op art. 5 lid 4 EVRM om een schending van het recht op periodieke evaluatie vast te stellen. In deze zaken hebben individuen schending van art. 5 lid 4 EVRM aangewend voor het gebrek aan snelle of in sommige gevallen periodieke (*regular*) evaluatie van de rechtmatigheid van hun opsluiting in psychiatrische instellingen (vergelijkbaar met art. 37, onder d, IVRK en art. 9 lid 4 IVBPR). In de zaak *Wynne tegen Verenigd Koninkrijk* heeft het Europees Hof bepaald dat 'the very nature of the deprivation of liberty under consideration would appear to require a review of lawfulness to be available at reasonable intervals'.³¹⁵

In *D.L. t. Bulgarije* bepaalde het Europees Hof unaniem dat de plaatsing van klaagster in strijd is met art. 5 lid 4 EVRM, en wel omdat de Bulgaarse wetgeving niet voorziet in automatische periodieke toetsing van de vrijheidsberoving, maar slechts voorschrijft dat een dergelijke plaatsing maximaal drie jaar mag duren. Hoewel aan het einde van het schooljaar het gedrag van de minderjarige werd geëvalueerd door de instelling, de advocaat van de minderjarige en de bevoegde gemeente, voldeed deze gang van zaken volgens het hof niet aan art. 5 lid 4 EVRM, ook gelet op het feit dat dit in de praktijk nauwelijks leidde tot thuisplaatsingen van de minderjarigen.³¹⁶

Het recht op periodieke evaluatie in 'soft law'-documenten

De Richtlijnen voor alternatieve zorg geven aan dat in het besluitvormingsproces *rigorous assessment and planning* voorafgaan aan periodieke evaluatie (par. 56).³¹⁷ Hoe vaak deze evaluatie dient plaats te vinden, is terug te vinden in par. 67 van de Richtlijnen: bij voorkeur ten minste eenmaal per drie maanden'. Door elke drie maanden te evalueren wordt geprobeerd om uithuisplaatsingen zo kort mogelijk te laten duren.³¹⁸ Reeds in de Aanbeveling *on placement of Children* (1977) is gewezen op het belang van evaluatie. Het is interessant dat in een document dat ongeveer 30 jaar ouder is, een langere periode van zes maanden genoemd wordt:

'a review of the child's situation after a period which will vary according to age and individual circumstances (being shorter in the case of very young children), but which should not normally exceed six months, after which there should be further reviews at regular intervals' (Rule 1.5).

314 Kil Kelly 2009, p. 416.

315 EHRM 18 juli 1994, Serie A no. 294-A (*Wynne t. Verenigd Koninkrijk*), par. 55.

316 EHRM 19 mei 2016, appl. nr. 7472/14 (*D.L. t. Bulgarije*), EHRC 2016/208, m.nt. M.P. de Jong-de Kruijf.

317 Richtlijnen voor alternatieve zorg, par. 56.

318 Zie Cantwell e.a. 2012, p. 73.

Wellicht is door de tijd heen de invulling van het principe ‘tijdelijkheid’ verschoven en wordt daardoor aan kortere termijnen gehecht. De Richtlijnen voor alternatieve zorg vullen art. 25 IVRK aan voor de inhoud van de evaluatie:

‘the appropriateness of his/her care and treatment, taking into account notably his/her personal development and any changing needs, developments in his/her family environment, and the adequacy and necessity of the current placement in these lights’.

Als kwaliteitseis is geformuleerd dat ‘the review should be carried out by duly qualified and authorized persons, and fully involve the child and all relevant persons in the child’s life’. Par. 67 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg voegt toe dat het kind goed voorbereid moet worden op alle veranderingen in de zorg die voortkomen uit de evaluatie.

Korte samenvatting

In de eerste plaats vindt periodieke evaluatie plaats op het niveau van de zorginstelling. Zij zijn de eerst aangewezen instantie om vorm en inhoud te geven aan deze bepalingen. Daarnaast vindt evaluatie van de geboden zorg plaats door de kinderrechter wanneer hij een verlengingsverzoek voorgelegd krijgt. Hij is verplicht om na te gaan of het recht op periodieke evaluatie voldoende is nageleefd en daarnaast zal hij ook de kwaliteit van de evaluatie moeten beoordelen en gelet op de bewoordingen van art. 25 IVRK mogen er hoge eisen gesteld worden aan het kwaliteitsniveau.

Rechterlijke toetsing van de behandeling tijdens het verblijf in alternatieve zorg zal niet iedere drie maanden hoeven plaats te vinden, wel volgt uit het principe dat verblijf tijdelijk dient te zijn en dat de rechter de uithuisplaatsing frequent dient te toetsen.

