

Minderjarige, Ondertoezichtstelling, vreemdelingenrecht vs. jeugdrecht, artikel 3 en 6 VRK

1. Met de onderhavige beschikking doet de kinderrechter van de Rechtbank Amsterdam (meervoudige kamer) ‘vreemdelingenrechtland’ even op haar grondvesten schudden. In deze gerechtelijke uitspraak van de afdeling privaatrecht van de rechtbank wordt het vreemdelingenrecht door het jeugdrecht ‘overruled’.² Deze privaatrechtelijke beschikking heeft waarschijnlijk een bestuursrechtelijke beschikking tot gevolg die eerder via het vreemdelingenrecht niet afgedwongen kon worden. Deze ontwikkeling is niet nieuw, maar kan wel spannend genoemd worden, aangezien deze vergaande gevolgen kan hebben voor de huidige asiel- en immigratierechtpraktijk ten aanzien van gewortelde asiel- en migrantenkinderen die dreigen uitgezet te worden en kan mogelijk voor kinderen die niet onder de Regeling voor Langdurig Verblijvende Kinderen vallen³ een laatste strohalm zijn. Zal de staatssecretaris van justitie, die bevoegd is asiel- en immigratiebeschikkingen te slaan, er wakker van liggen of zal hij de onderhavige beschikking enkel kwalificeren als een ‘incident’? Dat is een antwoord op een vraag die wij hier niet kunnen geven, maar waar we wel met belangstelling naar uitkijken.
2. Hieronder zullen wij eerst kort ingaan op de feiten die een rol spelen in deze bijzondere zaak waarin twee verschillende parallel lopende procedures met elkaar vervlochten raken. Daarna zullen wij stilstaan bij de beoordeling van ‘het belang van het kind’ die *in casu* gevolgd wordt op grond van het jeugdrecht. Vervolgens zullen we ingaan op de vreemdelingenrechtelijke benadering, waarbij in beide gevallen aandacht wordt besteed aan het Verdrag inzake de Rechten van het Kind van de Verenigde Naties (VRK⁴) en in het bijzonder artikel 6 VRK, het recht op leven en ontwikkeling van het kind dat in samenhang gelezen moet worden met artikel 3 VRK inhoudende dat bij elk besluit het belang van het kind een eerste overweging moet zijn.
3. De onderhavige zaak gaat over een Marokkaans meisje van tien jaar (betrokkene) die in 2012 een eerste Ondertoezichtstellingsmaatregel (OTS) van de kinderrechter heeft opgelegd gekregen vanwege psychische en fysieke problematiek die voortkomt uit

¹ De auteurs zijn de advocaat in de onderhavige procedure, de heer mr. A. El Aqde, zeer erkentelijk voor de verstrekte informatie en achtergronden bij deze zaak. Daarnaast danken de auteurs mevrouw G.H. Lourens van Stichting Nidos voor aanvullende informatie.

² Zie ook de aandacht voor de beschikking in het NRC-handelsblad (<http://www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/maart/03/het-meisje-en-haar-angst-voor-uitzetting-1354350>), NRC-Next (<http://www.nrc.nl/next/van/2014/maart/04/de-uitspraak-over-een-meisje-11-dat-niet-wil-wo-1354542>) en het juridisch expertblog van de NRC (inclusief de reacties van hoogleraren Terlouw en Forder) op: <http://www.nrc.nl/rechtenbestuur/2014/03/03/de-uitspraak-kun-je-uitzetting-voorkomen-door-een-gezinsvoogd-aan-te-stellen/>.

³ Zie hierover C.J. Ullersma en J. Werner, De Regeling langdurig verblijvende kinderen: Tussen pardon en kinderrecht, A&MR 2013, nr. 9, p. 468-476 en C.A.F.M. Grütters en E.C.C. van Os, Het ene gewortelde kind is het andere wél. Over de uitsluiting van niet-asielkinderen bij het Kinderpardon, A&MR 2013, nr. 7, p. 312-319.

⁴ In tegenstelling tot de veel in jurisprudentie en literatuur gebruikte afkorting “IVRK” hanteren wij in navolging van Willems de afkorting ‘VRK’: zie J.C.M. Willems, ‘Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind: waarom VRK goed is en IVRK (eigenlijk) fout’, Ars Aequi 2007, p. 513-514.

