

# Artikel

## Verslag CCRA seminar 6 juni 2024

‘Kinderrechten tussen vreemdelingen- en familierecht’

Mr. drs. C.J. Ullersma\*

Op 6 juni 2024 vond in de Nieuwe Kerk in Amsterdam het voorjaarsseminar plaats van het Centre for Children’s Rights Amsterdam (CCRA). Deze bijdrage is een verslag van dit seminar.

86

### Welkom – mr. dr. J.H. de Graaf

CCRA-Directeur Coby de Graaf benoemt na haar welkomstwoord dat uit jarenlang onderzoek van het CCRA blijkt dat het Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK) sinds de inwerkingtreding op steeds meer terreinen doorwerkt in het recht en er een plaats opeist, maar het Verdrag wordt nog niet ten volle benut. De onderzoeksvraag van de dag is hoe het IVRK en het aan betekenis winnende EU-Handvest van de Grondrechten beter kunnen worden benut in het migratierecht en de rechtsbescherming van de minderjarige in dit rechtsgebied kunnen verbeteren.

Een prikkelend onderwerp, dat gedurende het seminar van verschillende kanten is belicht. De bijdragen tonen een boeiend beeld van de krachten en verhoudingen binnen het migratierecht. Ook wordt duidelijk hoe afwijkend de positie van het kind en van het IVRK in het migratierecht is ten opzichte van het familierecht.

### Inleiding op het onderwerp – prof. dr. C. Mak

CCRA-bestuurslid Chantal Mak, hoogleraar Privaatrecht aan de UvA en voorzitter van het seminar, licht toe dat het onderwerp op de radar kwam bij het CCRA-seminar van 2023. Het CCRA-bestuur sprak toen Germa Lourens, stafmedewerker van stichting Nidos, de voogdijinstelling voor alleenstaande minderjarige vreemdelingen die om asiel vragen. Germa Lourens noemde de verschillen wat betreft het belang en de positie van het kind tussen familierechtelijke en migratierechtelijke procedures. Het onderwerp voor het volgende voorjaarsseminar was geboren. Germa Lourens licht het op verzoek van Chantal Mak nader toe. Nidos heeft als voogd van alleenstaande minderjarige vreemdelingen zowel ervaring met bestuursrechtelijke als civiele procedures van de pupillen. In die zaken zijn opvallende verschillen te zien in de positie en benadering van de minderjarige. Zo worden zaken in het familierecht achter gesloten deuren behandeld en is dit in het vreemdelingenrecht niet het geval. Een kindgesprek is daarnaast gebruikelijk in een civiele procedure, in een vreemdelingenzaak krijgt de minderjarige pas aan het eind van de behandeling een vraag of hij ook iets wil zeggen. En terwijl in civiele zaken de zitting niet eens zou doorgaan als de voogd er niet is, wordt deze in vreemdelingenzaken niet apart uitgenodigd.

De verschillen waren dermate opvallend dat Germa Lourens daarover gesprekken heeft geïnitieerd met rechtbanken. Dat bracht het gesprek op gang over de verschillen tussen de rechters in de desbetreffende gebieden en ook in het veld. Dit seminar is een voortzet-

\* Mr. drs. Ullersma is advocaat migratierecht bij De Graaf aan de Kade advocaten.

ting van het onderzoek naar die verschillen en de inzichten.