Ten slotte is periodieke evaluatie nodig om een rechterlijke verlengingsbeslissing te legitimeren. Zonder zorgvuldige monitoring zal de rechter onvoldoende grond hebben om te kunnen onderbouwen dat een verlenging voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Ook voor het recht op periodieke evaluatie geldt dat de zorgvuldige naleving ervan een bouwsteen is om de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit in de praktijk na te leven.

2.6.9 Het recht op compensatie vanwege onrechtmatige vrijheidsberoving

Het recht op compensatie of schadeloosstelling vanwege onrechtmatige vrijheidsbeneming is terug te vinden in art. 5 lid 5 EVRM.³¹⁹ Het recht op com-

³¹⁹ Dit recht is niet neergelegd in art. 37 IVRK, de Beijing Rules (1985) en de European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (2008).

pensatie is net als het recht in art. 5 lid 4 EVRM te beschouwen als een facet van het recht op *effective remedy*. Jacobs e.a. schrijven dat het niet precies duidelijk is waarom voor een inbreuk op art. 5 onder lid 1 tot en met lid 4 EVRM een speciaal artikel in het leven is geroepen waarin het recht op compensatie is vastgelegd, terwijl dit bij andere rechten in het EVRM niet het geval is en art. 13 EVRM een algemene bepaling bevat over het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel als een inbreuk op een van de rechten uit het EVRM is vastgesteld.³²⁰ Ze stellen vast dat tot op heden de interpretatie en toepassing van art. 5 lid 5 EVRM marginaal is.³²¹ Het recht op compensatie is ook terug te vinden in art. 9, vijfde lid, IVBPR. Nowak beargumenteert dat art. 9 lid 5 IVBPR in zoverre verschilt van art. 5 lid 5 EVRM dat dit artikel is in te roepen voor ieder slachtoffer van onrechtmatige arrestatie of gevangenschap. Op art. 5 lid 5 EVRM daarentegen, kan alleen een beroep gedaan worden als één van de voorgaande leden van art. 5 EVRM geschonden is. Het essentiële verschil is dat er geen schending van art. 9 lid 1-4 IVBPR hoeft te worden vastgesteld: als op nationaal niveau is vastgesteld dat sprake was van onrechtmatige vrijheidsbeneming maar er vervolgens geen compensatie tegenover staat, kan men zich beroepen op een schending van art. 9 lid 5 IVBPR. Het VN-Mensenrechtencomité hoeft in dat geval niet vast stellen dat de leden 1 – 4 zijn geschonden. Belangrijk voor het onderwerp van gesloten jeugdhulp is de vaststelling van het VN-Mensenrechtencomité in het *General Comment* behorend bij art. 9 IVBPR dat het vijfde lid zich ook uitstrekt tot niet-strafrechtelijke procedures.³²² Daarnaast zijn Staten verplicht om aan het VN-Mensenrechtencomité het aantal klachten te rapporteren dat betrekking heeft op compensatie vanwege onrechtmatige detentie.³²³

2.6.10 Tussenconclusie ten aanzien van procedurele rechten

Procedurele waarborgen zijn nodig om de rechtmatigheid van de besluitvormingsprocedure te waarborgen. De procedurele waarborgen stimuleren dat het onderzoek naar de rechtvaardigingsgronden zorgvuldig verloopt. De procedurele waarborgen overlappen elkaar soms, bijvoorbeeld het recht om gehoord te worden en het recht op informatie. Het recht om gehoord te worden is het meest omvattende procedurele recht en het meest van belang voor het kunnen uitoefenen van de materiële rechten van het kind.

Het recht op compensatie en het recht om onverwijld te beschikken over juridische en andere passende bijstand, behoort slechts tot het toetsingskader

³²⁰ White & Ovey 2010, p. 240.

³²¹ White & Ovey 2010, p. 241.

³²² VN-Mensenrechtencomité, *General Comment nr. 35, 'Article 9: Liberty and security of person'*, CCPR/C/GC/35, december 2014.

³²³ VN-Mensenrechtencomité, *Revised Reporting Guidelines* (CCPR/C/2009/1), par. 61.

voor vrijheidsbeneming. Echter, het overgrote deel van de waarborgen die voortvloeien uit het feit dat gesloten jeugdhulp gepaard gaat met vrijheidsbeneming is aanvullend op de waarborgen waarmee een uithuisplaatsingsbeslissing omgeven is. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het recht op periodieke evaluatie (art. 25 IVRK) en het recht om de wettigheid van zijn of haar vrijheidsberoving te betwisten (o.a. art. 37, onder d, IVRK). Art. 25 IVRK ziet vooral op de inhoud van de behandeling en art. 37, onder d, IVRK bevat het recht om op basis van deze evaluaties de rechtmatigheid van de vrijheidsberoving te betwisten (omdat bijvoorbeeld passende behandeling ontbreekt).³²⁴ Ook is zowel een uithuisplaatsing als bij vrijheidsbeneming niet vereist dat de beslissing tot een dergelijke maatregel door een rechter genomen wordt, wel moet in beide gevallen de mogelijkheid geboden worden om de beslissing te toetsen bij de rechter.

