



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Radicalisering bij minderjarigen en
overheidsingrijpen: over de interactie van
rechtsgebieden en een kinder- en
mensenrechtenconforme inzet van juridische
instrumenten**

Capelleveen, N.U. van

Citation

Capelleveen, N. U. van. (2025, January 16). *Radicalisering bij minderjarigen en overheidsingrijpen: over de interactie van rechtsgebieden en een kinder- en mensenrechtenconforme inzet van juridische instrumenten. Meijers-reeks*. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4175991>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4175991>

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

3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is het internationale kinder- en mensenrechtenkader opgesteld dat van toepassing is op de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering bij minderjarigen. In dit kinder- en mensenrechtenkader liggen verschillende belangen besloten die bij de overheidsreactie op radicalisering kunnen worden onderscheiden. Deze belangen omvatten: (1) het belang van de minderjarige op een ongestoorde uitoefening van klassieke fundamentele rechten en vrijheden, (2) het belang van de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige en (3) het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving. Hoewel het geïntroduceerde kinder- en mensenrechtenkader een aantal uitgangspunten bevat dat ziet op de verhouding tussen deze verschillende belangen, met name de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, bieden internationale kinder- en mensenrechten verder weinig houvast met betrekking tot de besluitvorming op nationaal niveau over het nastreven van deze belangen. Dit geldt des te meer aangezien het EHRM nationale autoriteiten in de context van het beschermen van de veiligheid van de samenleving en het beschermen van de ontwikkeling van minderjarigen in de regel een ruime *margin of appreciation* toekent (zie eerder par. 2.5.2.1).

De verhouding tussen de onderscheiden belangen en de vraag in hoeverre deze worden nagestreefd, wordt zodoende primair op nationaal niveau bepaald. Zowel de wetgever, als actoren die verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming over de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering, als ten slotte (eventueel) de rechter hebben daarbij een verantwoordelijkheid bij het nastreven van de betrokken belangen.¹ In dit hoofdstuk staat dan ook de verhouding van de onderscheiden belangen vanuit een kinder- en mensenrechtencontext centraal en wordt aan de hand van rechtstheoretische literatuur een rechtswetenschappelijk kader opgesteld voor een kinderrechtenconforme afweging van belangen op nationaal niveau. Daarmee wordt in dit hoofdstuk voortgebouwd op het voorgaande hoofdstuk, waarbij aanvullende uitgangspunten worden geboden voor een inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering die recht doet aan een kinder- en mensenrechtenperspectief.

1 Zie ook De Lange 1994, p. 279. De actoren die in Nederland verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming over de inzet van juridische instrumenten zijn het OM, de NCTV en de Raad voor de Kinderbescherming, zie uitgebreid par. 4.4.

Het complementeren van uitgangspunten uit het kinder- en mensenrechtenkader met rechtstheoretische uitgangspunten maakt het daarbij mogelijk een analysekader te creëren voor het vanuit kinder- en mensenrechtenperspectief analyseren en beoordelen van de inzet van juridische instrumenten op nationaal niveau, waarbij – anders dan bij bijvoorbeeld de proportionaliteitstoets op grond van het EVRM – alle betrokken belangen integraal worden afgewogen om te besluiten of en welk overheidsoptreden is geboden.

In dit hoofdstuk wordt daarmee nader antwoord gegeven op de eerste deelvraag van dit onderzoek: ‘Welke fundamentele rechten, vrijheden en belangen kunnen, beschouwd vanuit een internationaal kinder- en mensenrechtenperspectief, worden onderscheiden bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering bij minderjarigen en hoe verhouden deze zich tot elkaar?’ Hiervoor wordt allereerst op rechtstheoretisch niveau ingegaan op het concept ‘belangen’ in de context van internationale kinder- en mensenrechten en het afwegen van deze belangen (par. 3.2). In het vervolg van het hoofdstuk staat de belangenafweging bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering centraal, waarbij aan de hand van het kinder- en mensenrechtenkader uit hoofdstuk 2 aan deze belangenafweging inhoud en structuur wordt gegeven (par. 3.3). Hierop voortbouwend wordt eerst de afweging van de individuele belangen van de minderjarige bij de overheidsreactie op radicalisering geanalyseerd (par. 3.4) en aansluitend de afweging van de belangen van de minderjarige met het publieke belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving (par. 3.5). Uitgaande van de uitgangspunten die hierbij worden opgesteld voor een kinderrechtenconforme belangenafweging wordt in de tussenconclusie een analysekader gepresenteerd voor een inzet van juridische instrumenten die recht doet aan een kinder- en mensenrechtenperspectief (par. 3.6).

3.2 DE VERHOUDING EN AFWEGING VAN BELANGEN – ALGEMENE RECHTSTHEORETISCHE BESCHOUWINGEN

In deze paragraaf wordt op rechtstheoretisch niveau ingegaan op het concept ‘belangen’ in de context van internationale kinder- en mensenrechten. Hiervoor wordt de verhouding tussen belangen en fundamentele rechten en vrijheden onderzocht (par. 3.2.1) en wordt de idee van de belangenafweging geïntroduceerd als gangbare benadering voor de besluitvorming over uiteenlopende belangen in een kinder- en mensenrechtencontext (par. 3.2.2). Op de belangenafweging als structuur voor besluitvorming wordt in de daaropvolgende paragraaf nader ingegaan, waarbij een methode voor de belangenafweging wordt gepresenteerd (par. 3.2.3).

3.2.1 Belangen en internationale kinder- en mensenrechten

Zoals ook uit het in het vorige hoofdstuk geschetste internationale kinder- en mensenrechtenkader blijkt, zijn fundamentele rechten en de notie van belangen nauw met elkaar verbonden. Diverse in internationale kinder- en mensenrechten erkende (algemene) belangen vormen een rechtvaardiging om de fundamentele rechten en vrijheden van minderjarigen te beperken. Deze samenhang tussen belangen en fundamentele rechten bestaat echter niet alleen wat betreft de mogelijke beperking van rechten. In de rechtstheoretische literatuur wordt – onder meer door Raz, Gerards, Den Houdijker en Tasioulas – gesteld dat ook fundamentele rechten en vrijheden zelf op onderliggende individuele belangen zijn gestoeld.² Den Houdijker stelt zich bijvoorbeeld op het standpunt dat hoewel belangen nauwelijks direct zichtbaar zijn, er onder elk fundamenteel recht belangen liggen besloten.³ Fundamentele rechten kunnen met andere woorden worden gezien als codificaties van individuele belangen.⁴

Gezien dit karakter van kinder- en mensenrechten constateert Gerards dat een oordeel over zaken in het kader van fundamentele rechten steeds een beoordeling en weging vergt van uiteenlopende belangen.⁵ Ook Van Sasse van IJsselt maakt duidelijk dat de wens of noodzaak tot gelijktijdige realisering van tegenovergestelde fundamenteelrechtelijke belangen een afweging vergt die inherent is aan – onder meer – de open structuur van fundamentele rechten en de ‘weerbarstige praktijk’ waarbinnen deze rechten moeten worden gerealiseerd.⁶ Deze noodzaak tot het afwegen van uiteenlopende belangen in het kader van kinder- en mensenrechten kan daarbij worden geplaatst tegen de achtergrond van het proportionaliteitsvereiste, dat een beoordeling vergt van de verhouding tussen het belang dat door een maatregel wordt getroffen en het belang dat met de maatregel wordt nagestreefd (zie eerder par. 2.5.2).⁷

Hoewel zodoende verschillende typen belangen een rol spelen in het domein van kinder- en mensenrechten – belangen die ten grondslag liggen aan fundamentele rechten en vrijheden en belangen die beperkingen rechtvaardigen – wijst Gerards erop dat in ieder proces van besluitvorming een veelheid van belangen is betrokken; het ‘tweedimensionale’ beeld waarbij één individueel belang botst met één ander, algemeen, belang vormt volgens haar een ‘sterke simplificatie van de werkelijkheid’.⁸ Tegen deze ach-

2 Raz 1986, p. 166 en 178-192, Gerards 2008, p. 666-667 en 672, Den Houdijker 2007, p. 169 en Tasioulas, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2021, p. 1179. Zie ook McHarg, *The Modern Law Review* 1999, p. 672.

3 Den Houdijker 2007, p. 169.

4 Van den Brink 2018, p. 108 onder verwijzing naar Gerards 2008, p. 672.

5 Gerards 2006, p. 4.

6 Van Sasse van IJsselt 2018, p. 1.

7 Zie ook Den Houdijker 2012, p. 4-6 en Tryklib, *ECLIC* 2020, p. 129-130.

8 Gerards 2006, p. 7-8. Zie ook Webber 2009, p. 106. Aleinikoff spreekt van een ‘Universe of Interests’; Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 977.

tergrond wordt het selecteren van belangen in de literatuur aangeduid als een moeilijke, maar belangrijke eerste stap voor de afweging van belangen in het kader van fundamentele rechten. Beslissingen over welke belangen als relevant worden aangemerkt, hebben immers wezenlijke invloed op het uiteindelijke besluit.⁹

Verschillende auteurs wijzen er bovendien op dat belangen in de context van fundamentele rechten een verschillende abstractiegraad aannemen; belangen kunnen zowel heel abstract als heel concreet worden vastgesteld.¹⁰ Concreet geïdentificeerde belangen zijn, zo komt in de literatuur tot uitdrukking, moeilijk te vergelijken met abstracte belangen, waarbij wordt gesteld dat hoe algemener een belang is geformuleerd, hoe meer waarde hier in het algemeen aan wordt gehecht. Om de uiteindelijke afweging van belangen zoveel mogelijk waarde neutraal te maken, wordt daarom benadrukt dat de abstractiegraad van betrokken belangen zoveel mogelijk gelijk aan elkaar moet zijn.¹¹ Bij een verschil in abstractiegraad dienen belangen ofwel concreter te worden gedefinieerd of dient juist veralgemenisering plaats te vinden. Concretisering van de betrokken belangen doet daarbij het meest recht aan de individuele omstandigheden van het geval.¹²

3.2.2 De belangenafweging in een kinder- en mensenrechtencontext

In de rechtstheoretische literatuur wordt de belangenafweging beschreven als gangbare benadering voor de besluitvorming over uiteenlopende belangen in de context van kinder- en mensenrechten.¹³ In dit kader moet worden vooropgesteld dat het ‘afwegen’ van belangen, zoals dat in de literatuur wordt beschreven, als metafoor wordt gebruikt; het concept ‘belangenafweging’ houdt niet in dat belangen letterlijk worden gewogen, maar biedt houvast aan het anders zeer abstracte proces van het oplossen van een conflict tussen strijdende belangen.¹⁴ Volgens Aleinikoff verwijst de metafoor van de belangenafweging – *balancing* – daarmee naar theorieën gebaseerd op de identificatie, waardering en vergelijking van concurrerende belangen.¹⁵

9 Den Houdijker 2007, p. 170 en Den Houdijker 2012, p. 105-109. Zie ook Webber 2009, p. 105-106, Van den Brink 2018, p. 113-114 en Gerards 2006, p. 7.