## ‘De bestuurs(proces)rechtelijke context’ – prof. mr. dr. A.T. Marseille

Bert Marseille, hoogleraar bestuurskunde aan de RUG, gaat in zijn voordracht in op de bestuursprocesrechtelijke context rond het behandelen en beoordelen van zaken. De eerste vraag die hij aan de orde stelt is wat de ratio is achter de verschillende benaderingen in civiele en bestuursrechtelijke procedures, en of die ratio overtuigend is. Natuurlijk zijn er verschillen tussen de rechtsgebieden, maar Marseille ziet niet altijd een overtuigende ratio voor het verschil in benadering. Het blijven denken vanuit de categorie rechtsgebied kan je een gevangene maken van de vorm, net als het ingesleten patroon ‘we doen het altijd zo’. Het is contextafhankelijk. Meer dan naar de vorm, het type procedure waarin de minderjarige zich bevindt, zou de inhoud van het verzoek leidend moeten zijn voor het zoeken en vinden van de juiste vorm. In navolging van Brenninkmeijer die dit in 1991 al opwierp,<sup>1</sup> hoopt Marseille dat er een eenvoudige procedure zal komen voor de verschillende rechtsgebieden, bestuurs-, civiel én strafrecht. Hij roept rechters dus op zich niet te veel te laten leiden door de verschillende procedures, maar te kijken naar de aard van de zaak en dan te beoordelen wat de zaak nodig heeft. De rol van de rechter is zijns inziens niet per definitie anders in civiel recht dan bestuursrecht.

De tweede vraag die Marseille opwerpt is of het bestuursrecht voldoende toegerust is om het belang van het kind op een goede manier te betrekken in de procedure en daaraan recht te doen. Dat antwoord is ja, steeds meer. Een ontwikkeling is zichtbaar van een regelgeoriënteerde (is het besluit in overeenstemming met de regels genomen) naar beginselgeoriënteerde insteek (wordt de rechtszoekende recht gedaan). Een ander punt in dit kader is de Harderwijk-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285), een toonaangevende uitspraak met meer oog voor de belangen en de vraag of dit besluit wel nodig is om een doel te bereiken. Ook het wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb, met als doel de overheid meer dienstbaar te maken, ademt die ontwikkeling.

Een derde vraag is of de bestuursrechter, als hij wil, over het juiste instrumentarium beschikt om zijn rol in te richten. Marseille beaamt dat die instrumenten er zijn. De Awb biedt de bestuursrechter namelijk veel ruimte. De rechter kan leentjebuurt spelen bij hoe het bijvoorbeeld in rechtsvordering geregeld is voor het invullen van zijn rol. Of en wanneer een rechter in het bestuurs-

recht daarmee aan de slag gaat en zelf met een kind zou spreken, kan afhangen van hoe goed het besluit is voorbereid en van de impact van een besluit. Wanneer de rechter zelf met de minderjarige spreekt, kan dat ook goed zijn voor de ervaren procedurele rechtvaardigheid – zelf gehoord worden vergroot acceptatie van de uitspraak.

## ‘De rol van de rechter bij de effectieve bescherming van kinderrechten’ – mr. C.C.W. Lange

Vervolgens is het podium voor Cassandra Lange, staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zij gaat in op de rol van de rechter bij de invulling van de rechten van het kind en de bescherming ervan. Als eerste kijkt zij naar het Unierecht, dat alle rechtsgebieden bestrijkt. Ze bespreekt de rol van de rechter in de Europese Unie, waar artikel 47 van het Handvest effectieve rechtsbescherming van fundamentele rechten garandeert, en vergelijkt deze met de Nederlandse situatie, waar als enige Lidstaat in de EU op grond van artikel 120 van de Grondwet toetsing van wetten aan de Grondwet verboden is, en dus ook de fundamentele rechten. Zijn er daardoor wel voldoende checks and balances in onze procedures? Vanuit het Hof van Justitie EU in Luxemburg en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg komen nu geregeld uitspraken waarin het belang van het kind een rol speelt. Dat werkt door in de Nederlandse praktijk. De invloed van EU-recht en het EVRM is daardoor een factor van belang in de verschillende soorten procedures. Effectieve rechtsbescherming vergt volgens Lange een deugdelijk feitenonderzoek, een volwaardige mondelinge behandeling en materiële rechtvaardigheid. Het uitgangspunt is dat zonder waarheidsvinding geen materiële rechtvaardigheid kan worden bereikt. Daarvoor is deugdelijk feitenonderzoek noodzakelijk, waaronder het in kaart brengen van de belangen van het kind. De IND verricht het feitenonderzoek in het migratierecht. Artikel 8:69 lid 3 Awb biedt de rechter in het bestuursrecht de mogelijkheid om de feiten aan te vullen. Het horen van een kind valt daaronder. Dit lijkt volgens Lange wel op het kindgesprek uit het civiele recht. Materiële rechtvaardigheid, tot slot, hangt samen met de ontwikkelingen ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel. De menselijke maat krijgt daardoor meer plek in de beoordeling. Lange noemt een aantal voorbeelden waar het gaat om de vraag hoe effectieve rechtsbescherming wordt geboden aan minderjarigen. Ten aanzien van deugdelijk feitenonderzoek kan worden gedacht aan zaken over leeftijdsbepaling van de gesteld minderjarige vreemdeling. Het is een complex geheel tussen bewijsregels en het kunnen bepalen van de leeftijd. Wie draagt