2.7 HET VN-KINDERRECHTENCOMITÉ OVER RESIDENTIËLE GESLOTEN PLAATSLINGEN IN NEDERLAND

Het VN-Kinderrechtencomité houdt toezicht op de naleving van het VN-Kinderrechtenverdrag (art. 43-44 IVRK). Eén van de manieren waarop zij toezicht houdt is door middel van vijfjarige cycli van landenrapportages die Verdragsstaten dienen op te stellen. Een dergelijk rapport wordt besproken met de regeringsdelegatie en naar aanleiding van een daaruit volgende discussie formuleert het VN-Kinderrechtencomité aanbevelingen (*Concluding Observations*) die de implementatie van het VN-Kinderrechtenverdrag moeten bevorderen. De *Concluding Observations* met betrekking tot Nederland dateren van 1999, 2004, 2009 en 2015. Hoe kijkt het VN-Kinderrechtencomité aan tegen het fenomeen van residentiële gesloten plaatsingen in Nederland?

In 1999 merkte het VN-Kinderrechtencomité op bezorgd te zijn over 'the long waiting periods for placement in residential care' en deed het VN-Kinderrechtencomité de aanbeveling om meer plekken te creëren in residentiële instellingen en tegelijkertijd alternatieven voor residentiële plaatsingen te ontwikkelen, in het bijzonder pleegzorg (par. 16).³²⁵ In 2004 merkte het VN-Kinderrechtencomité op dat onvoldoende gehoor is gegeven aan deze aanbeveling (par. 8). De oorzaken van de wachtlijsten in de jeugdzorg dienden aangepakt te worden (par. 39) en wederom hamerde het VN-Kinderrechtencomité op het ontwikkelen van alternatieven voor residentiële zorg (par. 41-42). Ten aanzien van de gezondheid van adolescenten gaf het VN-Kinderrechtencomité aan zich zorgen te maken over het gebrek aan voldoende capaciteit in de geestelijke gezondheidszorg (par. 49). Ook wordt specifiek benoemd dat strafrechtelijk geplaatste jeugdigen in een justitiële jeugdinrichting samen

³²⁴ Zie ook Liefwaard 2008a, p. 116.

³²⁵ CRC/C/15/Add.114, 26 oktober 1999.

geplaatst worden met kinderen die geplaatst zijn vanwege gedragsproblemen (par. 58(a)). Een dergelijke samenplaatsing dient vermeden te worden (par. 59(d)).³²⁶ Met name deze aanbeveling is van groot belang geweest voor de ontwikkeling van een aparte vorm van gesloten jeugdhulp (zie par. 3.8). In de *Concluding Observations* van 2009 werd alweer gerefereerd aan de wachtlijsten voor het verkrijgen van ‘appropriate services’. Het ontbrak volgens het Comité voornamelijk aan preventie en vroeg-interventie (par. 39). Hoewel het VN-Kinderrechtencomité tevreden opmerkte dat de wachtlijsten zijn afgenomen en er meer pleegouders bij zijn gekomen, was het VN-Kinderrechtencomité bezorgd dat:

‘youth care still focuses largely on placing children in residential institutions’.

Verder sprak het VN-Kinderrechtencomité haar zorgen uit over de lange wachtlijsten voor plaatsingen, frequente doorplaatsingen en het gebrek aan een permanente gezinsvoogd die langdurig met een kind optrekt (par. 41). In par. 43 gaf het VN-Kinderrechtencomité aan de nieuwe situatie waarin de samenplaatsing is beëindigd, te appreciëren. Wel gaf zij aan zorgen te hebben over de overgangssituatie tot 2010 waarin kinderen met gedragsproblemen nog steeds in justitiële jeugdinrichtingen geplaatst konden worden (par. 43).³²⁷ In de meest recente *Concluding Observations* van 2015 is aandacht voor het decentralisatieproces van de jeugdzorg en jeugdhulp. Het VN-Kinderrechtencomité waarschuwt voor rechtsongelijkheid tussen Nederlandse gemeenten als het gaat om toegang tot jeugdhulp (par. 12). Net als in 2009 spreekt het VN-Kinderrechtencomité haar bezorgdheid uit over het hoge aantal kinderen dat verblijft in residentiële instellingen. Tevens zijn er zorgen over een tekort aan geschikte pleeggezinnen en gezinshuizen, vooral voor kinderen van 10 jaar en ouder, broertjes en zusjes en kinderen met een migrantenachtergrond. Het VN-Kinderrechtencomité is daarnaast bezorgd over het gebrek aan structurele nazorg na een verblijf in instellingen en pleeggezinnen (par. 38). Voor al deze thema's worden aanbevelingen gedaan (par. 39).³²⁸ De rode draad is volgens het VN-Kinderrechtencomité dat er teveel kinderen in instellingen geplaatst worden en er te weinig alternatieven ontwikkeld worden.