10 Zie onder meer Green, *The Yale Law Journal* 1998, p. 443-451.

11 Gerards 2006, p. 8 en 28-29 onder verwijzing naar Green, *The Yale Law Journal* 1998, p. 453 e.v. Zie ook Den Houdijker 2007, p. 172-173 en Den Houdijker 2012, p. 109-115.

12 Zie Gerards 2006, p. 29, De Lange 1994, p. 280, Van den Brink 2018, p. 114-115 en Tsakyrakis, *International journal of constitutional law* 2009, p. 488. Zie in dit verband ook Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 981-982.

13 Onder meer Alexy, *Ratio Juris* 2003a, p. 133 en 136-138, Den Houdijker 2007, p. 167, Burkens 1989, p. 148 en Christoffersen 2009, p. 203-204. Zie ook Legg 2012, p. 182-188 en Webber 2009, p. 55-86.

14 Vlg. Den Houdijker 2007, p. 173-174. Zie ook Den Houdijker 2012, p. 117-122.

15 Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 945.

De bestaande rechtstheoretische literatuur richt zich daarbij hoofdzakelijk op de rechterlijke belangenafweging.¹⁶ Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk uiteengezet, zijn evenwel ook andere nationale autoriteiten, waaronder de wetgever en actoren die verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming over de inzet van juridische instrumenten, verantwoordelijk voor het nastreven en afwegen van belangen.¹⁷ Daarbij dient echter het verschil in context in ogenschouw te worden genomen. Waaldijk en Tielman benadrukken in dit verband dat afwegingen in het kader van fundamentele rechten vooral politiek-ethische kwesties zijn, gezien de ruime grenzen van deze rechten.¹⁸ Ook Van Sasse van IJsselt beschrijft dat de realisering van fundamentele rechten plaatsvindt in een rechtspolitieke context.¹⁹ In de literatuur over de rechterlijke belangenafweging wordt dan ook gewezen op de (rechtsstatelijke) positie van de rechter in verhouding tot de wetgever en het bestuur, waarbij deze laatste twee primair zijn gelegitimeerd om belangen tegen elkaar af te wegen.²⁰ Dit verschil in context en positie neemt echter niet weg dat rechtstheoretische beschouwingen over de rechterlijke belangenafweging ook relevante inzichten kunnen bieden voor de belangenafweging buiten dit niveau van de rechter, in het bijzonder door actoren die verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming over de inzet van juridische instrumenten.

De idee van de belangenafweging in het kader van fundamentele rechten is als zodanig in de literatuur niet onomstreden.²¹ Een belangrijk punt van discussie heeft betrekking op het (relatieve) gewicht²² – of neutraler geformuleerd: de (relatieve) betekenis – van belangen die in de afweging worden betrokken en die niet tastbaar zijn. Den Houdijker merkt hierbij op dat: ‘Het grote breekpunt tussen voor- en tegenstanders van de belangenafweging is de discussie omtrent de aan- of afwezigheid van een objectieve methode voor het waarderen van de bij een conflict betrokken [...] belangen.’²³ Deze

-
- 16 Diverse auteurs wijzen op de vraag of rechters daadwerkelijk belangen afwegen als beslismethode of dat de idee van de belangenafweging (slechts) dient ter legitimatie en motivatie van het rechterlijk oordeel. In het verlengde hiervan worden door verschillende auteurs bedenkingen geuit over de rechterlijke belangenafweging als objectieve benadering. Zie in dit verband bijvoorbeeld Smith, *RMThemis* 2006, p. 145-146. Zie ook Habermas 1996, p. 259, Gerards 2006, p. 4-6, Van den Brink 2018, p. 110-113 en Den Houdijker 2012, p. 14-16.
 - 17 Zie ook Gerards 2006, p. 9-10. Zie voor de belangenafweging door de wetgever Webber 2009 en voor de specifieke context van antiterrorismewetgeving Van Sasse van IJsselt 2018, p. 161-173.
 - 18 Waaldijk & Tielman, *NJCM-Bulletin* 1984, p. 213-214 en 221. Zie ook Webber 2009, p. 104-105.
 - 19 Van Sasse van IJsselt 2018, p. 14 en 206.
 - 20 Onder meer Gerards 2006, p. 9-10, Den Houdijker 2012, p. 100-103 en Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 984-986. Zie ook Rozemond, *RMThemis* 2006, p. 167.
 - 21 Zie onder meer Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, Habermas 1996, p. 260-261 en Smith, *RMThemis* 2006. Zie ook Legg 2012, p. 189-192.
 - 22 Net als de term ‘belangenafweging’ wordt ook het begrip ‘gewicht’ in deze context als metafoor gebruikt.
 - 23 Den Houdijker 2012, p. 116.

door verschillende rechtstheoretici bepleite afwezigheid van een gemeenschappelijke maatstaf aan de hand waarvan vaak sterk uiteenlopende belangen kunnen worden gewaardeerd, wordt in de literatuur doorgaans aangeduid als het probleem van incommensurabiliteit. Direct gerelateerd aan dit probleem van incommensurabiliteit is de vraag of belangen onderling kunnen worden vergeleken.²⁴ Auteurs die kritisch zijn over de notie van de belangenafweging voeren dan ook aan dat belangen alleen tegen elkaar kunnen worden afgewogen als er een gemeenschappelijke schaal is aan de hand waarvan besloten wordt welk van de betrokken belangen prevaleert. De afwezigheid van een dergelijke toetssteen maakt het verrichten van een rationele belangenafweging volgens hen onmogelijk.²⁵

Een nog fundamenteeler punt van discussie dat uit de rechtstheoretische literatuur blijkt ten aanzien van het afwegen van belangen raakt kort gezegd aan de betekenis van fundamentele rechten in de belangenafweging. Volgens critici van de notie van de belangenafweging doet het afwegen van een fundamenteel recht – in de vorm van het onderliggende belang – op gelijke voet met andere belangen geen recht aan de waarde die fundamentele rechten moet toekomen. Tsakyrakis verwoordt deze kritiek als volgt: ‘With the balancing approach, we no longer ask what is right or wrong in a human rights case but, instead, try to investigate whether something is appropriate, adequate, intensive, or far-reaching.’²⁶ De methodiek van het afwegen van belangen zorgt er volgens hem dan ook voor dat de onderscheidende betekenis van fundamentele rechten wordt aangetast. Dit wordt door Tsakyrakis beschouwd als ‘a genuine assault on the very concept of human rights’.²⁷ Ook Webber stelt zich op het standpunt dat de belangenafweging de garantie van rechten geweld aandoet, aangezien fundamentele rechten volgens deze benadering hun speciale status wordt ontnomen. Volgens Webber worden fundamentele rechten in het kader van de belangenafweging grotendeels gedegradeerd tot premissen in de redenering, met als gevolg dat alle fundamentele rechten volgens hem kunnen worden vervangen door de enkele stelling dat de overheid moet voldoen aan het vereiste van proportionaliteit.²⁸

24 Gerards en Den Hond wijzen er beiden op dat het begrip incommensurabiliteit in de literatuur op verschillende manieren wordt gebruikt, onder meer als synoniem voor onvergelykbaarheid, terwijl deze strikt genomen van elkaar zijn te onderscheiden; Gerards 2006, p. 8, Den Hond 2007, p. 174 en Den Hond 2012, p. 127-128 en 143-148.

25 Gerards 2006, p. 8-9 onder verwijzing naar onder meer Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 973 en Groenewegen 2005, p. 15. Webber stelt dat: ‘Without an identified common measure, the principle of proportionality cannot direct reason to an answer. It can merely assist reason in identifying the incommensurable choice that one must make’; Webber 2009, p. 97. Zie ook Tsakyrakis, *International journal of constitutional law* 2009, p. 471-472.

26 Tsakyrakis, *International journal of constitutional law* 2009, p. 487.

27 Tsakyrakis, *International journal of constitutional law* 2009, p. 487-491. Zie in dit verband ook Dworkin 1977, p. 190-194, Habermas 1996, p. 259-260 en Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 986-987. Zie ook Legg 2012, p. 181.

28 Webber 2009, p. 4 en 100-101.

3.2.3 Methoden voor de belangenafweging

In het verlengde van de kritiek die in de literatuur is geuit op de idee van het afwegen van belangen heeft Gottlieb de belangenafweging beschreven als een 'process in an opaque box that is undefined and undefinable, but is supposed to produce a right or best answer.'²⁹ In de rechtstheoretische literatuur zijn evenwel door diverse auteurs methoden voor de belangenafweging ontwikkeld, waarbij vooral wordt geprobeerd een oplossing te bieden voor het hiervoor omschreven probleem van incommensurabiliteit. Om dit vraagstuk van incommensurabiliteit uit de weg te gaan, worden in de literatuur onder meer methoden voor de belangenafweging beschreven die alleen het intrinsieke gewicht van de afzonderlijke betrokken belangen beoordelen in plaats van het gewicht van deze belangen ten opzichte van elkaar.

Een uitgebreid beschreven methode in dit verband is de kernrechtenbenadering, waarbij voor elk concreet belang als zodanig wordt beoordeeld of deze wordt geraakt in de kern of de periferie van een bepaald fundamenteel recht of abstracter beschermingswaardig belang. Op deze manier wordt het, zo wordt gesteld, mogelijk om te besluiten welk belang de doorslag krijgt, waarbij aan de kern meer gewicht wordt toegekend dan aan de periferie. Een andere bekende methode is de catalogusbenadering waarbij het intrinsieke gewicht van belangen wordt bepaald aan de hand van een aantal vastgestelde objectieve factoren of gezichtspunten. Beide benaderingen zijn echter weinig behulpzaam bij afwegingen van belangen met vergelijkbaar intrinsiek gewicht en leiden bovendien tot eigen uitdagingen, waaronder de moeilijkheid om vast te stellen of een bepaald belang tot de kern of periferie behoort en de vraag hoe bij de catalogusbenadering de lijst met objectieve factoren wordt vastgesteld.³⁰

Een methode die concretere handvatten voor de belangenafweging biedt en bovendien het meest recht doet aan de systematiek van de bescherming van kinder- en mensenrechten is de benadering die rechtsfilosoof Alexy heeft beschreven in zijn 'Law of Balancing'.³¹ Deze benadering draait in de kern om de beoordeling of een inbreuk op het belang van de bescherming van een fundamenteel recht wordt gerechtvaardigd met een beroep op de bescherming van een ander belang. Deze benadering van Alexy staat in het vervolg van deze paragraaf centraal.³²