huiselijk geweld (door haar vader) en de dreiging van uitzetting naar Marokko. Connex aan de OTS-maatregel heeft zij een verblijfsvergunning regulier (VVR) onder de beperking ‘beschikking conform staatssecretaris’ ontvangen en haar moeder een afgeleide vergunning ‘verblijf bij dochter’. Deze OTS verliep in februari 2013. De moeder van betrokkene heeft bij Bureau Jeugdzorg (BJZ⁵) gevraagd of BJZ een OTS-verlengingsverzoek zou willen indienen (ex artikel 1:256, tweede lid, BW). BJZ gaf te kennen eerst onderzoek te zullen doen naar: de emotionele ontwikkeling van betrokkene, de omgangsregeling met vader en de effecten van terugkeer naar Marokko op de ontwikkeling van betrokkene. Dit rapport, ook na herhaaldelijk rappelleren van de betrokken advocaat in verband met het aflopen van de termijn voor het indienen van een verlengingsverzoek⁶, was niet tijdig gereed.⁷ De advocaat van betrokkene gaf aan dat het niet tijdig indienen van een verlengingsverzoek door BJZ vermoedelijk te maken had met de mogelijke vreemdelingenrechtelijke implicaties van deze zaak. Vervolgens heeft de advocaat van betrokkene zelf namens de moeder van betrokkene een nieuw OTS-verzoek ingediend (ex artikel 1:254, vierde lid, BW).⁸ De rechtbank heeft (enkelvoudig) na een eerste zitting een termijn van zes maanden uitstel gegeven voor de totstandkoming van het BJZ-onderzoeksrapport. Ondertussen boog de Immigratie- en Naturalisatie Dienst (IND) zich, namens de Staatssecretaris van Justitie, over een inmiddels gedaan verlengingsverzoek van de VVR ‘beschikking conform staatssecretaris’. De rechtbank (enkelvoudig) heeft na afloop van de termijn het OTS-verzoek aangehouden om de IND de gelegenheid te geven te beslissen op de aanvraag voor een verlenging van de VVR met inachtneming van de jeugdrechtelijke situatie. Hiertoe heeft de rechtbank het proces-verbaal van de zitting aan de IND opgestuurd. De IND heeft vervolgens contact gehad met BJZ en navraag gedaan of de OTS-maatregel is verlengd of dat er een (nieuwe) OTS-maatregel is opgelegd. Volgens de advocaat heeft BJZ toen ten onrechte aangegeven dat een OTS-verzoek is afgewezen. De IND heeft daarop op 14 oktober 2013 het verlengingsverzoek VVR ‘beschikking conform staatssecretaris’ afgewezen. De advocaat van betrokkene heeft daartegen bezwaar ingediend, waarop nog niet is beslist. BJZ diende uiteindelijk op 30 november 2013 een rapport in, maar daarin stonden volgens de advocaat geen bevindingen van het toegezegde onderzoek naar de effecten op de ontwikkeling van betrokkene bij terugkeer naar Marokko. Wel onderschreef BJZ de zorgelijke emotionele ontwikkeling bij betrokkene en dat haar vader uit beeld is, doch zich vermoedelijk nog in Nederland ophoudt. Aangezien de rechtbank, volgens de advocaat, niet enkelvoudig een OTS wilde opleggen in een zaak waaraan vreemdelingenrechtelijke implicaties kleven, heeft de rechtbank een volgende zitting meervoudig afgedaan.⁹ Tijdens deze zitting werd tevens een adviesrapport van de

⁵ Bureau Jeugdzorg Agglomeratie Amsterdam, dat sinds 3 april 2014 Jeugdbescherming Regio Amsterdam (BJRA) heet: <http://www.bjaa.nl/persbericht-7-april-2014-we-gaan-door-als-jeugdbescherming>.

⁶ Volgens artikel 2.4.8.a van het procesreglement civiel jeugdrecht wordt een verlengingsverzoek uiterlijk tijdens de achtste week voor het einde van de geldigheidsduur van de lopende ondertoezichtstelling ingediend.

⁷ BJZ had nog geprobeerd de zaak door te verwijzen naar Stichting Nidos, maar Nidos gaf te kennen niets te kunnen doen in dit kader. De advocaat verklaarde de reactie van Nidos als volgt: Nidos heeft deze zaak niet aan zich getrokken omdat het ging om zaak waarin een reguliere vreemdelingenprocedure werd gevolgd en geen asielpcedure. Navraag bij Nidos leerde ons dat Nidos in voorkomende gevallen ook reguliere zaken aan zich kan trekken, maar dat in dit geval dit waarschijnlijk niet is gebeurd omdat de eerste OTS-maatregel door BJZ is uitgevoerd.

⁸ Dit heeft tot gevolg dat weer een geheel nieuw onderzoek verricht moest worden, terwijl bij een verlengingsverzoek alleen wordt beoordeeld of nog steeds dezelfde gronden aanwezig zijn om de OTS-maatregel voort te zetten.

⁹ Wellicht niet geheel toevallig is dat in ieder geval twee rechters, mrs. R.H.G. Odink en H.J.M. Baldinger, een vreemdelingenrechtelijke achtergrond hebben (gelet op de gepubliceerde jurisprudentie op www.rechtspraak.nl).

Raad voor de Kinderbescherming (Raad) besproken. In het rapport werd door de Raad geadviseerd in het belang (van de ontwikkeling) van het kind een OTS op te leggen vanwege het getraumatiseerde verleden van betrokkene en in verband met de nog immer aanwezige dreigende uitzetting die zou leiden tot psychische en fysieke ontworteling in het leven van betrokkene. Volgens de advocaat heeft BJZ zich ter zitting achter het advies van de Raad aan de kinderrechter geschaard om een OTS-maatregel op te leggen. De kinderrechter heeft uiteindelijk het tweede OTS-verzoek kort samengevat toegewezen op basis van de volgende overwegingen:

- De rechtbank is van oordeel dat de specifieke zorgplicht die uitgaat van artikel 6 VRK niet alleen de minderjarige betreft die op het eigen grondgebied op basis van een verblijfstitel (red.) verblijft maar ook de minderjarige die wordt uitgezet. De Staat dient zich ervan te vergewissen dat de mogelijkheden tot overleven en de ontwikkeling van dat kind in het andere land gewaarborgd zijn te achten. Indien het perspectief op ontwikkeling van het kind in het land van herkomst niet het geval is, kan de Staat niet tot uitzetting overgaan en zal zij de mogelijkheden tot overleven en ontwikkeling op het eigen grondgebied dienen te waarborgen.
- De rechtbank is van oordeel dat de dreiging van uitzetting naar Marokko een ernstige bedreiging van de geestelijke belangen en gezondheid van betrokkene oplevert. Het is volgens de rechtbank voorts aannemelijk dat de uitzetting voor betrokkene zelf ernstige schade van psychische of lichamelijke aard ten gevolge zal hebben. Eventuele uitzetting met moeder maakt dit niet anders.