326 CRC/C/15/Add.227, 26 februari 2004.

327 CRC/C/NLD/CO/3, 26 maart 2009.

328 VN-Kinderrechtencomité, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Netherlands*, CRC/C/NLD/CO/4, 8 juni 2015.

2.8 EEN GEÏNTEGREERD TOETSINGSKADER VOOR GESLOTEN PLAATSINGEN VAN KINDEREN

2.8.1 Resumé van de onderzoeksvragen

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal welke minimumeisen gelden ten aanzien van (de totstandkoming van) rechtmatige gesloten plaatsingen van kinderen, gelet op het Europese en internationale juridische kader van kinderen en mensenrechten. De twee deelvragen hierbij luiden als volgt:

1. *Welke eisen worden in internationale kaders gesteld aan de beslissing tot plaatsing in een residentiële setting, gelet op het gegeven dat een gesloten uithuisplaatsing een inbreuk vormt op 'family life'?*
2. *Welke eisen worden in internationale kaders gesteld aan rechtmatige vrijheidsbeneming in de vorm van gesloten plaatsingen?*

2.8.2 De belangrijkste beginselen

In dit hoofdstuk is een groot aantal beginselen en rechten van kinderen in kaart gebracht die deel uitmaken van het toetsingskader voor rechtmatige plaatsingen van kinderen in instellingen voor gesloten jeugdhulp. De belangrijkste rechten zijn deze: het recht op bescherming van kinderen tegen willekeurige en onwetmatige vrijheidsbeneming en het recht op extra bescherming van kinderen in een alternatieve zorgsituatie. De volgende beginselen liggen hieraan ten grondslag: de vier kernbeginselen uit het IVRK (in nauwe samenhang met het individualiteitsbeginsel, *principle of suitability* en het rechtszekerheidsbeginsel); het beginsel van *family unity*; het beginsel dat kinderen in een veilige en stabiele omgeving dienen op te groeien; het exceptionalitybeginsel; het noodzakelijkheidsbeginsel (ook wel: de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit); het verbod op willekeur en onwettigheid, dat zich concreet vertaalt in het *last resort* beginsel en het beginsel dat vrijheidsbeneming voor de kortst mogelijke passende duur moet worden toegepast (deze laatste twee beginselen kunnen ook worden gezien als een nadere uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel) en het *habeas corpus* beginsel.

Deze beginselen – waarvan sommige meer specifiek (zoals het *last resort* beginsel) en sommige meer algemeen of abstract (zoals het rechtzekerheidsbeginsel) geformuleerd zijn – kunnen gerekend worden tot fundamentele opvattingen op mondiaal en Europees niveau over hoe initiële beslissingen en verlengingsbeslissingen eruit behoren te zien.

2.8.3 Kinderen mogen worden geplaatst in een gesloten residentiële setting

De eerste belangrijke conclusie is dat het is toegestaan om kinderen uit huis te plaatsen in een gesloten residentiële setting. Art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM biedt een wettelijke grondslag hiertoe. Dit ligt ook besloten in art. 20 lid 3 IVRK, dat spreekt van *geschikte* instellingen voor kinderzorg. Inderdaad, deze praktijk dient met zeer strenge waarborgen genormeerd te zijn – hierover gaat de rest van het toetsingskader – maar van een verbod op deze praktijk is geen sprake. De noodzaak tot het scheppen van een rechtsgrond die vrijheidsbeneming voor opvoedkundige doeleinden mogelijk maakt, is het stelligst tot uitdrukking gebracht door Trechsel. Het scheppen van een rechtsgrond voor opsluiting voor opvoedkundige doeleinden is volgens hem ‘self-evident’ en ‘justified and even necessary without any connection to criminal behaviour’. Van Bueren daarentegen, bevindt zich aan de andere kant van het spectrum. Zij noemt de rechtsgrond van art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM een *inherent paradox* binnen het EVRM dat er juist op is gericht om de mensenrechten van burgers te beschermen.