29 Gottlieb, *Hastings Law Journal* 1994, p. 839.

30 Zie uitgebreid Gerards 2006, p. 29-33, Den Houdijker 2007, p. 123-126 en Van den Brink 2018, p. 118-122.

31 Alexy, *Ratio Juris* 2003b.

32 Zie voor aanmerkingen op de benadering van Alexy onder meer Gerards 2006, p. 35 en Den Houdijker 2012, p. 216-218.

3.2.3.1 *'The Law of Balancing' als structuur voor besluitvorming*

Alexy's methode voor het afwegen van belangen gaat uit van een onderverdeling van het besluitvormingsproces in drie fases. De eerste fase bestaat hierbij – toegespitst op de specifieke belangenafweging in de context van kinder- en mensenrechten – uit het vaststellen van de concrete ernst van de inbreuk op het belang dat ten grondslag ligt aan het fundamentele recht waar mogelijk een inbreuk op wordt gemaakt. In de tweede fase wordt het concrete belang van het voldoen aan het concurrerende belang (de beperkingsgrond) bepaald. Aangezien met name het beoordelen van dit concurrerende belang complex lijkt, biedt Alexy hier een hulpmiddel voor: dit belang staat gelijk aan de intensiteit van de gevolgen van het afzien van het niet-voldoen aan het belang dat ten grondslag ligt aan het fundamentele recht, oftewel de gevolgen van het beschermen van het fundamentele recht in kwestie. Alexy betoogt zodoende dat: 'The Law of Balancing demands a comparison of the intensity of an actual interference with the intensity of the hypothetical interference, that would be inevitable if the actual interference were omitted.'³³

In de derde en laatste fase wordt beoordeeld of het belang van het nastreven van het concurrerende belang de inbreuk op het belang dat ten grondslag ligt aan het fundamentele recht rechtvaardigt. Volgens Alexy kan hierbij worden gebruikgemaakt van een schaal met verschillende gradaties (bijvoorbeeld 'licht', 'gematigd' en 'zwaar') om de mate van de inbreuk en het belang van het voldoen aan het concurrerende belang te beoordelen. Deze beoordeling van tegenstrijdige belangen wordt volgens Alexy gemaakt vanuit een gemeenschappelijke maatstaf, namelijk de betekenis van de belangen in het licht van fundamentele rechten. De benadering van Alexy kan kortom worden gekenschetst door de volgende regel: 'The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other'.³⁴

De methode van Alexy biedt zodoende concrete aanknopingspunten voor een beargumenteerde afweging van belangen, vooral wanneer de mate van de inbreuk en het belang van de rechtvaardiging duidelijk van elkaar verschillen. In het verlengde hiervan stelt Nieuwenhuis dat belangen 'echt gewicht' hebben en dat het gewicht van een belang 'de argumentatieve kracht [is] die dat belang ontplooit in een rechtsgeschil'.³⁵ Bovendien stelt de methode van Alexy fundamentele rechten en vrijheden centraal door de onderliggende belangen als uitgangspunt te nemen. Het concurrerende

33 Alexy, *Ratio Juris* 2003b, p. 441.

34 Alexy, *Ratio Juris* 2003b, p. 436.

35 Nieuwenhuis, *RMThemis* 2007, p. 235. Nieuwenhuis (p. 228) stelt – in het kader van het burgerlijk recht – bovendien dat '[z]onder gebruikmaking van een weegschaal inzien dat een Edammer kaas minder weegt dan een even grote loden bol, getuigt van ruim voldoende vermogen om in het burgerlijk recht het gewicht te bepalen van botsende belangen en argumenten.'

belang moet immers zwaarwegender zijn dan de mate van de inbreuk om een beperking te rechtvaardigen. Juist bij minderjarigen is deze centrale positie van fundamentele rechten en vrijheden van wezenlijk belang, mede doordat bijvoorbeeld de uitingsvrijheden traditioneel gezien slechts in beperkte mate in verband worden gebracht met minderjarigen (zie eerder par. 2.3).

Toch wordt bij de methode van Alexy niet vermeden dat het beoordelen van de mate van de inbreuk op het belang dat ten grondslag ligt aan een fundamenteel recht en het belang van de rechtvaardiging complex is en een waardeoordeel bevat.³⁶ Bovendien biedt de methode uitdrukkelijk geen oplossing voor situaties waarin beide belangen vergelijkbaar worden beoordeeld.³⁷ De notie van de belangenafweging zoals deze in de rechtstheoretische literatuur onder meer door Alexy is beschreven, moet in de kern dan ook worden gezien als methodisch of structurerend instrument dat behulpzaam is bij het besluitvormingsproces over botsende belangen doordat het de gedachtevorming organiseert.³⁸ Binnen deze methode van de belangenafweging hebben nationale besluitvormers onvermijdelijk ruimte om de waarde van belangen te beoordelen en de uiteindelijke afweging te maken. Deze ruimte hoeft echter niet bezwaarlijk te zijn en kan zelfs worden gezien als inherent aan de opdracht van besluitvormers bij de inzet van juridische instrumenten, waarbij de structurerende functie van de belangenafweging waarborgt dat aan de discretionaire ruimte op een onderbouwde manier invulling wordt gegeven. Deze invulling is daarbij afhankelijk van de specifieke context en omstandigheden van het geval. Aan de benadering van de belangenafweging wordt in het vervolg van dit hoofdstuk dan ook nadere invulling gegeven in de specifieke context van de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering bij minderjarigen.

3.3 KINDER- EN MENSENRECHTEN ALS KADER VOOR DE BELANGENAFWEGING BIJ DE AANPAK VAN RADICALISERING

De algemene uiteenzetting van het concept van de belangenafweging in de voorgaande paragraaf dient als vertrekpunt voor de verdere analyses in dit hoofdstuk ten aanzien van de afweging van belangen bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering bij minderjarigen. Het in het vorige hoofdstuk opgestelde kinder- en mensenrechtenkader kan daarbij – zo wordt in deze paragraaf betoogd – dienen als concretere invulling van de (abstracte) idee van de belangenafweging.³⁹ Kinder- en

36 Zie ook Den Houdijker 2012, p. 224-225.

37 Alexy stelt in dit verband dat: 'In case of a stalemate balancing does not determine a result'; Alexy, *Ratio Juris* 2003b, p. 443.

38 Vlg. Den Houdijker 2012, p. 4. 63, 160 en 228.

39 Zie in dit verband ook Burkens 1989, p. 148.

mensenrechten vormen immers de grenzen en kaders waarbinnen de belangenafweging moet worden uitgevoerd. Deze vaststelling dat de belangenafweging wordt ingekaderd door de fundamentele rechten en vrijheden van de minderjarige brengt in de eerste plaats mee dat de uitkomst van de belangenafweging in een concreet geval nooit onverenigbaar mag zijn met de absolute grenzen die het kinder- en mensenrechtenkader stelt, namelijk (1) het verbod van foltering en onmenselijke behandeling of bestraffing, (2) dwang om al dan niet tot een geloof of levensovertuiging te behoren en (3) discriminatie bij de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van de minderjarige.⁴⁰ Naast deze absolute grenzen kan op grond van het internationale kinder- en mensenrechtenkader een onderscheid worden gemaakt tussen de afweging van diverse clusters belangen bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering (par. 3.3.1), waarbij het *best interests* beginsel uit artikel 3 IVRK (zie eerder par. 2.2.2.1) een belangrijke leidraad voor de structurering en invulling van deze belangenafweging biedt (par. 3.3.2).

3.3.1 Het afwegen van diverse clusters belangen in het domein kinder- en mensenrechten

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk uiteengezet, zijn bij de toepassing van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering diverse belangen betrokken die in concrete gevallen een afweging vergen. De belangen zoals die in de inleiding zijn geïdentificeerd, betreffen abstracte clusters belangen die zijn ontleend aan het internationale kinder- en mensenrechtenkader, namelijk (1) het belang van de minderjarige op de ongestoorde uitoefening van klassieke fundamentele rechten en vrijheden, (2) het belang van de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige en (3) het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving.⁴¹ Dit eerste belang geeft daarbij overkoepelend uitdrukking aan diverse, concretere, belangen die ten grondslag liggen aan de fundamentele rechten en vrijheden van de minderjarige die in het vorige hoofdstuk zijn uiteengezet. Hierbij gaat het (onder meer) om het belang van autonomie en zelfbeschikking en specifiekere belangen als godsdienstvrijheid, meningsuiting, privé- en gezinsleven, bewegingsvrijheid, persoonlijke vrijheid en fysieke en mentale integriteit.⁴² Ook liggen concretere belangen besloten onder zowel het abstract geformuleerde belang van de minderjarige om te

40 Vlg. Van den Brink 2018, p. 131. Van den Brink stelt bovendien dat belangen die pertinent strijdig zijn met fundamentele rechten niet als relevante belangen mogen worden meegewogen in de belangenafweging.

41 Zie voor het indelen van belangen in clusters ook H.J.M. Burg 2000, p. 169-170. Zie ook Gerards 2006, p. 8 en Van den Brink 2018, p. 115-116.

42 Raz stelt dat ook het belang om rechten te hebben ten grondslag ligt aan fundamentele rechten; Raz 1986, p. 191.

worden beschermd in zijn ontwikkeling als het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving. Bij de besluitvorming in individuele gevallen zullen deze concretere belangen dan ook in kaart moeten worden gebracht, waarbij de drie clusters belangen op grond van het internationale kinder- en mensenrechtenkader als uitgangspunt dienen.

Uit de erkenning van de drie clusters belangen vanuit internationale kinder- en mensenrechten volgt dat bij de belangenafweging bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering onderscheid kan worden gemaakt tussen in de eerste plaats een afweging van de verschillende individuele belangen van de minderjarige, namelijk het belang van een ongestoorde uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden en het belang van de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige. Daarnaast zal bij een botsing van de belangen van de minderjarige met het publieke belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving een afweging van deze belangen plaatsvinden.

De afweging tussen de individuele belangen van de minderjarige is daarbij van andere aard dan de belangenafweging met het belang van de veiligheid van de samenleving. Het gaat in dit kader immers niet om overwegingen van publiek belang die het individuele belang van de minderjarige opzijzetten, maar de keuze om het belang van de minderjarige op een ongestoorde uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden al dan niet ondergeschikt te maken aan het belang van de ontwikkeling van de minderjarige *zelf*. Deze relatie tussen de verschillende belangen van de minderjarige kan daarbij – hoewel niet uniek – worden gezien als kenmerkend aspect van belangenafwegingen in het domein kinderrechten: kinderrechten geven immers tegelijkertijd uitdrukking aan de autonomie en zelfbeschikking van minderjarigen, en daarmee de ongestoorde uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden, en de bescherming van de ontwikkeling van minderjarigen (zie eerder par. 2.2.2). Dit overheidsingrijpen ter bescherming van de minderjarige zelf wordt in de literatuur gekenschetst als driehoeksverhouding tussen de minderjarige, de overheid en ouders.⁴³

Naast de afweging van de individuele belangen van de minderjarige is bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering op grond van het internationale kinder- en mensenrechtenkader het publieke belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving betrokken. Dit belang kan botsen met de belangen van de minderjarige. In de literatuur over de belangenafweging in de context van fundamentele rechten is traditioneel vooral aandacht voor deze botsing van publieke belangen met individuele belangen.⁴⁴ McHarg stelt in dit verband dat

43 Zie onder meer Bruning 2001, p. 1 en 3. Aangezien ouders de primaire verantwoordelijkheid voor de ontwikkeling en bescherming van de minderjarige dragen, spelen ook hun belangen een rol bij overheidsingrijpen ter bescherming van minderjarigen. Deze belangen van ouders – die gedeeltelijk overlappen met die van de minderjarige – worden in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing gelaten.