1 A.F.M. Brenninkmeijer, *Het procesrecht als proces. Preadvies NJV*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

de bewijslast? En wat te doen als er bijvoorbeeld wisselende verklaringen of informatie is over de leeftijd? Wordt gekeken naar het evenredigheidsbeginsel, de menselijke maat in het migratierecht, dan kijkt Lange naar het kinderpardon, een verblijfsrecht voor kinderen die al vele jaren in Nederland zijn zonder verblijfsrecht. In die zaken speelt de vraag of handelen van een ouder kan worden toegerekend aan een minderjarige, en zo verblijfsrechtelijke consequenties kan hebben. De rechter past in deze zaken het evenredigheidsbeginsel toe om te beoordelen of het handelen van een ouder kan worden toegerekend aan een minderjarige. In reactie op een vraag naar hoe het afwegen van het horen van kinderen in de zittingszaal wordt vormgegeven, geeft Lange aan dat anders dan bij rechtbanken bij de Afdeling weinig zittingen worden gehouden in vreemdelingenzaken. Zij geeft aan dat ook de afweging gemaakt wordt of het horen niet te belastend is voor een kind. Zij meent dat dit afhankelijk is van de context van de zaak. In de beperkte reikwijdte van een familierechtelijke procedure zal het eerder aan de orde zijn dan bij een zaak waar ook het algemeen belang van Nederland speelt, zoals in verschillende vreemdelingenrechtelijke procedures.

## ‘Participatie van kinderen in asielprocedures’ – drs. S. Lembrechts

88

Promovenda aan de Universiteit Gent Sara Lembrechts gaat in haar bijdrage in op de participatie van minderjarigen in de asielprocedure. Uit haar onderzoek blijkt dat deze groep veel stress en onzekerheid ervaart, in vele fasen van de procedure maar ook juist vlak voor de zitting. De rechter gaat immers een belangrijke beslissing nemen met veel impact op hun leven. Vriendelijke bejegening door de rechter helpt de stress te verlagen en aanwezigheid van de voogd bij de zitting is standaard en kan als steun worden gevoeld. Als de minderjarige geen mogelijkheid krijgt om zich uit te spreken, wat in België aan de rechter is om te bepalen, dan wordt dat als negatief ervaren.

Kindvriendelijker rechtspraak staat wel op de agenda van Justitie. Er zijn verschillende initiatieven zoals kindvriendelijke arresten, een informatiefilm en het inrichten van een kindvriendelijke zittingszaal. Minderjarigen worden bij dat proces betrokken.

## ‘Het belang van het kind’: maar wat is dat dan?’ – mr. M.L. van Leer

Lou van Leer, advocaat gespecialiseerd in vreemdelingen- en familierecht bij De Graaf aan de Kade advocaten

in Amsterdam, gaat dieper in op de vraag wat het belang van het kind inhoudt in deze beide rechtsgebieden. Zij doet dit aan de hand van verschillende uitspraken.