2.8.4 Exceptiebeginselen

Hoewel gesloten plaatsingen voor opvoedkundige doeleinden niet in zichzelf onrechtmatig zijn, is de verhouding tussen het gebruik van gesloten instellingen voor pedagogische doeleinden en het beschermen van de rechten van kinderen problematisch. Dit kan uit een aantal zaken worden afgeleid. Ten eerste blijkt uit de Richtlijnen voor alternatieve zorg dat alternatieve zorg residentiële zorg kan zijn of zorg in gezinsverband. Maar hiermee is nog niets gezegd over *gesloten* residentiële zorg. Gesloten zorg lijkt niet te behoren tot geschikte vormen van zorg, gelet op deze Richtlijnen. Alleen in par. 97 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg wordt de deur wel op een kier gezet voor dwang en beperkingen binnen alternatieve zorg: ‘(h)et gebruik van dwang en beperkingen van welke aard dan ook mag niet worden toegestaan tenzij strikt noodzakelijk voor de bescherming van de fysieke of geestelijke integriteit van het kind of van anderen, in overeenstemming met de wet en op een redelijke en proportionele wijze waarbij de fundamentele rechten van het kind worden geëerbiedigd’. Van welke aard dan ook wijst er wellicht op dat vrijheidsberoving is toegestaan, maar uit de Richtlijnen komt zo duidelijk naar voren dat preventieve maatregelen (beargumenteerd om gedwongen gezinsingrijpen tegen te gaan) en anders pleegzorg te prefereren (par. 23 van de Richtlijnen). En dit gaat een stapje verder dan art. 20 lid 3 IVRK, waarin geschikte instellingen voor kinderzorg, indien noodzakelijk, worden aangewezen als alternatieve zorgvorm voor situaties waarin het kind niet langer bij de ouders kan blijven. Er lijkt sprake te zijn van voortschrijdend inzicht.

In samenhang met het exceptiebeginsel kan wel gesteld worden dat wanneer wordt getwijfeld aan de noodzaak van vrijheidsbeneming, men mag aannemen dat een uithuisplaatsing in een pleeggezin of een open instelling in de rede ligt.

Ten slotte, gelet op de kortste definitie van vrijheidsbeneming – *not free to leave at will* – is het verschil tussen gesloten en besloten vormen van alternatieve zorg niet zo groot.

2.8.5 Een gesloten plaatsing moet noodzakelijk zijn in het belang van het kind

Leidende beginselen in het juridische kader ter rechtvaardiging van alternatieve zorgvormen voor kinderen zijn de beginselen van proportionaliteit en subsidiairiteit (samen aangeduid als het ‘noodzakelijkheidsbeginsel’) in combinatie met het *best interests* beginsel. Daarnaast moet een uithuisplaatsing altijd passend zijn (*principle of suitability* of het individualiteitsbeginsel). Het vereiste van proportionaliteit houdt in dat bij uithuisplaatsing sprake moet zijn van een redelijke verhouding tussen de aantasting van het recht van het kind om niet gescheiden te worden van de ouders en de legitieme doelstelling die met gesloten jeugdhulp wordt nagestreefd. Er moet een balans worden gevonden tussen enerzijds de ernstige problematiek en anderzijds de zwaarte van een gedwongen plaatsingsmaatregel. Of tot een uithuisplaatsing zal worden besloten, is altijd afhankelijk van de context en intensiteit van de problematiek die eraan ten grondslag ligt. Kortom, het proportionaliteitsvereiste noopt tot een gedegen balans tussen oorzaak (context en intensiteit van de problematiek), middel (uithuisplaatsing in de vorm van vrijheidsbeneming) en doel (het verminderen of opheffen van de problematiek). In die zin ligt in het vereiste van proportionaliteit tevens het vereiste van doelmatigheid besloten. De residentiële plaatsing moet zich redelijkerwijs kunnen verhouden tot de grootte van de problematiek. Met andere woorden: de problemen zijn zo groot dat deze alleen intramuraal behandeld kunnen worden. De proportionaliteitstoets is ook terug te vinden in EHRM-jurisprudentie, behorende bij art. 5 EVRM, alwaar dit principe – hoewel indirect geformuleerd – ten dienste staat van het voorkomen van willekeur. Ter rechtvaardiging van vrijheidsbeneming geldt een dubbele toets: deze dient namelijk rechtmatig (legaliteitsvereiste) en onwillekeurig te zijn.

Samengevat dient een uithuisplaatsing noodzakelijk te zijn in het belang van het kind en weegt dit beginsel zwaarder als het kind in een residentiële setting niet zijnde een gezinsomgeving geplaatst wordt (zie onder andere paragraaf 21 van de Richtlijnen voor alternatieve zorg). Om vrijheidsbeneming te kunnen legitimeren is een verzwaarde noodzakelijkheidstoets nodig (art. 37, onder b, IVRK in combinatie met de Havana Rules en de Beijing Rules). Deze structuur impliceert dat de besluitvorming aangaande de noodzaak van

een gesloten uithuisplaatsing gelaagd moet worden opgebouwd. Niet alleen door de kinderrechtster, maar ook door de verzoekende en eventueel controlerende instantie. Het toetsingskader dat wordt geboden voor uithuisplaatsingen en het toetsingskader dat van toepassing is op vrijheidsbeneming van kinderen zijn complementair aan elkaar en verrijken elkaar. Het pleidooi van bijvoorbeeld ngo's voor de-institutionalisering, wordt bijna geheel geplaatst in de context van alternatieve zorg. Terwijl dit pleidooi over de vraag naar de noodzaak van vrijheidsbeneming nog verder op scherp zet. Dit debat zou ook moeten gaan over de wijze waarop jeugdigen in onze maatschappij worden heropgevoed in gesloten instellingen. Want hoe kunnen jeugdigen van hun vrijheid beroofd worden, als het bestaansrecht van instellingen überhaupt beperkt is?