44 Zie ook Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 946-947.

het voor het begrip van fundamentele rechten centraal is dat deze in conflictsituaties de belangen van het individu beschermen tegen het terzijde geschoven worden door overwegingen van collectief nut.⁴⁵

Waar fundamentele rechten en vrijheden zodoende zijn ontstaan om bescherming te bieden tegen overheidsingrijpen om het publieke belang te dienen, maken ze beperkingen met het oog op dit publieke belang tegelijkertijd mogelijk. McHarg stelt dan ook vast dat sprake is van een zekere paradox in het systeem van fundamentele rechten.⁴⁶ Deze 'paradoxale' relatie tussen fundamentele rechten en publieke belangen geeft er uitdrukking aan dat fundamentele rechten, zoals Loof stelt, 'functioneren in een maatschappelijk bestel waarin ook andere, soms nog zwaarwegender, waarden en belangen een rol spelen', waaronder het belang van de veiligheid van de samenleving.⁴⁷ Kilkelly stelt in dit verband dat specifiek het proportionaliteitsvereiste (zie eerder par. 2.5.2) erkent dat de uitoefening van individuele fundamentele rechten en vrijheden altijd moet worden getoetst aan het bredere algemeen belang.⁴⁸ De afweging tussen publieke belangen en individuele belangen raakt zodoende aan het vinden van een balans, zo stelt Van Sasse van Ijsselt, tussen legitimiteit en effectiviteit of tussen rechtsbescherming en instrumentaliteit van overheidsoptreden.⁴⁹

Ten aanzien van de afweging van de verschillende clusters belangen die uit het kinder- en mensenrechtenkader zijn ontleend, moet tot slot worden opgemerkt dat het gemaakte onderscheid tussen de individuele belangen van de minderjarige en de publieke belangen van de samenleving kan worden genuanceerd.⁵⁰ Individuele belangen kunnen immers worden veralgemeniseerd tot publieke belangen en aan publieke belangen liggen in de regel de belangen van (vele) individuen ten grondslag.⁵¹ Zo heeft niet alleen de minderjarige belang bij een ongestoorde uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden, maar is effectieve grondrechtenbescherming in het belang van de hele samenleving.⁵² Daarbij wordt in de literatuur beargumenteerd dat de handhaving van fundamentele rechten en vrijheden een wezenlijk onderdeel van veiligheid vormt.⁵³ Daarnaast kan overheidsingrijpen ter bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige eveneens een bijdrage leveren aan de bescherming van publieke

45 McHarg, *The Modern Law Review* 1999, p. 672. Zie ook Dworkin 1977, p. xi.

46 McHarg, *The Modern Law Review* 1999, p. 672.

47 Loof 2005b, p. 1-2.

48 Kilkelly 1999, p. 9.

49 Van Sasse van Ijsselt 2018, p. 1. Zie ten aanzien van deze balans in de specifieke context van antiterrorismewetgeving ook p. 161-173. Zie voor de verhouding tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming uitvoerig Fokué & 't Hart 1990.

50 Zie ook Den Houdijker 2012, p. 110-112.

51 Zie ook Aleinikoff, *The Yale Law Journal* 1987, p. 981.

52 Zie ook Van Sasse van Ijsselt 2018, p. 205 en in de specifieke context van het strafrecht Rozemond, *RMThemis* 2006, p. 161.

53 Zie onder meer Van Sasse van Ijsselt 2018, p. 162 en Ramcharan 2002, p. 9-11 en 231. Zie ook Loof 2005b, p. 335-336 en Van der Woude 2021.

belangen, waaronder de veiligheid van de samenleving. De veiligheid van de samenleving is op zijn beurt direct verbonden aan het concrete belang van de veiligheid van individuen.⁵⁴ De kwalificaties als individueel belang van de minderjarige en publiek belang van de samenleving moeten bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering zodoende worden genuanceerd, wat de afweging tussen deze belangen niet eenvoudiger maakt.

3.3.2 Het *best interests* beginsel als leidraad voor de belangenafweging

Voor een kinderrechtenconforme belangenafweging bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering vormt het in het vorige hoofdstuk geïntroduceerde *best interests* beginsel een belangrijke leidraad (zie eerder par. 2.2.2.1). Artikel 3 IVRK vormt een centrale bepaling wat betreft de afweging van de belangen van minderjarigen ten aanzien van maatregelen die hen raken:

‘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 wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.’

Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven, brengt dit algemene beginsel uit het IVRK onder meer mee dat minderjarigen recht hebben hun belangen te laten beoordelen en dat deze een eerste overweging vormen in het besluitvormingsproces over maatregelen die hen betreffen. De belangen van de minderjarige zijn daarbij volgens het Kinderrechtencomité geen statisch begrip en dienen per individueel geval beoordeeld te worden aan de hand van de specifieke context.⁵⁵

Het *best interests* beginsel dient daarmee als garantie dat de belangen van de minderjarige in een concrete situatie niet over het hoofd worden gezien, zo beschrijft het Kinderrechtencomité in het *General Comment* dat ten aanzien van dit algemene beginsel is opgesteld (General Comment No. 14):

‘This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness. Children have less possibility than adults to make a strong case for their own interests and those involved in decisions affecting them must be explicitly aware of their interests. If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked.’⁵⁶

Het belang van de minderjarige en de manier waarop beslissingen deze

54 Zie ook Loof 2005b, p. 5.

55 Kinderrechtencomité 2013, par. 1 en 6.

56 Kinderrechtencomité 2013, par. 37.

belangen raken, moeten op grond van artikel 3 IVRK dan ook op een zorgvuldige en systematische manier in kaart worden gebracht.

Tegen deze achtergrond stelt Van der Zon dat de toegevoegde waarde van artikel 3 IVRK is dat de 'opname van de belangen van het kind ruimte biedt voor overwegingen die louter gebaseerd zijn op het kind', omdat belangen van anderen 'zeker een rol spelen in de uiteindelijke beslissing, maar pas in de belangenafweging die plaats vindt nadat de belangen van het kind zijn vastgesteld'.⁵⁷ In een besluitvormingsproces dat recht doet aan een kinderrechtenbenadering worden andere belangen dan die van de minderjarige – waaronder het publieke belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving – dan ook pas in de belangenafweging betrokken *nadat* is vastgesteld wat in de concrete situatie in het belang van de minderjarige is.

Het best interests beginsel geeft daarmee invulling en structuur aan de belangenafweging bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering: in een concreet geval dienen overeenkomstig dit beginsel de belangen van de minderjarige eerst te worden vastgesteld waarbij de verschillende clusters individuele belangen tegen elkaar worden afgewogen (het belang van de minderjarige op een ongestoorde uitoefening van klassieke fundamentele rechten en vrijheden en het belang van de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige). Nadat de belangen van de minderjarige in het concrete geval zijn bepaald, ontstaat ruimte voor het afwegen van deze belangen tegen het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt deze structuur voor de belangenafweging gevolgd en worden voor de onderscheiden afwegingen concrete uitgangspunten geboden.

3.4 DE AFWEGING VAN DE INDIVIDUELE BELANGEN VAN DE MINDERJARIGE BIJ DE OVERHEIDSREACTIE OP RADICALISERING

In deze paragraaf staat het vaststellen en afwegen van de belangen van de minderjarige als eerste stap van een kinderrechtenconforme belangenafweging bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering centraal. Voor het afwegen van de individuele belangen van de minderjarige in dit kader is de duale benadering die in internationale kinder- en mensenrechten tot uitdrukking komt ten aanzien van het waarborgen van autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van minderjarigen van directe invloed. Hieruit volgt dat bij het afwegen van de individuele belangen van de minderjarige een balans moet worden gevonden tussen het waarborgen van autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige. Deze afweging tussen autonomie en bescherming bij de overheidsreactie op radicalisering wordt in het vervolg

57 Van der Zon 2020, p. 58 (zie ook p. 52). Zie ook Eekelaar, *Child and Family Law Quarterly* 2002, p. 238 en Eekelaar, *International Journal of Law, Policy and the Family* 1994, p. 46.

van deze paragraaf geanalyseerd, waarbij in het bijzonder de invloed van de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige (*evolving capacities*) wordt bestudeerd (par. 3.4.1). Tegen de achtergrond van diverse uitgangspunten die in de rechtswetenschappelijke literatuur ten aanzien van het bereiken van een balans tussen bescherming en autonomie zijn beschreven, wordt vervolgens een richtsnoer geformuleerd voor een kinderrechtenconforme belangenafweging van de individuele belangen van de minderjarige bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering (par. 3.4.2).