4. De onderhavige kwestie brengt ons allereerst bij de volgende constatering. Niet alleen lijkt de (civiele) kinderrechter en BJZ te kijken naar de vreemdelingrechtelijke consequenties bij het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel, maar ook lijkt de staatssecretaris van justitie, namens hem de IND, in zijn besluitvorming te kijken naar het jeugdrecht, waarin het recht op ontwikkeling en ‘het belang van het kind’ ex artikel 3 en 6 VRK vol worden getoetst (zie hierover onder 10). Immers, hij baseert zijn besluit in primo mede op de vraag of een OTS-maatregel is opgelegd en zal voor het besluit op bezwaar de beoordeling van de kinderrechter inzake de gronden van de OTS mee moeten laten wegen om het besluit over een verblijfsvergunning ‘beschikking conform staatssecretaris’ (of ‘tijdelijk dan wel niet-tijdelijk humanitair’) te kunnen heroverwegen.¹⁰ Het recht op jeugdzorg is echter niet volledig gewaarborgd. ‘Illegale’ kinderen hebben volgens de Nederlandse regering een beperktere toegang tot de jeugdzorg dan andere kinderen in Nederland. Het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel heeft volgens de minister geen statusverlenend karakter.¹¹ Uit de praktijk blijkt ook dat het vreemdelingenrecht een dominantere positie heeft ten opzichte van het jeugdrecht. Het komt voor dat ondanks de opvatting van BJZ dat een kind dringend hulp nodig heeft, het kind het land moet verlaten. BJZ moet evenwel bij aanvang van een OTS kijken of een kind beschikt over een verblijfsstatus, aangezien dat gegeven van invloed kan zijn op de uitvoering van een

¹⁰ Overigens is met de Wet Modern Migratiebeleid deze beperking komen te vervallen. Zie IND-werkinstructie 2013/11 (<https://www.ind.nl/Documents/Wi%202013-11.pdf>): Onder de huidige regelgeving wordt een dergelijke beperking ‘Niet-tijdelijk humanitair’ of ‘Tijdelijk humanitair’ genoemd. Of zoals in het onderhavige geval, als de aanvraag is ingediend vóór 1 juni 2013 en de beslissing wordt genomen na 1 juni 2013, dan wordt op de beschikking en het pasje de nieuwe beperking ‘conform momi’ opgenomen.

¹¹ S. Meuwese, M. Blaak, M. Kaandorp, Handboek Internationaal Jeugdrecht, Nijmegen, Ars Aequi Libri 2005, p. 493: aldus de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie in een brief van 18 februari 2003 aan Bureau Jeugdzorg Utrecht.

OTS.¹² Het meenemen van de vreemdelingrechtelijke consequenties door BJZ en de kinderrechter in hun beoordeling van het individuele geval mogen volgens ons echter alleen in het teken staan van de jeugdrechtelijke gronden op basis waarvan een OTS uitgesproken kan worden. De mogelijke overweging dat de Staat, vanwege afwijzing van de aanvraag om een verblijfsvergunning, niet meer verantwoordelijk zal zijn voor de jeugdrechtelijke bescherming van het kind wanneer het kind eenmaal uitgezet is in het land van herkomst mag in dit kader geen rol van betekenis spelen. Daarvoor is geen jeugdrechtelijke grond. Daarentegen, vreemdelingenrechtelijke consequenties, zoals een dreigende uitzetting, kunnen wel een rol spelen in de materiële beoordeling in het kader van het onderzoek ten aanzien van het ontwikkelingsbelang van het kind (op grond van artikel 1:254, eerste lid BW), zoals in het onderhavige geval is gebeurd.

5. De vraag is nu wat de IND in het onderhavige geval gaat beslissen op het bezwaarschrift. Zoals hierboven al opgemerkt, is het recht op jeugdzorg voor ‘illegale’ kinderen niet gewaarborgd. Daarnaast kan worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een gebonden bevoegdheid de verblijfsvergunning te verstrekken in gevallen waarin een OTS-maatregel wordt opgelegd. De staatssecretaris heeft ook in dit geval een discretionaire bevoegdheid om de verblijfsvergunning te verlenen, maar ook om te weigeren. Het enkele feit dat, blijkens de onderhavige beschikking, in het besluit in primo naar aanleiding van de verblijfsvergunningsaanvraag wordt aangegeven dat wanneer betrokkene onder toezicht wordt gesteld zij een verblijfsvergunning bemachtigt onder de beperking ‘beschikking conform minister’, vormt geen garantie voor afgifte van de verblijfsvergunning. De bezwaarprocedure omvat immers een integrale heroverweging van het besluit in primo ex artikel 7:11 Algemene wet bestuursrecht. Dat een verblijfsvergunning kan worden geweigerd in gevallen waarin een OTS-verzoek is toegewezen, volgt bijvoorbeeld uit een niet-gepubliceerde uitspraak van 1 mei 2013 in een ‘Dublin-zaak’ waarin de rechtbank, mede op grond van het interstatelijk vertrouwensbeginsel, verweerder kon volgen dat in België gelijkwaardige kinderbeschermingsmaatregelen getroffen kunnen worden en dat betrokkenen in die procedure niet hebben aangetoond dat dergelijke maatregelen in België niet genomen kunnen worden.¹³ Het interstatelijk vertrouwensbeginsel is ten aanzien van Marokko niet aan de orde. Indien de IND als toetsingsmaatstaf hanteert of er gelijkwaardige kinderbeschermingsmaatregelen getroffen kunnen worden in het land van herkomst zou de IND in het onderhavige geval kunnen onderzoeken of hiervan ook sprake is in Marokko (eventueel door het opvragen van informatie bij betrokkenen). Niet alleen de beschikbaarheid van kinderbeschermingsmaatregelen zouden dan onderzocht moeten worden, maar ook de ogenblikkelijke realiseerbaarheid op het moment van terugkeer zouden wat ons betreft gegarandeerd moeten worden aangezien daar het (ontwikkelings)belang van het kind *stante pede* mee gediend is. De vraag is echter of de staatssecretaris toekomt aan de vraag of er gelijkwaardige kinderbeschermingsmaatregelen zijn in Marokko. Groot verschil met de bovengenoemde Dublin-zaak is namelijk dat de kinderrechter in het onderhavige geval aan de beschikking ten grondslag heeft gelegd dat de enkele dreigende uitzetting reden