Een analyse van relevante kinder- en mensenrechten laat zien dat de keuze voor alternatieve zorg zorgvuldig juridisch gemotiveerd moet worden. Mijns inziens impliceert dit ook dat de civielrechtelijke kant van een gesloten plaatsing gedegen gemotiveerd dient te worden, zoals bijvoorbeeld het serieus motiveren van een ondertoezichtstelling en die niet slechts ondergeschikt maken aan de gesloten plaatsing (bij wijze van juridisch 'kapstokje'). Het is dan ook juridisch zuiver om de rechtsgrond voor gesloten jeugdhulp en de rechtsgrond voor de ondertoezichtstelling in twee delen te onderscheiden die beide aparte motivering behoeven.

2.8.6 Het belang van de vraag naar geschikte alternatieven

Een noodzakelijke uithuisplaatsing moet niet alleen getoetst worden aan het proportionaliteitsvereiste maar ook aan het subsidiariteitsvereiste. Dit vereiste wordt concreet vertaald in de vraag: zijn er passende alternatieven voorhanden en, zodra de uithuisplaatsing gerealiseerd is, zijn er gedurende de uithuisplaatsing mogelijkheden om voor een alternatief te kiezen. Vandaar ook, dat het recht op tussentijdse evaluatie van de uithuisplaatsing (voortdurend en niet alleen bij een verlengingsverzoek) uiterst serieus ingevuld moet worden. De urgentie van het subsidiariteitsvereiste ligt ook besloten in de eis dat een gesloten uithuisplaatsing *short* moet zijn.

2.8.7 De doelgroep van gesloten jeugdhulp

Het concept van de menselijke waardigheid vormt het fundament voor mensenrechten. De idee dat kinderen recht hebben op bijzondere bijstand en zorg ligt samen met het concept van de menselijke waardigheid ten grondslag aan het kinderrechtendiscours. In de Preambule bij het IVRK is aandacht voor kinderen die in uitzonderlijk moeilijke omstandigheden leven. Kinderen voor wie een machtiging plaatsing in een instelling voor gesloten jeugdhulp wordt

aangevraagd, vallen in deze categorie. Kinderen in gesloten jeugdzorg zijn vaak 'lastig' en lijken problemen soms zelf op te zoeken. Er moet een gulden middenweg gevonden worden tussen het respecteren van de autonomie van een kind – het geven van ruimte om iemand risico's te laten nemen en desnoods fouten te laten maken – en het beschermen van de waardigheid van een kind door grove fouten die de ontwikkeling van het kind ernstig beschadigen, te voorkomen. Hierbij zijn het concept van de zich ontwikkelende vermogens van een kind en passend belang dat moet worden gehecht aan de mening van het kind in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid belangrijke aanknopingspunten.

In de literatuur worden voorbeelden gegeven van situaties waarin residentiële zorg de meest passende oplossing vormt, namelijk voor kinderen die een aantal mislukte pleeggezinplaatsingen achter de rug hebben, als broers en zussen bij elkaar geplaatst willen worden of voor oudere kinderen die al bijna 18 jaar zijn en op zichzelf moeten gaan wonen. Cantwell & Holzscheiter wijzen er mijns inziens terecht op dat sommige kinderen helaas altijd afhankelijk zullen zijn van residentiële zorg. Ook dan weer geldt dat plaatsingen alleen zijn toegestaan indien ze worden gebruikt als laatste redmiddel voor de kortst mogelijke passende duur. Gesloten, residentiële zorg is met andere woorden bestemd voor kinderen met problemen van een buitencategorie.

Helaas lijken deze kinderen als het ware door de verschillende juridische kaders te 'glippen'. Enerzijds passen ze niet volledig binnen de kaders voor vrijheidsbeneming, aangezien dat thema toch vooral gelieerd is aan strafbaar gedrag en het jeugdstrafrecht. De analyse van het toetsingskader wijst echter uit dat alle rechten voor kinderen die van hun vrijheid worden beroofd, ten volle gelden voor kinderen die met gesloten jeugdhulp te maken krijgen. Aan de andere kant wordt dit veroorzaakt door de nadruk op preventie en de voorkeur voor pleegzorg zodat *gesloten*, alternatieve zorg nauwelijks meer aan bod komt.