3.4.1 Het afwegen van autonomie en bescherming

Het afwegen van de verschillende clusters individuele belangen van de minderjarige bij de overheidsreactie op radicalisering komt in de kern neer op een afweging tussen het waarborgen van de autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige. De ongestoorde uitoefening van de fundamentele rechten en vrijheden van de minderjarige zoals bestudeerd in hoofdstuk 2 (de uitingsvrijheden, het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven, de vrijheid van verplaatsing en het recht op persoonlijke vrijheid) geven in de context van de inzet van juridische instrumenten bij signalen van radicalisering in de kern uitdrukking aan het uitoefenen van autonomie en zelfbeschikking, zoals dat ten grondslag ligt aan internationale kinder- en mensenrechten. Lansdown karakteriseert de verhouding tussen autonomie en bescherming als een van de meest fundamentele uitdagingen in een kinderrechtencontext:

‘One of the most fundamental challenges posed by the Convention on the Rights of the Child is the need to balance children’s rights to adequate and appropriate protection with their right to participate in and take responsibility for the exercise of those decisions and actions they are competent to take for themselves.’⁵⁸

Autonomie omvat daarbij volgens Eekelaar de vrijheid van de minderjarige om zijn eigen levenswijze te kiezen en sociale relaties aan te gaan, ongecontroleerd door ‘the authority of the adult world, whether parents or institutions’.⁵⁹ Ook andere auteurs verwijzen voor de uitoefening van autonomie door minderjarigen naar de vrijheid om keuzes te maken, hun leven in te vullen naar eigen inzicht en eigen opvattingen te uiten.⁶⁰ In het bijzonder de uitingsvrijheden – tezamen met artikel 12 IVRK – geven daarbij volgens Fortin uitdrukking aan een recht van de minderjarige om een vermogen

58 Lansdown 2005, p. 32, zie ook p. 15-16. Zie ook Fortin 2009, p. 17.

59 Eekelaar, *Oxford Journal of Legal Studies* 1986, p. 171.

60 Lansdown 2005, p. 4, Fortin 2009, p. 19 en De Langen 1973, p. 42-43. Zie ook Feinberg 1980, p. 90-91 en Daly 2018, p. 9 en 118-191.

tot onafhankelijk denken en handelen te ontwikkelen.⁶¹ Freeman wijst tot slot op een fundamentele aspect van autonomie en stelt dat: 'To respect a child's autonomy is to treat that child as a person and as a rights-holder.'⁶²

Daarbij benadrukken verschillende auteurs dat de uitoefening van autonomie door de minderjarige respect voor de autonomie en rechten van anderen impliceert.⁶³ Fortin stelt bijvoorbeeld dat de uitoefening van autonomie is gebonden aan het respecteren van de vrijheden van anderen:

'Claims that children have a right to autonomy are derived from liberal political philosophies which emphasise the need to promote as fully as possible an individual's freedom to make rational autonomous decisions. It is argued that children, as human beings, should, like adults, also be free to lead their own lives according to their own conception of a good or worthwhile life, provided that this does not illegitimately restrict the liberty of others to do the same.'⁶⁴

Verwant aan deze opvatting beschrijft Lansdown dat: 'Children, in acquiring greater respect for their capacity to exercise rights, must necessarily extend comparable respect for the exercise of rights by others.'⁶⁵ Daarbij wordt in de preambule van het IVRK vooropgesteld dat de minderjarige:

'volledig dient te worden voorbereid op het leiden van een zelfstandig leven in de samenleving, en dient te worden opgevoed in de geest van de in het Handvest van de Verenigde Naties verkondigde idealen, en in het bijzonder in de geest van vrede, waardigheid, verdraagzaamheid, vrijheid, gelijkheid en solidariteit'.⁶⁶

De uitoefening van autonomie en keuzevrijheid van de minderjarige wordt daarmee begrensd door de waarden die ten grondslag liggen aan het IVRK, waaronder respect voor de rechten en vrijheden van anderen, verdraagzaamheid, vrijheid, gelijkheid en solidariteit.

De verhouding tussen deze uitoefening van autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van minderjarigen is daarbij complex, omdat ook het uitoefenen van autonomie – tot op zekere hoogte – bijdraagt aan de ontwikkeling van de minderjarige. Andersom beschrijft Freeman dat minderjarigen niet in staat zijn autonomie uit te oefenen zonder de erkenning van de noodzaak tot bescherming.⁶⁷ Het afwegen van de diverse belangen van de minderjarige bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering vraagt daarmee steeds om een integrale beoordeling van

61 Fortin 2009, p. 91.

62 Freeman, *International Journal of Law and the Family* 1992, p. 65.

63 Zie eerder ook de grenzen die het EHRM stelt aan de bescherming onder de vrijheid van meningsuiting in het geval van bijvoorbeeld *hate speech*, par. 2.3.

64 Fortin 2009, p. 19.

65 Lansdown 2005, p. 5.

66 Preambule van het IVRK, par. 7. Zie in het verlengde hiervan art. 40 lid 1 IVRK.

67 Freeman, *International Journal of Law and the Family* 1992, p. 66.

de belangen van de minderjarige in het individuele geval aan de hand van de specifieke omstandigheden.

Voor de vaststelling van de belangen van de minderjarige in individuele gevallen heeft het Kinderrechtencomité een aantal handvatten gegeven. Het Kinderrechtencomité stelt in *General Comment No. 14*, dat ziet op de uitleg van het *best interests* beginsel, dat het beoordelen en vaststellen van de belangen van de minderjarige in een concreet geval is gericht op het waarborgen van de rechten uit het IVRK en de 'holistische' ontwikkeling van de minderjarige.⁶⁸ Overwegingen die (door hun gevolg) indruisen tegen de rechten uit het IVRK kunnen bij de beoordeling van de belangen van de minderjarige in concrete gevallen dan ook niet worden meegenomen. Voor het beoordelen en vaststellen van de belangen van de minderjarige in een concreet geval geeft het comité een overzicht van een aantal (niet-uitputtende en niet-hiërarchische) factoren die – afhankelijk van de situatie – kunnen worden afgewogen en die rechtstreeks verband houden met de IVRK-rechten. Deze factoren raken ofwel aan de bescherming van minderjarigen of geven uitdrukking aan hun autonomie. De factoren die het Kinderrechtencomité noemt, zijn: (1) de eigen opvattingen van de minderjarige, (2) de identiteit van de minderjarige (3) het behoud van de gezinsomgeving en relaties, (4) het verzekeren van de zorg, bescherming en veiligheid van de minderjarige, (5) mogelijk kwetsbare situaties waarin de minderjarige zich bevindt, (6) het recht op gezondheid en (7) het recht op educatie.⁶⁹

In het algemeen kan daarbij worden gesteld dat bij het beoordelen en vaststellen van de belangen van de minderjarige in de context van de inzet van juridische instrumenten bij aanpak van radicalisering met name de eerste vier factoren een belangrijke rol spelen. De eigen mening van de minderjarige vormt daarbij allereerst een centrale factor voor het bepalen van de belangen van de minderjarige in een concrete situatie.⁷⁰ Het *best interests* beginsel wordt volgens het Kinderrechtencomité niet juist toegepast wanneer geen rekening wordt gehouden met de mening van de minderjarige: 'Assessment of a child's best interests must include respect for the child's right to express his or her views freely and due weight given to said views in all matters affecting the child.'⁷¹

Naast de eigen opvattingen van de minderjarige dient bij de beoordeling en vaststelling van de belangen van de minderjarige in het concrete geval rekening te worden gehouden met de invloed van het besluit op het behoud van de gezinsomgeving van de minderjarige en de banden met de bredere omgeving, waaronder ook vrienden. Als onderdeel van de factor 'de identiteit van de minderjarige' moeten besluitvormers volgens het Kinderrechtencomité verschillende karakteristieken van de minderjarige in ogenschouw nemen, waarbij in de context van de overheidsreactie op

68 Kinderrechtencomité 2013, par. 4 en 82.

69 Kinderrechtencomité 2013, par. 51-79.

70 Zie voor het EVRM in dit verband ook Van der Zon 2020, p. 56-57.

71 Kinderrechtencomité 2013, par. 43 en 53.

radicalisering in de eerste plaats kan worden gewezen op persoonlijkheid, geloof of overtuiging, culturele identiteit en het recht deze identiteit te behouden. Daarbij merkt het Kinderrechtencomité op dat:

‘Although preservation of religious and cultural values and traditions as part of the identity of the child must be taken into consideration, practices that are inconsistent or incompatible with the rights established in the Convention are not in the child’s best interests.’⁷²

Het Kinderrechtencomité geeft voor de beoordeling van de belangen van de minderjarige daarmee ook uitdrukking aan de bescherming van minderjarigen. Gezien de verplichting van verdragsstaten om minderjarigen te verzekeren van bescherming en zorg moeten deze aspecten volgens het Kinderrechtencomité in de besluitvorming worden meegenomen. In dit verband moet ook de veiligheid van de minderjarige worden betrokken, waaronder de bescherming tegen lichamelijk of geestelijk geweld of letsel en de bescherming tegen gewapende conflicten (art. 19 en 38 IVRK). Daarbij dienen besluitvormers volgens het comité niet alleen de actuele veiligheid van de minderjarige in overweging te nemen, maar ook de mogelijk toekomstige gevolgen van het besluit.

Tegen de achtergrond van deze factoren voor de beoordeling van de belangen van de minderjarige gaat het Kinderrechtencomité nadrukkelijk in op situaties waarbij factoren die uitdrukking geven aan het belang van bescherming en factoren die de autonomie van minderjarigen waarborgen moeten worden afgewogen:

‘There might be situations where “protection” factors affecting a child (e.g. which may imply limitation or restriction of rights) need to be assessed in relation to measures of “empowerment” (which implies full exercise of rights without restriction). In such situations, the age and maturity of the child should guide the balancing of the elements. The physical, emotional, cognitive and social development of the child should be taken into account to assess the level of maturity of the child.’⁷³

De leeftijd en rijpheid van de minderjarige zijn daarmee volgens het Kinderrechtencomité leidend bij het afwegen van autonomie en bescherming. Het Kinderrechtencomité stelt daarbij voorop dat ‘as the child matures, his or her views shall have increasing weight in the assessment of his or her best interests.’⁷⁴ Aan het vaststellen van de belangen van de minderjarige en de balans tussen autonomie en bescherming in dit kader wordt dan ook in belangrijke mate richting gegeven door de zogenoemde zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige.

72 Kinderrechtencomité 2013, par. 57.

73 Kinderrechtencomité 2013, par. 83.

74 Kinderrechtencomité 2013, par. 44. Zie ook Kinderrechtencomité 2016, par. 22.

3.4.1.1 De zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige

Het beginsel van de ‘zich ontwikkelende vermogens’ van de minderjarige (*evolving capacities*) komt in een kinderrechtencontext nadrukkelijk tot uitdrukking in artikel 5 (de rol van ouders bij de begeleiding van de minderjarige) en 14 lid 2 IVRK (het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, zie eerder par. 2.3). De verwijzing naar de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige onder het IVRK heeft daarmee in beginsel betrekking op de rechten en plichten van (in de eerste plaats) ouders om de minderjarige te voorzien van passende begeleiding bij de uitoefening van rechten ‘op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind.’ Hoewel de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige in artikel 5 en 14 IVRK zodoende direct zijn verbonden met de verantwoordelijkheden van ouders blijkt uit onderzoek van Varadan dat de invloed van dit beginsel niet is beperkt tot deze context en zich verder uitstrekt dan deze twee artikelen: ‘A broad principle of evolving capacities has [...] emerged under the UNCRC that informs not only the framework of parental guidance, but the whole of the Convention.’⁷⁵ Het Kinderrechtencomité omschrijft de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige als:

‘an enabling principle that addresses the process of maturation and learning through which children progressively acquire competencies, understanding and increasing levels of agency to take responsibility and exercise their rights.’⁷⁶

Ook in het kader van het EVRM is een benadering zichtbaar die vergelijkbaar is met het beginsel van de zich ontwikkelende vermogens:

‘This right to personal autonomy – which in the case of adults means the right to make choices as to how to lead one’s own life, provided that this does not unjustifiably interfere with the rights and freedoms of others – has a different scope in the case of children. They lack the full autonomy of adults but are, nevertheless, subjects of rights [...]. This circumscribed autonomy in cases of children, [...] gradually increases with their evolving maturity’.⁷⁷