¹² Zie hierover R. de Boer, De ondertoezichtstelling. Een beschrijving van het wettelijk kader voor gezinsvoogden, Woerden, Van Montfoort 2008, p. 14-15:
<https://www.amsterdam.nl/publish/pages/297724/vanmontfoort-otsbeschrijvingwettelijkkadervoorgezinsvoogden.pdf>.

¹³ Rechtbank ’s-Gravenhage, zp ’s-Hertogenbosch, 1 mei 2013, Awb 13/9368, Awb 13/9362 en Awb 13/9371 (voorlopige voorzieningen); Awb 73/9365, Awb 13/9361 en Awb 13/9369 (beroepen), (niet gepubliceerd).

is om een OTS-maatregel op te leggen. Eventuele beschikbaarheid van kinderbeschermingsmaatregelen in Marokko doen daar dan niet meer aan af.

6. Het is nu de vraag of de mogelijke verlening van een verblijfsvergunning als gevolg van deze beschikking een ongewenste of onzuivere inmenging zal zijn van het jeugdrecht op het vreemdelingenrecht, zoals het volgens de rechtbank zou kunnen overkomen. De discussie rond het doorkruisen van het vreemdelingenrecht door het jeugdrecht is niet nieuw. Reeds in 1981 deed Doek in het Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht uit de doeken over de zaak Bambang naar aanleiding van een beschikking van de kinderrechter Arnhem van 27 februari 1980. De onzekere, bedreigende toekomst in Indonesië, de hechting met het voogdijgezin, de binding met de Nederlandse cultuur (na ‘enkel’ twee jaar verblijf in Nederland!) vond de kinderrechter aanleiding om te concluderen dat Bambang zedelijk en lichamelijk ten onder zal gaan als hij zou terugkeren naar Indonesië, hetgeen reden was om het OTS-verzoek toe te wijzen. De vraag die Doek opwerpt in zijn ‘kanttekeningen’ is ook in het onderhavige geval weer actueel: “Men zou zich kunnen afvragen of in dergelijke gevallen het vreemdelingenrecht voorrang zou behoren te hebben boven het kinderbeschermingsrecht”.¹⁴ Doek geeft vervolgens aan dat een bevestigende beantwoording ertoe zal leiden dat de administratie, de IND en de Dienst Terugkeer & Vertrek (red.), toch de uitzetting van een minderjarige zou kunnen doorzetten ondanks het feit dat de kinderrechter, via een OTS, heeft uitgesproken dat zo’n uitzetting de minderjarige met zedelijke en lichamelijke ondergang bedreigt. Wij kunnen Doek volgen in zijn standpunt dat de uitzetting van onder toezicht gestelde kinderen “de kinderbeschermende pretentie van ons land in onthullend daglicht zou plaatsen, terwijl het onaantoonbare hiervan (red.) nog eens wordt verhelderd indien men zich de toepassing ervan indenkt ten aanzien van Nederlandse minderjarigen”.¹⁵ Forder stelt zich later op een vergelijkbaar standpunt: “Gelet op hun geïsoleerde positie en de sociale en economische tekorten waarmee zij te maken krijgen, ligt het voor de hand dat kinderen uit illegale gezinnen extra kwetsbaar zijn. Als in deze situatie geen kinderbeschermingsmaatregel kan worden getroffen of de beschermingsbehoefte kinderen met de rest van het gezin het land worden uitgezet, schendt Nederland internationale verdragsverplichtingen”.¹⁶
7. Artikel 1:254, eerste lid, BW bepaalt dat indien een minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen, de kinderrechter hem onder toezicht kan stellen van een stichting als bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg (BJZ red.). De wetgever heeft deze rechtsgrond bewust ‘vaag’ gehouden en niet nader geconcretiseerd. De rechtsgrond moet zo ruim zijn dat de vele verschillende situaties waarin een jeugdige beschermd moet worden er onder kunnen vallen.¹⁷ Er zijn vele factoren die ertoe kunnen leiden dat het goed opgroeien van een kind zodanig ernstig

¹⁴ J.E. Doek, Kanttekeningen bij Beschikking Kinderrechter Arnhem van 27 februari 1980, Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht 1981-2, p. 60-61.

¹⁵ Idem, p. 60-61.