Dat gaat ten eerste om het verblijfsrecht van een derde-lander ouder van een kind met de Nederlandse nationaliteit. Vóór de baanbrekende uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak *Ruiz Zambrano* van 9 maart 2011<sup>2</sup> viel het verblijf van die ouder onder het Nederlandse reguliere vreemdelingenrecht, waarbij kort gezegd strenge voorwaarden gelden voor het verkrijgen van een verblijfsrecht. Het HvJ EU bepaalde echter dat een derdelander ouder met een jong kind dat EU burger is, een Unierechtelijk verblijfsrecht heeft in de lidstaat van nationaliteit, als het weigeren van dit verblijfsrecht zou betekenen dat het kind zijn ouder zou moeten volgen en daardoor niet meer zou kunnen genieten van het Unieburgerschap. Zo werd het verblijfsrecht van de derdelander ouder van een Nederlands kind opeens EU-recht. Tot dit moment was dit een zogeheten zuivere interne situatie als het kind nog nooit gebruik had gemaakt van zijn recht op vrij verkeer. Dit arrest werd in Nederland vervolgens zo beperkt mogelijk uitgelegd, waarbij de positie van de andere ouder wanneer deze wel de Nederlandse nationaliteit had, zeer op de voorgrond werd geplaatst. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde dat het kind in beginsel bij die andere ouder kon verblijven. De enige uitzonderingen daarop waren als die ouder overleden was of in detentie verbleef.

Het HvJ EU werd vervolgens om verduidelijking gevraagd (*Chavez Vilchez* arrest<sup>3</sup>) voor de gevallen dat er behalve de derdelander ouder ook een EU-burger ouder was en wat verstaan moet worden onder ‘ten laste komen van’. Het Hof kwam op 10 mei 2017 tot een uitspraak waarin het belang van het kind uitdrukkelijk vooropgesteld werd en de basis vormde voor de beoordeling van de zaak.

Over bleef de situatie dat een Unieburgerkind in het buitenland verbleef en nog nooit in de Unie was geweest. Moest in dat geval de derdelander ouder toch verblijf worden verleend in de lidstaat van nationaliteit? Het Hof oordeelde in het arrest X van 22 juni 2023<sup>4</sup> dat de lidstaat niet mocht treden in het gezag van de ouder. Het is aan de ouder of het in het belang is van een kind om te verhuizen, vindt het Hof. Het jongetje (10) in Thailand kon dus als zijn moeder dat wilde naar Nederland verhuizen. Of het in zijn belang was, was in deze procedure dus niet relevant, want dat lag uitsluitend bij de ouder.

Dat is familierechtelijk gezien wel opzienbarend. Van Leer haalt een lopende familierechtelijke casus aan uit haar praktijk. Een Eritrees meisje (12) is met oom en tante bij wie zij altijd woonde naar Nederland gekomen en heeft een verblijfsvergunning gekregen om bij deze familieleden te verblijven. Haar moeder verblijft in het Verenigd Koninkrijk. Het meisje heeft al heel lang niet

2 HvJ EU 8 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:124 (Ruiz Zambrano).

3 HvJ EU 10 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:354 (Chavez-Vilchez).

4 HvJ EU 22 juni 2023, ECLI:EU:C:2023:499 (X).

bij haar moeder verbleven maar moeder wil dat het meisje naar haar komt. Na een melding door de politie bij Veilig Thuis schakelde deze de Raad voor de Kinderbescherming in. Deze verzocht om een voorlopige ondertoezichtstelling om nader onderzoek te kunnen doen. De kinderrechter heeft met het kind gesproken en gevraagd wat zij wilde. Het meisje wilde bij haar oom en tante blijven. De rechter besloot daarop tot de gevraagde voorlopige ondertoezichtstelling, in afwachting van nader onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming. In deze casus woog de mening van het kind dus zeer zwaar mee, in de Thaise zaak X werd er niet eens naar gevraagd.

Van Leer doet een aantal concrete aanbevelingen om het belang van het kind in migratieprocedures beter te waarborgen:

- Ga met het kind in gesprek in een kindvriendelijke omgeving.
- Schakel expertise in van organisaties zoals de Raad voor de Kinderbescherming.
- Lees de handreiking van de Kinderombudsman ‘In vier stappen naar het beste besluit voor het kind’.<sup>5</sup>

## ‘Het belang van het kind in de uitvoeringspraktijk van de IND’- mr. J.E.J. ten Berg

Johan ten Berg is werkzaam bij de Afdeling juridische zaken van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). Hij reflecteert op verschillende bronnen en de plaats van het belang van het kind in vreemdelingenrechtelijke procedures. Ten Berg verwijst naar artikel 3 IVRK en het EU-recht, in het bijzonder artikel 5 lid 5 van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Een algemene wetsbepaling in het nationale recht is er (nog) niet, wel een voorstel daartoe.<sup>6</sup> Ten Berg benoemt dat Nederland redelijk ruime regels heeft voor gezinshereniging, zoals ten aanzien van kinderen van gescheiden ouders of pleegkinderen. Ook hebben kinderen na een jaar recht op een zelfstandig verblijfsrecht.