Aan het beginsel van de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige ligt dan ook de onderkenning van de groeiende autonomie van minderjarigen ten grondslag en dit beginsel geeft er uitdrukking aan dat naarmate minderjarigen meer competenties verwerven, er een verminderde behoefte is aan begeleiding en een groter vermogen om verantwoordelijkheid te nemen voor beslissingen die het leven van minderjarigen beïnvloe-

75 Varadan, *The International Journal of Children’s Rights* 2019, p. 306.

76 Kinderrechtencomité 2016, par. 18. Zie voor art. 5 IVRK ook Kinderrechtencomité 2023.

77 EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M. en M./Kroatië*), r.o. 171.

den.⁷⁸ Tegen deze achtergrond kenmerkt Lansdown het beginsel van de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige als:

'central to the balance embodied in the Convention between recognising children as active agents in their own lives, entitled to be listened to, respected and granted increasing autonomy in the exercise of rights, while also being entitled to protection in accordance with their relative immaturity and youth.'⁷⁹

Het beginsel dient daarmee volgens de auteur als raamwerk om passend respect voor de keuzevrijheid van minderjarigen te garanderen zonder hen vroegtijdig bloot te stellen aan alle verantwoordelijkheden van volwassenheid. Ook Hanson verbindt de zich ontwikkelende vermogens uitdrukkelijk aan de verhouding tussen autonomie en zelfbeschikking en de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige en omschrijft dat hoe ouder een minderjarige is, hoe belangrijker het waarborgen van vrijheidsrechten is:

'With respect to young children, who first need protection and care, rights to protection should be emphasized. As children grow older, their rights to self-determination become more important, and their rights to protection may less immediately lead to a restriction of their rights to freedom. A gradual acquisition of rights is defended to give shape to the complementarity between freedom and protection.'⁸⁰

Het beginsel van de zich ontwikkelende vermogens kan kortom worden gezien als mechanisme om een balans te bereiken tussen de noties van autonomie en bescherming.⁸¹

Specifiek ten aanzien van adolescenten heeft het Kinderrechtencomité in het verlengde hiervan beschreven dat kenmerkend voor de uitoefening van deze groep minderjarigen is dat ze een transitie doormaken van afhankelijkheid naar een grotere mate van autonomie.⁸² Tegelijkertijd benadrukt het Kinderrechtencomité dat dit recht van adolescenten 'to exercise increasing levels of responsibility' verdragsstaten niet ontslaat van hun verplichtingen om bescherming te garanderen.⁸³ Het comité geeft daarbij enige richting aan het bieden van een passend niveau van bescherming:

'In seeking to provide an appropriate balance between respect for the evolving capacities of adolescents and appropriate levels of protection, consideration should be given to a range of factors affecting decision-making, including the level of risk involved, the potential for exploitation, understanding of adolescent

78 Lansdown 2005, p. 3-4 en Van Bueren 1998, p. 50-51.

79 Lansdown 2005, p. 3.

80 Hanson 2012, p. 70. Zie ook Freeman, *International Journal of Law and the Family* 1992, p. 59.

81 Peleg 2019, p. 207.

82 Kinderrechtencomité 2016, par. 4 en 9.

83 Kinderrechtencomité 2016, par. 19.

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.’⁸⁴

Het Kinderrechtencomité wijst in dit kader uitdrukkelijk op radicalisering als een risico waar minderjarigen tijdens de adolescentie aan kunnen worden blootgesteld.⁸⁵

De zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige bieden zodoende een belangrijk uitgangspunt bij het afwegen van de bescherming van de autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige in de context van de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering: minderjarigen moeten in overeenstemming met hun ontwikkelende vermogens in toenemende mate uitdrukking kunnen geven aan hun autonomie en de fundamentele rechten en vrijheden die autonomie waarborgen, zonder daarbij bovenmatig te worden beschermd met een beroep op hun eigen belangen.⁸⁶ Tegelijkertijd is de uitoefening van autonomie niet onbegrensd en kan het in het belang van de minderjarige worden geoordeeld om de bescherming van de ontwikkeling zwaarder te laten wegen dan de autonomie, vrijheid en eigen keuzes van de minderjarige.

3.4.2 Uitgangspunten voor een balans tussen autonomie en bescherming

In de rechtswetenschappelijke literatuur zijn door diverse auteurs uitgangspunten opgesteld voor het vinden van een passend niveau van het begrenzen van de autonomie van minderjarigen vanuit het oogpunt van bescherming. Hoewel deze uitgangspunten niet specifiek zijn opgesteld voor de overheidsreactie op radicalisering zijn ze algemeen van aard of algemeen toepasbaar en bieden daarmee ook voor de onderhavige context relevante handvatten. Dergelijke uitgangspunten voor de balans tussen het respecteren van autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van minderjarigen zijn onder meer opgesteld door Eekelaar in zijn theorie van ‘dynamic self-determinism’. Deze theorie – die door Daly, Kilkelly en O’Mahony wordt beschreven als een van de invloedrijkste theorieën in dit verband⁸⁷ – gaat er kort gezegd van uit dat een minderjarige die daartoe competent is zelf moet kunnen bepalen wat in zijn belang is, tenzij een beslissing (1) niet verenigbaar is met het recht of de belangen van anderen (zie verder par. 3.5) of (2) in strijd is met het fysieke of mentale welzijn (‘self-

84 Kinderrechtencomité 2016, par. 20.

85 Kinderrechtencomité 2016, par. 12.

86 Zie in dit verband onder meer ook Tobin, *Nordic Journal of International Law* 2015 en Fenton-Glynn 2021, p. 395-396. Zie ook Liefwaard 2016.

87 Daly, Kilkelly & O’Mahony 2022, p. 804.

interest') van de minderjarige.⁸⁸ Eekelaar rechtvaardigt deze begrenzing van de autonomie van minderjarigen door te wijzen op het veiligstellen van de mogelijkheden tot zelfbeschikking als volwassene:

'The rationale for such a restriction is that the *purpose* of dynamic self-determinism is to bring a child to the threshold of adulthood with the maximum opportunities to form and pursue life-goals which reflect as closely as possible an autonomous choice. Life and, on the whole, health are essential preconditions for the exercise of such choice.'⁸⁹

Vergelijkbaar met Eekelaars theorie van 'dynamic self-determinism' zijn de opvattingen van Freeman. Freeman betoogt dat begrenzingen van de autonomie van de minderjarige gerechtvaardigd zijn in het licht van de kansen van de minderjarige om op te groeien naar 'independent adulthood'.⁹⁰ Minderjarigen moeten volgens deze zienswijze worden beschermd tegen gedrag of handelingen die worden aangemerkt als irrationeel, een maatstaf die volgens Freeman beperkt moet worden uitgelegd. Freeman brengt in dit verband naar voren dat autonomie ook het nemen van risico's en het maken van fouten inhoudt, waarbij hij ten aanzien van de balans tussen autonomie en bescherming stelt:

'We cannot treat persons as equals without also respecting their capacity to take risks and make mistakes. We would not be taking rights seriously if we only respected autonomy when we considered the agent was doing the right thing. But we also do not recognise a child's integrity if we allowed him to take an action (such as using hard drugs or refusing to attend school) which would seriously impair the attainment of full personality and development subsequently.'⁹¹

De maatstaf van irrationele handelingen moet daarmee, zo beschrijft Freeman, zo worden uitgelegd dat het beperken van de autonomie alleen toestaat voor zover die noodzakelijk zijn om directe schade te voorkomen of noodzakelijk zijn om het vermogen tot het maken van rationele keuzes te ontwikkelen, waardoor de minderjarige een redelijke kans kan hebben schade te vermijden. Het beperken van de autonomie van de minderjarige is er met andere woorden op gericht minderjarigen in staat te stellen hun capaciteiten tot rationele onafhankelijkheid te ontwikkelen.⁹² Op grond van deze maatstaf is het beschermen van minderjarigen tegen handelingen die bijvoorbeeld kunnen leiden tot de dood of ernstig lichamelijk letsel volgens Freeman verdedigbaar, net als het verplicht moeten volgen van

88 Eekelaar, *International Journal of Law, Policy and the Family* 1994, p. 57. Zie in dit verband ook Daly 2018, p. 30-42 en 67-69.

89 Eekelaar, *International Journal of Law, Policy and the Family* 1994, p. 53.

90 Freeman 1992b, p. 38.

91 Freeman 1992b, p. 38. Zie ook Dworkin 1977, p. 188, die stelt dat: 'Someone may have the right to do something that is the wrong thing for him to do'. Zie ook Raz 1986, p. 180.

92 Zie ook Freeman, *International Journal of Law and the Family* 1992.

onderwijs. Deze beperkingen van de autonomie van minderjarigen zullen, zo stelt Freeman, immers uiteindelijk door rationeel autonome volwassenen worden geaccepteerd. Freeman spreekt in dit verband dan ook van ‘future-oriented consent’.⁹³

Verwant aan het uitgangspunt van ‘independent adulthood’ van Freeman is de visie op de balans tussen autonomie en bescherming die Feinberg hanteert in zijn essay ‘The child’s right to an open future’. Feinberg betoogt dat een kenmerkend verschil tussen volwassenen en minderjarigen ziet op de verhouding tussen het respecteren van actuele keuzevrijheid en het beschermen van ‘toekomstige vrijheid’. Waar bij een volwassene autonomie voorrang heeft boven toekomstig welzijn en het respecteren van actuele keuzevrijheid eventueel ten koste kan gaan van de ‘future self’, rechtvaardigt volgens Feinberg het respecteren van de toekomstige autonomie – als volwassene – het beperken van de keuzevrijheid als minderjarige:

‘It is the adult he is to become who must exercise the choice, more exactly, the adult he will become if his basic options are kept open and his growth kept “natural” or unforced. In any case, that adult does not exist yet, and perhaps he never will. But the child is *potentially* that adult, and it is that adult who is the person whose autonomy must be protected now (in advance).’⁹⁴

Hoewel de theorieën van Eekelaar, Freeman en Feinberg op onderdelen verschillen, gaan ze er zodoende alle drie in de kern van uit dat beperkingen van de autonomie van minderjarigen kunnen worden gerechtvaardigd door de noodzaak toekomstige autonomie, mogelijkheden en keuzevrijheid te waarborgen.⁹⁵ Dit betekent dat niet alleen keuzes of beslissingen van de minderjarige die directe ernstige schade aan de ontwikkeling opleveren vanuit het belang van de bescherming van de minderjarige kunnen worden beperkt, maar ook handelingen die ernstige schade aan de toekomst van de minderjarige meebrengen, doordat deze een dusdanige beperking van de toekomstige autonomie en (keuze)vrijheid tot gevolg hebben. Deze begrenzing van de actuele autonomie met het oog op toekomstige autonomie moet evenwel beperkt worden uitgelegd, omdat juist het respecteren van de actuele autonomie van minderjarigen het uitgangspunt is. Ook Peleg benadrukt in dit verband dat:

‘[E]nsuring freedoms in the future should not justify denying all freedoms in the present; rather, the contrary is true. Arguably, ensuring freedoms in the present will enable children to fulfil their potential and pursue lives worth living in the future. For this reason, children’s voices and opinions should not be silenced or dismissed, but rather amplified.’⁹⁶

93 Freeman 1992b, p. 38-39.

94 Feinberg 1980, p. 78.

95 Zie ook Lundy, *British Educational Research Journal* 2007, p. 938.

96 Peleg, *The International Journal of Children’s Rights* 2013, p. 540.

Freeman spreekt in het kader van de balans tussen het respecteren van autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van minderjarigen dan ook van 'liberal paternalism': een beperking van een paternalistische visie op minderjarigen, 'without totally eliminating it.'⁹⁷

Tegen de achtergrond van de in deze paragraaf beschreven balans tussen het respecteren van de autonomie en de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige en de rol van de zich ontwikkelende vermogens, kan zodoende het volgende richtsnoer worden geformuleerd dat bij het afwegen van de individuele belangen van de minderjarige bij de aanpak van radicalisering als leidraad voor overheidsoptreden dient:

Het belang van de minderjarige op een ongestoorde uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden en daarmee de uitoefening van autonomie dient in beginsel onverkort te worden beschermd in overeenstemming met de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige, tenzij de uitoefening van deze autonomie leidt tot ernstige schade aan de ontwikkeling van de minderjarige.