¹⁶ C.J. Forder, Nederland is verplicht ook ‘illegale’ kinderen te beschermen, *NJB*, nr. 14, 4 april 2003, p. 727-728.

¹⁷ R. de Boer, De ondertoezichtstelling. Een beschrijving van het wettelijk kader voor gezinsvoogden, Woerden, Van Montfoort 2008, p. 21: <https://www.amsterdam.nl/publish/pages/297724/vanmontfoort-otsbeschrijvingwettelijkkadervoorgezinsvoogden.pdf> en Kamerstukken Tweede Kamer 1992-1993, 23 003, nr. 3, p. 10.

wordt bedreigd dat een kindbeschermingsmaatregel noodzakelijk is. Of het ontstaan van de situatie waarin het kind is terecht gekomen, aan de ouders kan worden verweten, is echter niet van belang.¹⁸ Voorts is het niet noodzakelijk dat het kind reeds verwaarloosd wordt: voldoende is dat er een reële dreiging is van ondergang.¹⁹ Het karakter van de maatregel houdt een beperking in van het gezag van de ouders met het doel de opheffing van de bedreiging door hulp en steun te bieden aan het kind en de ouders.²⁰ De kinderrechter moet beoordelen of een OTS-maatregel noodzakelijk is om de bedreiging voor de zedelijke en geestelijke ontwikkeling en gezondheid van het kind af te wenden. De OTS is het uiterste middel dat alleen wordt opgelegd wanneer de ontwikkeling van een minderjarige zodanig bedreigd wordt, dat dit een bedreiging van zijn belangen betekent.²¹ In de beoordeling van de gronden van de OTS moet worden meegewogen of eerdere, andere, middelen om het dreigende gevaar voor de ontwikkeling van het kind af te wenden gefaald hebben of naar verwachting zullen falen. Alleen dan wordt de gezagsbeperkende maatregel uitgesproken. Een verder strekkende maatregel waarbij de ouder het gezag over het kind wordt ontnomen, zoals bij de ontheffing of ontzetting²², kan eerst worden uitgesproken als de OTS naar verwachting niet afdoende is om het gevaar voor de ontwikkeling van het kind af te wenden en het belang van het kind zich hiertegen niet verzet of noodzakelijk is om het belang te dienen (ex artikel 1:266 BW; ex artikel 1:269, eerste lid, BW).²³ Het kind wordt vanaf het moment van het uitspreken door de kinderrechter van een OTS onder toezicht gesteld. Het kind wordt aldus in zijn of haar ontwikkeling door de Staat beschermd door de ouder in het gezag te beperken met het doel de bedreiging van het ontwikkelingsbelang van het kind op te heffen.

8. Bijzonder in de onderhavige zaak is dat het jeugdrechtelijk perspectief en het vreemdelingenrechtelijk perspectief zo met elkaar verstrengeld zijn. Anders dan in de uitspraken van het Gerechtshof Den Haag van 18 september 2013 (ECLI:GHDHA:2013:3942²⁴) en de beschikkingen van het Gerechtshof Amsterdam van 8 juli 2008 (ECLI:NL:GHAMS:2008:BE8995²⁵) en van de rechtbank Haarlem van 22 juni 2007 (ECLI:NL:RBHAA:2007:BB2586²⁶) en van 28 maart 2007

¹⁸ Kamerstukken Tweede Kamer 1992-1993, 23 003, nr. 3, p. 12: De toenmalige Staatssecretaris van Justitie volgt de Raad voor de Kinderbescherming niet in het advies om in de rechtsgrond (artikel 1:254, eerste lid BW) voor het opleggen van een OTS meer de verantwoordelijkheid van de ouders voor de verzorging en opvoeding van het kind tot uiting te laten komen. Vgl. ook Hoge Raad 6 oktober 1967, NJ 1968/83 en Hoge Raad 17 juni 1977, NJ 1977/564.

¹⁹ Hoge Raad 30 april 1928, NJ 1928/1220.

²⁰ Kamerstukken Tweede Kamer 1992-1993, 23 003, nr. 3, p. 12.

²¹ Idem, p. 11.

²² Zie S.F.M. Wortmann en J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en Familierecht*, Deventer, Kluwer 2012, p. 231-234 en A.P. Van der Linden, F.G.A. Ten Siethoff en A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 126-130.

²³ Zie S.F.M. Wortmann en J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en Familierecht*, Deventer, Kluwer 2012, p. 236-238.

²⁴ De minderjarige werd beschermd door een uithuisplaatsing vanwege de psychiatrische klachten van moeder, die lange tijd in onzekerheid leefde over haar verblijfsstatus, en daardoor niet in staat was om op adequate wijze in de opvoeding en verzorging van haar kind te voorzien.

²⁵ De minderjarige werd al jaren lang beschermd door kindbeschermingsmaatregelen aangezien moeder, die illegaal bij familie in Nederland verblijft, ongeschikt en onmachtig is haar taak tot verzorging en opvoeding te vervullen. Het Hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank tot gedwongen ontheffing van het ouderlijk gezag van de moeder.