2.8.8 Doelstellingen van gesloten jeugdhulp

Waarom dient de gesloten jeugdhulp? Dat is een vraag, die voor ieder afzonderlijk kind op *passende* wijze beantwoord dient te worden. Ten eerste dient plaatsing in een gesloten instelling altijd gericht te zijn op de ontwikkeling van het kind en niet op bijvoorbeeld het beheersen van probleemgedrag. Centraal staat de ontwikkeling op weg naar de volwassenheid en deze ontwikkeling dient zoveel mogelijk te verlopen via het principe van continuïteit (art. 20 lid 3, tweede zin, IVRK). Continuïteit moet verstaan worden in zowel ruimtelijke zin (geen onnodige overplaatsingen) als in relationele zin (zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de familiebanden in ere houden en het aantal verschillende opvoeders per kind in een instelling zoveel mogelijk beperken). Herstel van de ouder-kind relatie en het recht om terug te keren naar de

familie staan in het toetsingskader voor alternatieve zorg voorop. De doelstelling voor vrijheidsbeneming ligt meer op het vlak van re-integratie in de samenleving. Daarom is bijvoorbeeld het sociaaleconomische recht op onderwijs van groot belang in een gesloten instelling en draagt de naleving van sociaaleconomische rechten bij aan de invulling van het materiële recht op een uithuisplaatsing die in het belang van het kind is. De doelen van een gesloten plaatsing zijn het krachtigst samengevat in de Beijing Rules (Rules 26.1-2):

‘(t)he objective of training and treatment of juveniles placed in institutions is to provide care, protection, education and vocational skills, with a view to assisting them to assume socially constructive and productive roles in society. Juveniles in institutions shall receive care, protection and all necessary assistance – social, educational, vocational, psychological, medical and physical – that they may require because of their age, sex and personality and in the interest of their wholesome development.’

Het doelmatigheidsvereiste verplicht tot het nauwkeurig formuleren van behandel- en of opvoedingsdoelen die zich redelijkerwijs verhouden tot de problematiek van het kind en de gronden waarop het kind geplaatst is.

De bijdrage van EHRM-jurisprudentie over art. 5, lid 1, aanhef en onder d, EVRM is dat er hoge eisen gesteld worden aan de pedagogische kwaliteit van een gesloten instelling. Alleen in deze setting kunnen nastrevenswaardige doelstellingen gerealiseerd worden die ten gunste komen aan het doel van de opvoedingsgrondslag.

2.8.9 Procedurele waarborgen versterken de rechtspositie van het uit huis geplaatste kind

Procedurele waarborgen zijn van niet te onderschatten waarde voor het kunnen uitoefenen van materiële rechten van het uit huis geplaatste kind. Procedurele rechten vormen de bedding waarin rechtvaardige besluitvorming zich bevindt. Bevindt de kracht van materiële rechten zich vooral in de geïndividualiseerde motivering, procedurele zorgvuldigheidsvereisten zijn te beschouwen als ‘harde’ rechten die een kind gemakkelijker kan afdwingen. De waarborgen die voortvloeien uit EHRM-jurisprudentie bij art. 8 EVRM, de procedurele rechten die ontleend kunnen worden uit de artikelen 12 en 37, derde en vierde lid, IVRK en art. 5, vierde en vijfde lid, EVRM dragen bij aan de zienswijze dat het uit huis geplaatste kind een rechtssubject is, dat rechten geniet. Met name het recht om gehoord te worden en daarmee serieus genomen te worden, is uiterst belangrijk voor het verwezenlijken van de autonomie van bijna-volwassenen die zich in de gesloten jeugdhulp bevinden.

2.8.10 Een gesloten plaatsing is een ultimum remedium en voor de kortst mogelijke passende duur

Tot slot, het belangrijkste argument voor het integreren van de juridische kaders voor uithuisplaatsing en vrijheidsbeneming is dat abstracte beginselen zoals het verbod op willekeur, rechtmatigheid, het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel) zich vertalen in praktische maatstaven die in beide kaders van toepassing zijn: het *last resort* beginsel en het beginsel dat een gesloten plaatsing voor de kortst mogelijke passende duur dient te zijn. Het *last resort* beginsel heeft als uitgangspunt dat het kind bij de familie behoort te wonen, desnoods met ondersteuning. De vraag dient steeds gesteld te worden: 'kunnen ouders het nog zelf'? Voor het vrijheidsbenemende aspect geldt iets vergelijkbaars: steeds komt de vraag aan de orde: 'kan het ook op een minder ingrijpende manier, dat wil zeggen zonder vrijheidsberoving'? Dit beginsel verplicht tot een actieve, niet aflatende zoektocht naar passende en redelijke alternatieven. Deze verplichting houdt niet op als het kind eenmaal geplaatst is. Dit hangt nauw samen met het beginsel dat een plaatsing voor de kortst mogelijke passende duur moet plaatsvinden. Steeds opnieuw dienen de verantwoordelijken zich de vraag te stellen of een gesloten uithuisplaatsing nog steeds noodzakelijk is voor dit kind. Deze verplichting is de keerzijde van het recht op regelmatige evaluatie van de gesloten uithuisplaatsing en het recht om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te laten toetsen bij een gerechtelijke voorziening (art. 9 lid 1 IVRK en art. 37, onder d, IVRK en art. 5 lid 4 EVRM). Tegelijkertijd is dit beginsel een afspiegeling van het pragmatische karakter van het internationale kader, gelet op het woordje 'passend'. Een plaatsing moet kort zijn, maar de duur ervan moet passend zijn bij het individuele kind.