Ten Berg benoemt hoe de IND het belang van het kind probeert te borgen in de besluitvorming: zo is voorzien in de inzet van gespecialiseerde hoormedewerkers bij het behandelen van asielaanvragen van alleenstaande minderjarigen.

Ten Berg noemt daarnaast het Samenwerkingsverband ten behoeve van Kinderen in Vreemdelingrechtelijke procedures (SKIV), waarin de IND samenwerkt met onder andere het Ministerie van Justitie, de Raad voor de Kinderbescherming en de Dienst Terugkeer en Vertrek. Door samenwerking tussen verschillende disciplines kunnen de belangen van kinderen in vreemdelingenrechtelijke procedures worden gewaarborgd. Het SKIV

heeft tot nu toe onder meer meegedacht over beleid voor het verblijf van kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel en over het opnemen van een bouwsteen in een besluit hoe het belang van het kind is meegewogen. Daardoor zal de rechter het besluit beter kunnen controleren. Voorts is mede vanuit het SKIV een ‘belang van het kind’-team binnen de IND samengesteld, gespecialiseerd in vraagstukken hieromtrent. Aan dit team is recent een gedragsdeskundige toegevoegd. Als medewerkers van de IND op een ingewikkelde casus stuiten waarin een minderjarige betrokken is, kunnen zij contact opnemen met dit team. Ook dit is bedoeld om de positie van het belang van het kind in besluiten beter te borgen.

Hoe dit bij elkaar komt in individuele procedures, bespreekt Ten Berg inzake de toepassing van artikel 8 EVRM. Hij bespreekt enkele casussen ten aanzien van zowel privé- als familielevens waarin de belangenafweging tussen het belang van het kind en het algemeen Nederlands belang centraal stond. Daaruit blijkt onder meer dat handelen van de ouder aan het kind kan worden toegerekend in de procedure en dus in het nadeel kan meewegen. Ook noemt hij een Best interest of the Child (BIC)-rapportage, die als onderbouwing van het belang van het kind betrokken kan worden in de beoordeling. Hij benadrukt dat het belang van het kind in een afweging zwaar weegt, maar niet altijd doorslaggevend is. Het restrictieve toelatingsbeleid is het kader waarbinnen de IND opereert. De lat ligt daardoor in het algemeen hoog. Dat geldt voor inmenging in privé- of familielevens, en nog meer voor positieve verplichtingen.

Tot slot stipt Ten Berg aan dat de IND geconfronteerd wordt met lastige dilemma’s. Veel discussies komen voort uit het feit dat beleidsmakers uit het oogpunt van een algemeen belang van kinderen kijken en minder naar de individuele belangen. Beleidsmakers dienen rekening te houden met de krachten die zij zien, bijvoorbeeld minderjarigen die als vluchteling vooruit gestuurd worden omdat zij als minderjarige meer rechten dragen of het fenomeen van schijnerkenningen om zo de Nederlandse nationaliteit te krijgen. De vraag rijst of dat in het belang van kinderen is en hoe je daar dan mee om moet gaan in de besluitvorming. Een eenduidig antwoord is niet zomaar te geven.

## ‘De participatie van minderjarigen in vreemdelingenrechtelijke procedures bij de rechtbank: onontgonnen terrein?’- mr. R.H.G. Odink

Rein Odink, huidig vreemdelingen- en voormalig kinderrechter bij de rechtbank Amsterdam, wijdt zijn bijdrage aan de participatie van minderjarigen in vreemdelingenrechtelijke procedures bij de rechtbank. Odink

5 <https://www.kinderombudsman.nl/het-beste-besluit-voor-het-kind/handreiking-professionals-het-beste-besluit-voor-het-kind>.