²⁶ De minderjarige, waarvan de moeder een onzekere verblijfsstatus heeft en ongewenst is verklaard, is een door seksueel misbruik getraumatiseerd kind. Hij werd beschermd door een uithuisplaatsing en ondertoezichtstelling vanwege het opgelopen trauma waarvoor hij wordt behandeld en het feit dat moeder hem niet zelfstandig kan

(ECLI:RBHAA:2007:BA8329²⁷), waarin binnen een jeugdrechtelijke procedure ook vreemdelingenrechtelijke aspecten een rol speelden en kindbeschermingsmaatregelen werden opgelegd waarbij het uitgangspunt was om het gezag van de ouder in meer of mindere mate te beperken - al dan niet vanwege onzekerheid over de opvoedings- en verzorgingscapaciteiten van de ouder (bij mogelijke terugkeer naar het land van herkomst) - , werd in de onderhavige zaak de OTS-maatregel niet opgelegd met het uitgangspunt het gezag van moeder te beperken vanwege dat zij niet kon voorzien in een adequate opvoeding en verzorging van betrokkene. Een meer vergelijkbare zaak deed zich evenwel voor in het hoger beroep van 17 juli 2012 van het Gerechtshof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2012:BX6049) waarin opgekomen werd tegen een afgewezen verzoek tot ondertoezichtstelling van vier kinderen van een gezin zonder verblijfsstatus. In deze zaak was er bij beide ouders sprake van onvermogen om voor de kinderen te zorgen, waarbij de problemen zich verergerden toen zij te horen kregen dat zij waarschijnlijk op korte termijn het land moesten verlaten. Het gerechtshof overwoog dat de dreiging van uitzetting, hoe ingrijpend ook, op zichzelf nog niet kan worden beschouwd, als een bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of van de gezondheid van de kinderen, ook al maken de ouders en kinderen zich grote zorgen over hun toekomst (r.o. 4.5). De rechtbank, in de onderhavige casus, gebruikt dezelfde overweging²⁸ en oordeelt vervolgens dat het sterk van de individuele casus zal afhangen of de bedreiging door de (dreigende) uitzetting in het leven wordt geroepen. Vervolgens geeft de rechtbank aan waar zij voor die beoordeling op let: “De voorgeschiedenis van het kind, de psychische en lichamelijke toestand van het kind, de gezinssituatie, de worteling in Nederland en/of het buitenland, en mogelijk andere ouder- en kindfactoren die in samenhang moeten worden gezien met de (dreigende) uitzetting”. Het zijn dan ook waarschijnlijk de omstandigheden van het specifieke geval die maken dat in de onderhavige casus het OTS-verzoek is toegewezen, in tegenstelling tot het geval waarover het Gerechtshof Amsterdam zich op 17 juli 2012 heeft uitgesproken.²⁹ In de onderhavige zaak lijkt met name de voorgeschiedenis van betrokkene, waardoor nu nog immer sprake is van psychische problemen, van grote invloed te zijn geweest op de toewijzing van het verzoek. Daarnaast ligt, evenals in bovengenoemde uitspraken en beschikkingen, in de zaak die voor het Gerechtshof Amsterdam werd behandeld de psychische gesteldheid van de ouders, waardoor zij niet in adequate mate in de opvoeding en verzorging van hun kinderen konden voorzien (mogelijk veroorzaakt door de dreigende uitzetting), (mede) ten grondslag aan het OTS-verzoek. De beperking van het gezag van de ouders was volgens de verzoekers nodig om de kinderen door de Staat te laten beschermen

onderhouden. Het is onduidelijk of moeder dat inmiddels wel kan gelet op de beperkte hechtingsband tussen moeder en zoon.

²⁷ De minderjarige, waarvan de moeder een onzekere verblijfsstatus heeft en ongewenst is verklaard, is een door seksueel misbruik getraumatiseerd kind. Hij werd beschermd door een uithuisplaatsing en ondertoezichtstelling vanwege het opgelopen trauma waarvoor hij wordt behandeld en het feit dat moeder niet zelfstandig voor hem kan zorgen doordat zij in de gevangenis zat. Het is onduidelijk of moeder dat inmiddels wel kan gelet op de beperkte hechtingsband tussen moeder en zoon.

²⁸ Vgl. ook de beschikking van de Rechtbank Noord-Holland van 25 september 2013, rekestnummer C/14/148128 / OT RK 13/1061 (niet gepubliceerd), waarin de rechtbank, verwijzend naar dezelfde overweging van het Gerechtshof Amsterdam van 17 jul 2012, ten aanzien van een zaak waarbij de ouders en de drie kinderen een onzekere verblijfsstatus hadden, oordeelde dat de eerder opgelegde spoeduisplaatsing terecht was opgelegd vanwege de psychische nood situatie bij de kinderen en de psychische nood bij de ouders, die zo groot was dat de ouders niet meer in staat waren om hun kinderen op verantwoorde wijze te verzorgen.

²⁹ Het gerechtshof is niet gebleken dat er nog problemen in het gezin bestaan van zodanige aard, die niet door vrijwillige hulpverlening zouden kunnen worden verholpen, dat een gedwongen kindbeschermingsmaatregel noodzakelijk is (r.o. 4.5).

ten behoeve van hun ontwikkelingsbelang. Kortom de onderhavige zaak onderscheidt zich van andere jeugdrechtelijke zaken waaraan vreemdelingenrechtelijke aspecten kleven doordat niet de ouder (moeder) beperkt hoeft te worden in het gezag om de bedreiging op te heffen maar de Staat der Nederlanden beperkt moest worden in het gezag de uitzetting van betrokkene uit te voeren aangezien de dreigende uitzetting de bedreiging is van het ontwikkelingsbelang van betrokkene. Het is in dit geval dus in feite de Staat die de Staat terecht wijst en dat is hoogst opmerkelijk te noemen. Hieronder (onder 10) zullen we stilstaan bij de oorzaak van deze bijzondere constatering. Allereerst zullen we ingaan op de rechtmatigheid en doelmatigheid (het doel) van de opgelegde OTS-maatregel.