De belangen van de minderjarige worden daarbij ingevuld aan de hand van de concrete omstandigheden van het individuele geval en de specifieke eigenschappen van de minderjarige. Hierbij moet de bescherming van de ontwikkeling zo worden uitgelegd dat hieronder zowel ernstige directe schade voor de ontwikkeling van de minderjarige valt als ernstige schade aan de toekomstige autonomie en (keuze)vrijheid van de minderjarige. Voor de invulling van de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige kan daarnaast concreet aansluiting worden gezocht bij de diverse rechten uit het IVRK die de bescherming van minderjarigen waarborgen, bijvoorbeeld de bescherming tegen geweld en betrokkenheid bij gewapende conflicten, maar deze invulling is hier evenwel niet toe beperkt. Ook als signalen van radicalisering bijvoorbeeld gevolgen hebben voor de schoolgang van de minderjarige, de minderjarige het risico loopt om ingezet te worden bij het plegen van strafbare feiten of zich isoleert van leeftijdsgenoten kan in concrete gevallen – afhankelijk van de specifieke omstandigheden – worden betoogd dat er een risico is op ernstige schade voor de ontwikkeling van de minderjarige.

3.5 DE AFWEGING VAN DE BELANGEN VAN DE MINDERJARIGE EN PUBLIEKE BELANGEN BIJ DE OVERHEIDSREACTIE OP RADICALISERING

Waar het vaststellen van de belangen van de minderjarige in een concrete situatie garandeert dat deze belangen expliciet worden betrokken in het besluitvormingsproces en dat dit besluitvormingsproces recht doet aan een kinderrechtenbenadering, zijn – zoals gebleken – de belangen van de

97 Freeman, *International Journal of Law and the Family* 1992, p. 67-69 onder verwijzing naar Freeman 1983.

minderjarige niet de enige belangen die op grond van het internationale kinder- en mensenrechtenkader zijn betrokken bij de overheidsreactie op radicalisering. De belangen van de minderjarige zoals in een individueel geval vastgesteld, kunnen conflicteren met andere belangen, in het bijzonder het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving. In deze paragraaf wordt dit mogelijke conflict tussen de individuele belangen van de minderjarige en het publieke belang van de veiligheid van de samenleving bestudeerd. Daarbij wordt allereerst ingegaan op de sturing die het *best interests* beginsel biedt voor deze afweging tussen individuele en publieke belangen (par. 3.5.1). Omdat, zo zal blijken, deze sturing beperkt is, wordt voor de verdere invulling van de belangenafweging tussen de belangen van de minderjarige en de bescherming van de veiligheid van de samenleving teruggegrepen op de rechtstheoretische literatuur over de belangenafweging, zoals die in het begin van dit hoofdstuk is uiteengezet. Hierdoor kunnen richtsnoeren worden geformuleerd voor een kinder-rechtenconforme belangenafweging tussen de individuele belangen van de minderjarige en het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving bij de overheidsreactie op radicalisering (par. 3.5.2).

3.5.1 De belangen van het kind als een eerste overweging

Dat de belangen van de minderjarige niet de enige en niet altijd de doorslaggevende overweging in de besluitvorming over minderjarigen vormt, komt nadrukkelijk tot uitdrukking in de formulering van het *best interests* beginsel in artikel 3 IVRK. In tegenstelling tot de Nederlandse vertaling van deze bepaling, waarin is opgenomen dat de belangen van de minderjarige ‘de eerste overweging’ vormen, spreekt de originele tekst van ‘the best interests of the child shall be a primary consideration.’ Van der Zon merkt tegen deze achtergrond op dat hoewel de Nederlandse vertaling een zwaarder gewicht lijkt toe te kennen aan de belangen van de minderjarige, dit in de memorie van toelichting bij de goedkeuring van het IVRK is genuanceerd.⁹⁸ Ook Tobin en Read benadrukken dat het ‘ongepast’ is om te suggereren dat het belang van de minderjarige altijd zwaarder weegt dan andere belangen, waaronder het belang van de veiligheid van de samenleving.⁹⁹

Het Kinderrechtencomité stelt zich in de context van de afweging van de belangen van de minderjarige met andere belangen in *General Comment No. 14* op het standpunt dat het *best interests* beginsel betekent dat de belangen van de minderjarige een hoge prioriteit hebben en niet slechts een van de vele overwegingen zijn: ‘The expression “primary consideration” means that the child’s best interests may not be considered on the same

98 Van der Zon 2020, p. 58 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1992/93, 22855, nr. 3, p. 14-15.

99 Tobin & Read 2019, p. 1659. Zie ook Kilkelly 1999, p. 9-10.

level as all other considerations.’¹⁰⁰ Publieke belangen kunnen daarbij met de belangen van de minderjarige botsen, zo beschrijft het Kinderrechtencomité, wat per geval een zorgvuldige belangenafweging vergt waarbij ‘een groter gewicht’ moet worden toegekend aan datgene wat de belangen van de minderjarige het beste dient.¹⁰¹ Wat deze ‘hogere prioriteit’ of dit ‘groter gewicht’ precies inhoudt, wordt door het Kinderrechtencomité niet verder uitgewerkt.

Ook in bijvoorbeeld de bijzondere context van het jeugdstrafrecht gaat het Kinderrechtencomité weliswaar in op de afweging tussen de belangen van de minderjarige en de bescherming van publieke belangen, maar geeft het weinig concrete handvatten met betrekking tot het ‘gewicht’ dat aan de belangen van de minderjarige moet worden toegekend. In het *General Comment* dat ziet op de rechten van minderjarigen in het jeugdstrafrecht uit 2019 onderschrijft het Kinderrechtencomité dat het beschermen van de veiligheid van de samenleving een legitiem doel is van het rechtssysteem, met inbegrip van het jeugdstrafrechtssysteem.¹⁰² Het comité stelde tegen deze achtergrond in een eerder *General Comment* uit 2007 bovendien dat in geval van ernstige misdrijven overwegingen met betrekking tot het beschermen van de veiligheid van de samenleving een rol spelen bij de afdoening van strafzaken, maar dat ‘[i]n the case of children, such considerations must always be outweighed by the need to safeguard the well-being and the best interests of the child’.¹⁰³ Deze laatste overweging heeft het Kinderrechtencomité in 2019 bij de vervanging van het *General Comment* niet zo sterk herhaald, waarbij (slechts) wordt aangegeven dat ‘[w]eight should be given to the child’s best interests as a primary consideration’.¹⁰⁴ Het best interests beginsel als centrale bepaling voor een kinderrechtenconforme belangenafweging, en de invulling daarvan door het Kinderrechtencomité, geeft zodoende maar beperkt sturing aan het afwegen van de belangen van de minderjarige met de belangen van de samenleving.

3.5.2 Een met kinder- en mensenrechten overeenstemmende invulling van Alexy’s ‘Law of Balancing’

Om concrete aanknopingspunten te bieden voor de afweging van de belangen van de minderjarige en het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering kan de rechtstheoretische literatuur over de belangenafweging, in het bijzonder de methode voor de belangenafweging van Alexy (zie eerder par. 3.2.3), uitkomst bieden. Zoals beschreven, bestaat

100 Kinderrechtencomité 2013, par. 37.

101 Kinderrechtencomité 2013, par. 39.

102 Kinderrechtencomité 2019, par. 3.

103 Kinderrechtencomité 2007, par. 71. Zie ook Tobin & Read 2019, p. 1649.

104 Kinderrechtencomité 2019, par. 76.

het afwegen van belangen volgens deze methode uit drie fasen, die kunnen worden geconcretiseerd voor de afweging van de belangen van de minderjarige en het belang van de veiligheid van de samenleving in de context van de overheidsreactie op radicalisering.

De toepassing van de methode van Alexy brengt mee dat de belangenafweging tussen de belangen van de minderjarige en het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving allereerst bestaat uit het vaststellen van de concrete mate van de afbreuk aan de belangen van de minderjarige als een juridisch instrument wordt ingezet. Vervolgens schrijft de methode van Alexy voor dat het belang van het voldoen aan het concurrerende belang, dat wil zeggen het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving, moet worden bepaald. Dit belang wordt concreet vastgesteld door middel van een beoordeling van de intensiteit van de gevolgen van het niet-inzetten van het juridische instrument. Zijn beide conflicterende belangen vastgesteld, dan moeten nationale besluitvormers beoordelen of het belang van het nastreven van de veiligheid van de samenleving de concrete afbreuk aan het belang van de minderjarige al dan niet rechtvaardigt.

Als richtsnoer voor het afwegen van de belangen van de minderjarige en de bescherming van de veiligheid van de samenleving bij overheidsoptreden bij de aanpak van radicalisering kan zodoende het volgende worden gesteld:

De belangen van de minderjarige zoals in het individuele geval vastgesteld, dienen onverkort te worden beschermd, tenzij een dusdanig aanwijsbaar gevaar voor de veiligheid van de samenleving een concrete afbreuk aan de belangen van de minderjarige rechtvaardigt.