6 *Kamerstukken II* 2015/16, 34541, nr. 2.

belicht de ontwikkeling van kindvriendelijke procedures bij de rechtbank Amsterdam en de uitdagingen die daarbij komen kijken. Verschillende onderzoeken hadden opgeleverd dat informatie, participatie en terugkoppeling onder de maat waren.<sup>7</sup> De rechtbank Amsterdam is daar, voortkomend uit een langer bestaande wens en gevoel voor urgentie, verder mee aan de slag gegaan, onder meer door te spreken met onder andere de familie-rechtkamer over hoe het horen van kinderen in de zaak door een rechter kan worden aangepakt. Uit de zoektocht van de rechtbank Amsterdam rolt nu een plan dat in het najaar binnen de rechtbank zal worden besproken.

Bij de vraag hoe je het kind betreft, spelen veel vragen op, waarvan Odink er enkele bespreekt. Zoals in welke zaken hoor je kinderen als rechter? De rechtbank Amsterdam kiest nu voor artikel 8 EVRM en *Chavez Vilchez* zaken. Het kind kan daarin relatief makkelijk begrijpen waar het om gaat; mag mijn vader blijven, mag ik blijven. Als dat goed gaat, kan dit breder worden getrokken. Een andere vraag is de leeftijd waarop je een kind gaat horen. Die grens is in Amsterdam gesteld op 8 jaar.

In bestuurszaken, geeft Odink desgevraagd aan, is het voor de rechtbank niet van belang of het kind al door de IND zou zijn gehoord. Want artikel 12 IVRK gaat om gelegenheid bieden aan het kind om zich uit te spreken, en de rechtbank is een nieuwe instantie. Ook daar is spreken met het kind relevant.

Een ander belangrijk aspect is de manier waarop kinderen worden geïnformeerd over de procedure en het kindgesprek. Odink pleit op dit punt voor kindvriendelijke brieven en animatie-informatiefilmpjes om kinderen voor te bereiden op wat hen te wachten staat.

Het kindgesprek zelf moet in een kindvriendelijke omgeving plaatsvinden. Het doel ervan is om de minderjarige de gelegenheid te geven zijn stem te laten horen. Dat is eenvoudigweg het doel op grond van artikel 12 IVRK. Het gesprek levert eigenlijk altijd informatie op, maar dat is niet het doel. Als je vragen gaat stellen over aspecten die je wilt weten, dan wordt het snel een verhoor. Dat is niet de bedoeling. Het kind moet kunnen spreken in een vertrouwelijke omgeving.

Odink benadrukt dat het belangrijk is om zorgvuldig om te gaan met de informatie die tijdens het kindgesprek naar voren komt. Samen met het kind wordt besloten welke informatie wordt gedeeld met de andere partijen. Zo wordt voldaan – althans zo wordt dat in het familie-recht beredeneerd – aan het principe van hoor en wederhoor.

De terugkoppeling aan de minderjarige is een ander belangrijk punt dat nog gedachtenvorming vergt. Dat is ook iets om tijdens het kindgesprek te bespreken: van wie de minderjarige de uitspraak wil horen. Dit vergt tijdsinvestering, wat lastig is. Maar het moet wel gebeuren, en goed. Zo zijn er vele vragen die uitgedacht dienen te worden om in het bestuursrecht aan de slag te

kunnen met een kindgesprek. Maar, roept Odink ten slotte enthousiast, boven het juist op dat moment toenemende rumoer op straat uit, dat door de open ramen de congreszaal binnenwaait: ‘zo moeilijk is dat niet!’, en dat kan eigenlijk als leus worden opgevat voor wat er tijdens het seminar besproken is. Recht doen aan de positie van een kind in een bestuursrechtelijke procedure, net als in het familierecht: zo moeilijk is dat niet!

7 [https://www.ru.nl/publish/pages/948048/liber\\_amicorum\\_guild\\_05072019.pdf](https://www.ru.nl/publish/pages/948048/liber_amicorum_guild_05072019.pdf) en <https://research.ou.nl/en/studentTheses/de-hoogste-tijd-voor-kindvriendelijke-vreemdelingenprocedures>.