9. In de onderhavige casus stelt de rechtbank vast dat er sprake is van een ernstige bedreiging van de geestelijke belangen en gezondheid van betrokkene. Daartoe voert de rechtbank verschillende factoren aan. Ook staat de rechtbank overeenkomstig artikel 1:254, eerste lid BW stil bij 'andere middelen' die zijn ondernomen om de bedreiging op te heffen. Uit de casus blijkt dat betrokkene eerdere hulpverlening heeft gehad. Deze hulpverlening bleek tot op zekere hoogte effectief. Psychiatrische hulp was echter niet (langer) nodig omdat er geen sprake was van een psychiatrische component in de klachten van betrokkene. Betrokkene is vervolgens doorverwezen naar een lichtere vorm van hulp, het maatschappelijk werk van de school die ze bezoekt. Deze vorm van hulpverlening kan binnen het vrijwillig kader invulling krijgen. De rechtbank geeft in haar beschikking echter niet aan of deze vorm van hulp faalt of naar verwachting zal falen. Het is evenwel wel denkbaar dat deze vorm van hulp niet de bedreiging, nl. de dreigende uitzetting, zal opheffen. Tot zover lijkt de maatregel rechtmatig te zijn opgelegd ex artikel 1:254, eerste lid BW. De vraag is nu of de maatregel ook doelmatig is opgelegd. Kijkend naar de uitvoering van de maatregel constateerden we reeds hierboven een onregelmatigheid. Het karakter van de maatregel omvat in beginsel de beperking van het gezag van de ouder, in casu de moeder. De vraag is of dat in dit geval echter noodzakelijk is. Anders dan in de meest voorkomende OTS-gevallen (verwaarlozing/mishandeling door de ouders) is er in dit geval geen sprake van de noodzaak van de Staat om het kind te beschermen door het gezag van de ouder in te perken vanwege verwijtbare nalatigheid in de verzorgings- en opvoedingssituatie van de moeder (falend ouderschap). De moeder van betrokkene lijkt namelijk zeer wel in staat om voor de belangen van haar dochter op te komen en in de opvoeding en verzorging van betrokkene te voorzien. Dit blijkt ook nog eens uit het feit dat het verzoek tot de verlenging van de OTS van haar afkomstig is. Het lijkt derhalve niet noodzakelijk om de moeder in haar gezag te beperken. Zij heeft daarnaast geen aanwijzingen (hulp en steun) nodig van een gezinsvoogd gericht op het herstel van de opvoedings- en verzorgingssituatie en gericht op opheffing van de bedreiging. Betrokkene hoeft derhalve niet beschermd te worden tegen het gezag van haar moeder, maar moet beschermd worden tegen het gezag van de Staat. In deze zaak blijft de Staat in gebreke. De Staat bedreigt met de intentie tot uitzetting de ontwikkeling van betrokkene. De Staat is in deze casus in feite de 'falende ouder' die de ontwikkeling van het kind bedreigt door het uit te zetten naar een land waar voor betrokkene essentiële ontwikkelingsmogelijkheden ontbreken en waar haar ontwikkeling gevaar loopt. De grond voor het uitspreken van de (civielrechtelijke) OTS is de dreigende uitzetting vanwege een bestuursorgaan (de IND) dat namens de Staat bevoegd is. Volgens de kinderrechter, leidt uitzetting tot schade die alleen door een OTS-maatregel kan worden afgewend. Gelet op het doel van de OTS, het opheffen van de bedreiging door hulp en steun te bieden aan het kind en de ouders, kan derhalve

worden geconcludeerd dat de maatregel weliswaar doelmatig is opgelegd, maar dat daarvoor niet de middelen gebruikt kunnen worden die daarvoor bedoeld zijn. Uitgaande van de Staat als ‘falende ouder’ zou de Staat dus eigenlijk de hulp en steun moeten ontvangen (van de Staat) om de bedreiging te kunnen opheffen. Zou het mogelijk zijn om BJZ (of Stichting Nidos) daarom in dit geval in te schakelen om de Staatssecretaris van Justitie of namens hem de IND te ondersteunen bij de opheffing van de bedreiging? Hieronder zullen we aangeven wat daarvoor nodig zou zijn.