2.8.11 Afsluiting

Samenvattend komen in deze bovengenoemde twee toetsbare begrippen de voornaamste componenten van het toetsingskader tot uitdrukking:

- een gesloten plaatsing moet noodzakelijk zijn en blijven in het belang van het kind op basis van alle belangen die in een individuele zaak een rol spelen;
- een gesloten plaatsing is en blijft een ultimum remedium en behoeft voortdurende bevraging: is er een ander passend en minder ingrijpend alternatief?;
- een gesloten plaatsing dient voor de kortst mogelijke passende duur te worden toegepast en dient daarom regelmatig geëvalueerd te worden;
- een gesloten plaatsing dient een concreet doel te beogen, dat in relatie staat tot de problematiek van de jongeren en de gronden die hebben geleid tot de plaatsing; dit stelt hoge kwaliteitseisen aan het verblijf in een gesloten instelling.

In de onderstaande tabel is schematisch weergegeven uit welke elementen een toetsing van de rechtmatigheid van een verzoek tot plaatsing in gesloten jeugdhulp bestaat op basis van het internationaalrechtelijke en Europese normen. Het toetsingskader start met het uitgangspunt dat een plaatsing in gesloten jeugdhulp in het belang van het kind moet zijn. Vervolgens zijn de uitgangspunten onderverdeeld in 'dynamische' uitgangspunten en 'statische' uitgangspunten. Daarmee bedoel ik te zeggen dat het proportionaliteitsbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel dynamisch van aard zijn: voor meerdere uitleg vatbaar en variërend van geval tot geval. Met andere woorden: veel vastigheid bieden de beginselen niet. Met 'statische' uitgangspunten wordt bedoeld dat de wet min of meer voorschrijft hoe deze uitgangspunten concreet dienen te worden toegepast.

Tabel 6. Juridisch toetsingsmodel voor de gesloten jeugdhulp

<i>Kinder- en mensenrechtentoetsingskader³²⁹ gesloten jeugdhulp</i>	
<i>Voornaamste uitgangspunt</i>	
1.	Een plaatsing in gesloten jeugdhulp moet in het belang van de jeugdige zijn
<i>Dynamische uitgangspunten</i>	
2.	Gesloten jeugdhulp wordt slechts gehanteerd als uiterste maatregel - Jeugdhulp is noodzakelijk (proportionaliteitsbeginsel) - Vrijheidsbeneming is noodzakelijk (proportionaliteitsbeginsel) - Er is geen alternatief (meer) voorhanden waarmee het doel van de behandeling kan worden nagestreefd (subsidiariteitsbeginsel)
3.	Gesloten jeugdhulp wordt toegepast voor de kortst mogelijke passende duur en de plaatsing wordt regelmatig getoetst (proportionaliteitsbeginsel)
4.	In de instelling voor gesloten jeugdhulp krijgt de jeugdige de behandeling die nodig is en die beantwoordt aan het doel waarvoor de machtiging gesloten plaatsing is afgegeven (doelmatigheidsbeginsel)
5.	De lange termijn effecten van een gesloten plaatsing worden meegewogen (doelmatigheidsbeginsel)
6.	Een dwangmaatregel in combinatie met vrijheidsbeneming schept verplichtingen in termen van een recht op een 'state of the art' behandeling
<i>Statische uitgangspunten</i>	
7.	De besluitvormingsprocedure die leidt tot gesloten jeugdzorg, moet omkleed zijn met procedurele waarborgen - De positie van de minderjarige is met rechtswaarborgen omkleed - De minderjarige heeft het recht om aan de procedures deel te nemen en om gehoord te worden

329 In het vervolg zal vanwege de leesbaarheid zoveel mogelijk worden gesproken van een 'kinderrechtentoetsingskader'.

Het kinderrechtentoetsingskader zoals dat is gedestilleerd uit Europese en internationale rechtsbronnen en hierboven schematisch is weergegeven, zal in het vervolg van deze studie steeds naast de wet en de rechtspraktijk worden gelegd. In hoofdstuk 3 zal de huidige regeling gesloten jeugdhulp eerst in haar historische context worden geplaatst.