Het internationale kinder- en mensenrechtenkader zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, biedt daarbij aanknopingspunten voor de beoordeling van de mate van afbreuk aan de belangen van de minderjarige. In het licht van het geschetste internationale kader wordt de mate van afbreuk mede bepaald door:

- I het concrete juridische instrument dat wordt ingezet;*
- II het rechtsgebied op grond waarvan een juridisch instrument wordt ingezet;*
- III de fundamentele rechten en vrijheden die worden geraakt bij de inzet van een juridisch instrument.*

Het internationale kinder- en mensenrechtenkader schrijft immers voor dat uiterst terughoudend moet worden omgegaan met juridische instrumenten die een scheiding van de minderjarige en ouders meebrengen – en dus inbreuk maken op het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven – en in het bijzonder instrumenten die vrijheidsbeneming inhouden en daarmee het recht op persoonlijke vrijheid beperken. Daarnaast is gebleken dat instrumenten uit het jeugdstrafrecht terughoudend moeten worden toegepast. Het fundamentele recht van de minderjarige dat wordt

geraakt, het concrete juridische instrument dat daarbij wordt ingezet en het rechtsgebied waarin deze een basis heeft, dienen zodoende (in ieder geval) bij de beoordeling van de mate van de afbreuk aan de belangen van de minderjarige te worden betrokken, waarbij bepaalde juridische instrumenten als bijzonder ingrijpend moeten worden aangemerkt. In het geval van deze instrumenten worden dan ook hogere eisen gesteld aan het gewicht van het nagestreefde belang – de bescherming van de veiligheid van de samenleving.¹⁰⁵ Andersom kan worden gesteld dat het gewicht van het nagestreefde belang in beginsel de zwaarte van het juridische instrument bepaalt.

Deze laatste stelling dient op grond van een kinder- en mensenrechtenbenadering echter te worden bijgesteld. Rechtvaardigt de zwaarte van het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving de inzet van een juridisch instrument, dan dient op grond van artikel 3 IVRK (het *best interests* beginsel) in principe het instrument te worden gekozen dat – zonder afbreuk te doen aan de veiligheid van de samenleving – het meest tegemoetkomt aan de belangen van de minderjarige. Dit principe volgt bovendien uit het in het vorige hoofdstuk geanalyseerde vereiste van subsidiariteit (zie par. 2.5.2) en raakt aan wat in de literatuur over de belangenafweging wordt omschreven als het optimaliseringsvereiste. Dit vereiste houdt in dat een conflict van belangen:

‘niet op een zwart-wit manier hoeft te worden opgelost in de zin dat één van de beginselen volledig wordt gerealiseerd en de andere helemaal niet. De uiteindelijke beslissing kan uitdrukking geven aan het feit dat er meer relevante overwegingen zijn die ieder een bepaald gewicht in de schaal leggen.’¹⁰⁶

Waaldijk en Tielman stellen in het verlengde hiervan dan ook dat:

‘Het buiten beschouwing laten van andere typen van overheidsoptreden zou de afwegingsproblematiek onnodig moeilijk maken [...]. Wanneer andere middelen wél in de afweging worden betrokken, dan wordt het mogelijk de verschillende gewichtsverhoudingen tussen de af te wegen belangen in verschillende conclusies tot uitdrukking te laten komen.’¹⁰⁷

De aard van het overheidsoptreden is volgens Waaldijk en Tielman daarmee een van de belangrijkste variabelen bij de belangenafweging in de context van fundamentele rechten. Zowel de mogelijk schadelijke gevolgen als de mogelijk positieve bijdrage van alle beschikbare juridische instrumenten op de belangen van de minderjarige dienen zodoende te worden meegenomen in de belangenafweging.¹⁰⁸

105 Vgl. Gerards 2006, p. 39.

106 E. Burg 2000, p. 57.

107 Waaldijk & Tielman, *NJCM-Bulletin* 1984, p. 215.

108 Zie in dit verband ook Van den Brink 2018, p. 153.

Daar komt tot slot bij dat juist in het geval van een conflict tussen de individuele belangen van de minderjarige en publieke belangen zoals de bescherming van de veiligheid van de samenleving eerdergenoemde overwegingen ten aanzien van de abstractiegraad van belangen een nadrukkelijke rol spelen (zie par. 3.2.1). Aangezien publieke belangen over het algemeen abstract en breed zijn geformuleerd, wordt hier doorgaans – zo wordt in de literatuur gesteld – meer waarde aan gehecht dan aan individuele belangen.¹⁰⁹ Tsakyrakis stelt dan ook dat: ‘the interests of the majority tend to outweigh the interests of individuals’.¹¹⁰ Voor een rechtvaardiger afweging met de individuele belangen van de minderjarige moet dan ook juist bij het conflict tussen deze categorieën belangen de abstractiegraad zoveel mogelijk gelijk worden getrokken.

3.6 TUSSENCONCLUSIE: EEN ANALYSEKADER VOOR DE INZET VAN JURIDISCHE INSTRUMENTEN BIJ DE AANPAK VAN RADICALISERING

Omdat het internationale kinder- en mensenrechtenkader dat van toepassing is op de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering slechts beperkte handvatten biedt voor het op nationaal niveau afwegen van de belangen die hierin zijn onderscheiden, is de verhouding en afweging van belangen in dit hoofdstuk nader geanalyseerd. Duidelijk is geworden dat voor een kinderrechtenconforme belangenafweging bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering eerst de belangen van de minderjarige moeten worden bepaald. Deze afweging komt in de kern neer op een afweging tussen het respecteren van de autonomie en het beschermen van de ontwikkeling van de minderjarige. De verhouding tussen autonomie en bescherming is daarbij complex, omdat ook het uitoefenen van autonomie – tot op zekere hoogte – bijdraagt aan de ontwikkeling van de minderjarige. Andersom is het beschermen van de ontwikkeling van de minderjarige noodzakelijk voor het uitoefenen van autonomie. Het afwegen van de diverse belangen van de minderjarige bij de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering vraagt daarmee steeds om een integrale beoordeling van deze belangen in het individuele geval aan de hand van de specifieke omstandigheden. Het beginsel van de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige vormt daarbij een belangrijke leidraad om te waarborgen dat minderjarigen in toenemende mate uitdrukking kunnen geven aan autonomie en zelfbeschikking, terwijl tegelijkertijd een passend niveau van bescherming wordt geboden.

Nadat de belangen van de minderjarige in het concrete geval zijn bepaald, ontstaat overeenkomstig een kinderrechtenconforme belangenafweging bij de overheidsreactie op radicalisering ruimte voor het afwegen

109 Zie ook Gottlieb, *Hastings Law Journal* 1994, p. 861-864 en Den Houdijker 2007, p. 172-173.

110 Tsakyrakis, *International journal of constitutional law* 2009, p. 471. Zie ook Webber 2009, p. 75.

van deze individuele belangen met het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving. Uitgaande van de drie abstracte clusters belangen die uit het kinder- en mensenrechtenkader zijn ontleend, bestaat de belangenafweging bij de overheidsreactie op radicalisering die recht doet aan een kinderrechtenbenadering zodoende uit drie aspecten:

1. Het vaststellen en afwegen van de belangen van de minderjarige in de specifieke omstandigheden, waarbij de autonomie van de minderjarige wordt afgewogen tegen het belang van de bescherming van de ontwikkeling van de minderjarige.
 - Bij deze afweging dienen in ieder geval de *mening* van de minderjarige, zijn *leeftijd en rijpheid*, het behoud van *identiteit*, het behoud van de *gezinsomgeving en relaties* en het risico voor de *veiligheid* en *bescherming* van de minderjarige te worden meegewogen.
2. Het afwegen van de belangen van de minderjarige zoals in het concrete geval vastgesteld tegen het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving. Voor deze afweging kunnen de volgende stappen worden doorlopen:
 - i. Het vaststellen van de concrete mate van de afbreuk aan de belangen van de minderjarige als een juridisch instrument wordt ingezet, waarbij in ieder geval de volgende factoren moeten worden meegenomen:
 - het concrete juridische instrument dat wordt ingezet en de schadelijke gevolgen voor dan wel mogelijk positieve bijdrage aan de belangen van de minderjarige;
 - het rechtsgebied op grond waarvan een juridisch instrument wordt ingezet;
 - de fundamentele rechten en vrijheden die worden geraakt bij de inzet van een juridisch instrument;
 - ii. Het bepalen van het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving aan de hand van de gevolgen van het niet-inzetten van een juridisch instrument;
 - iii. De beoordeling of het belang van het nastreven van de bescherming van de veiligheid van de samenleving de concrete afbreuk aan de belangen van de minderjarige al dan niet rechtvaardigt.
3. Het optimaliseren van de belangen van de minderjarige als deze minder zwaar wegen dan het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving.
 - De beoordeling of het door middel van andere instrumenten mogelijk is om tegemoet te komen aan de belangen van de minderjarige zonder afbreuk te doen aan het belang van de bescherming van de veiligheid van de samenleving.

Op basis van dit rechtstheoretische kader kan bovendien een drietal inhoudelijke uitgangspunten worden geformuleerd die bij een kinderrechtenconforme belangenafweging bij de aanpak van radicalisering als leidraad voor overheidsoptreden kunnen dienen:

- I. Het belang van de minderjarige op een ongestoorde uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden en daarmee de uitoefening van autonomie dient in beginsel onverkort te worden beschermd in overeenstemming met de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige, tenzij de uitoefening van deze autonomie leidt tot ernstige schade aan de ontwikkeling van de minderjarige.
- II. De belangen van de minderjarige zoals in het individuele geval vastgesteld, dienen onverkort te worden beschermd, tenzij een dusdanig aanwijsbaar gevaar voor de veiligheid van de samenleving een concrete afbreuk aan de belangen van de minderjarige rechtvaardigt.
- III. Hoe zwaarder een juridisch instrument dat wordt ingezet, mede gelet op het betrokken rechtsgebied en het geraakte fundamentele recht, hoe zwaarwegender de belangen van de veiligheid van de samenleving moeten zijn.

Dit rechtswetenschappelijke kader voor een kinderrechtenconforme belangenafweging en de uitgangspunten die daarin liggen besloten, kunnen het in het vorige hoofdstuk uiteengezette kinder- en mensenrechtenkader complementeren. Hierdoor kan een analysekader worden gecreëerd voor het vanuit kinder- en mensenrechtenperspectief analyseren en beoordelen van de inzet van juridische instrumenten op nationaal niveau, waarbij alle betrokken belangen integraal worden afgewogen om te besluiten of en welk overheidsoptreden is geboden. In onderstaande figuur worden deze gezamenlijke uitgangspunten vanuit kinder- en mensenrechtenperspectief voor de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering weergegeven. Tegen deze achtergrond kan in het tweede deel van dit onderzoek worden geanalyseerd hoe de juridische instrumenten die bij de aanpak van radicalisering bij minderjarigen in Nederland beschikbaar zijn, en de inzet hiervan in de praktijk, zich tot het in dit deel van het onderzoek ontwikkelde kinder- en mensenrechtenperspectief verhouden.



Figuur 3.1 Uitgangspunten voor de inzet van juridische instrumenten bij de aanpak van radicalisering vanuit kinder- en mensenrechtenperspectief