10. De constatering dat in deze jeugdrechtelijke beschikking de Staat de Staat terecht wijst, of sterker nog, de Staatssecretaris van Justitie verantwoordelijk voor de jeugdzorg die zich zelf op de vingers tikt aangezien hij ook verantwoordelijk is voor het vreemdelingenbeleid legt pijnlijk de lacunes in het vreemdelingenrecht bloot. De onderhavige beschikking geeft goed inzicht in het verschil in de beoordeling van ‘het belang van het kind’-begrip in het jeugdrecht in vergelijking met de rigide praktijk ten aanzien van hetzelfde concept in het vreemdelingenrecht.³⁰ De rechtbank geeft in de onderhavige beschikking aan dat het vreemdelingenrecht en het jeugdrecht twee rechtsgebieden zijn met hun eigen invalshoek, regelgeving en toetsingskader. Echter, voor beide rechtsgebieden gelden ons inziens dezelfde uitgangspunten uit het VRK. Het contrast in de praktijk is groot: in het vreemdelingenrecht is het ‘belang van het kind’ ex artikel 3 VRK min of meer een procedureel vereiste waarbij in het besluit kenbaar het belang van het kind moet zijn betrokken³¹, bijvoorbeeld de enkele vaststelling dat de minderjarige minderjarig is, is voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) toereikend³², in tegenstelling tot het (civiele) jeugdrecht waar, zo ook blijkt uit de onderhavige beschikking, vol getoetst wordt en daarmee tevens een materiële toets aan de dag wordt gelegd, inhoudende dat de kinderrechtster niet alleen rekening houdt met ‘het belang van het kind’, maar ook de belangen weegt gelet op de specifieke omstandigheden van het geval.³³ Hetzelfde geldt voor het recht op leven en ontwikkeling, verankerd in artikel 6 VRK, dat een nadere specificering van ‘het belang van het kind’ betreft en wel dat ‘het belang van het kind’ gediend is bij zijn of haar ontwikkelingsbelang.³⁴ Volgens de Afdeling bevat artikel 6 VRK, gelet op de formulering, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.³⁵ De onderhavige beschikking laat zien dat de kinderrechtster ten aanzien van dezelfde bepaling een andere toets hanteert. Daar waar in het jeugdrecht het VRK ten volle wordt omarmd als hogere regelgeving die juridisch bindende rechten schept die door de uitvoering en ook de rechtsprekende instanties nageleefd moeten worden, wordt in het vreemdelingenrecht vastgehouden aan procesrechtelijke regels over toetsing van verdragen. Aangezien het laatste ‘begrijpelijk is in het licht van de interpretatie die de Hoge Raad heeft gegeven aan de Grondwet’ en het ontbreken van (een uitwerking van) ‘het belang van het kind’-begrip in de vreemdelingenrechtelijke wet- en

³⁰ Zie hierover: D. Beltman en A.E. Zijlstra, ‘De doorwerking van ‘het belang van het kind’ ex artikel 3 VRK in het migratierecht: vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing’, JNVR 2013, nr. 4, p. 286-308.

³¹ ABRvS 7 februari 2012, JV 2012/152.

³² ABRvS 23 januari 2013, 201200110/1/v1, www.raadvanstate.nl, r.o. 10.1.

³³ Zie hierover ook G. Cardol, Ruiz Zambrano vanuit familie- en jeugdrechtelijk perspectief, A&MR 2013 nr. 8, p. 376-382.

³⁴ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens neemt het ontwikkelingsbelang ook als uitgangspunt ten behoeve van de vaststelling van ‘het belang van het kind’, zie EHRM, 6 juni 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 138 en r.o. 148.

³⁵ ABRvS 11 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8723, r.o. 7.2.

regelgeving³⁶, zijn het niet de rechtsprekende instanties die aangesproken moeten worden op de rigide houding ten aanzien van ‘het belang van het kind’, maar de wetgever, die verantwoordelijk is voor de implementatie van verdragsregelgeving in de nationale rechtsorde.³⁷ Cardol stelt dat het niet uit te leggen is dat dit criterium zo verschillend wordt geïnterpreteerd in het familie- en jeugdrecht in vergelijking met het vreemdelingenrecht. Hij beargumenteert voorts dat het VRK niet alleen voor het jeugdrecht maar ook voor het vreemdelingenrecht verplichtingen met zich brengt. In beide rechtsgebieden, die naast elkaar staan, zouden de beginselen en overwegingen een evenwichtige plek dienen te krijgen waarbij geen sprake zou mogen zijn van een gerechtvaardigd onderscheid vanwege de tegenstrijdige belangen die spelen, zoals de huidige praktijk laat zien.³⁸

11. Ons inziens is het geen wenselijke ontwikkeling dat het jeugdrecht het vreemdelingenrecht corrigeert en dat de Staat dezelfde Staat terecht wijst. Het is omslachtig en doet af aan de kinderbeschermende pretentie van ons land (vrij naar Doek) dat de waarborging van kinderrechten van migrantenkinderen enkel lijkt te kunnen worden afgedwongen door een beroep te doen op de kinderrechter. De Staatsecretaris van Justitie zal met zijn ‘vreemdelingenbeleidspet’ op (en gelet op het streven van de regering een efficiënte en effectieve overheid te bewerkstelligen) uit de onderhavige beschikking lessen moeten trekken. De kans bestaat dat hij in de nabije toekomst vaker getriggerd zal worden wanneer de kinderen die geen verblijfsvergunning hebben gekregen op grond van de Regeling voor Langdurig Verblijvende Kinderen de gang naar de kinderrechter weten te vinden. Eén zaak zal hij wellicht afdoen als een incident, maar wanneer blijkt dat hij zich bij monde van de kinderrechter wederom op de vingers laat tikken voor de tekortkomingen in zijn vreemdelingenbeleid zijn wijzigingen in de vreemdelingen wet- en regelgeving niet alleen noodzakelijk vanuit een internationaal kinderrechtensperspectief, maar zeker ook vanuit het perspectief van zijn politieke ministeriële verantwoordelijkheid.

Daan Beltman (onderzoeker/jurist)

en

Margrite Kalverboer (bijzonder hoogleraar)

Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht van de Rijksuniversiteit Groningen

³⁶ D. Beltman en A.E. Zijlstra, ‘De doorwerking van ‘het belang van het kind’ ex artikel 3 VRK in het migratierecht: vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing’, JNVR 2013, nr. 4, p. 306.

³⁷ Idem, p. 306-307.

³⁸ G. Cardol, Ruiz Zambrano vanuit familie- en jeugdrechtelijk perspectief, A&MR 2013 nr. 8, p. 382.