

De samenloop van jeugdrecht en vreemdelingenrecht

Een analyse aan de hand van de casus van de Armeense kinderen

FJR 2021/56

In deze bijdrage wordt de spanning tussen het jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht geïllustreerd aan de hand van de bekende Lili & Howick-zaak. Deze zaak biedt de mogelijkheid om te analyseren hoe jeugdrechtelijke beslissingen van invloed kunnen zijn op de besluitvorming in het vreemdelingenrecht, en andersom. Daarnaast wordt onderzocht in hoeverre door wijzigingen in regelgeving en beleid sinds de Lili & Howick-zaak de spanning tussen beide rechtsgebieden is afgenomen.

1. Inleiding

In de nacht van 7 op 8 september 2018 verdwenen Lili en Howick uit het huis van hun grootouders waar zij op dat moment verbleven. De kinderen zouden op 8 september worden uitgezet naar Armenië, nadat eerder hun moeder al was uitgezet. De politie startte diezelfde nacht een zoekactie, maar vond de kinderen niet. Er waren die nacht, zo blijkt uit de reconstructie die de Inspectie Justitie & Veiligheid heeft gemaakt, grote zorgen over de veiligheid en het welzijn van de kinderen.² In de middag van 8 september 2018 besloot de staatssecretaris gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid om de kinderen een verblijfsvergunning te verlenen. Hiermee kwam een einde aan een slepende zaak waarin een fors aantal procedures is gevoerd – zowel jeugdrechtelijk als vreemdelingenrechtelijk; en waarbij de spanningen tussen de betrokken instanties hoog zijn opgelopen.

De discussie over de spanning tussen het jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht is niet nieuw. Ook voor de zaak van Lili en Howick werd in de politiek, de media en de wetenschap gediscussieerd over de vraag hoe moest worden omgegaan met kinderen die langdurig in Nederland verblijven maar geen bestendig verblijfsrecht hebben. Omdat deze kinderen vrijwel altijd in een onzekere en soms onveilige situatie opgroeien wekt het geen verbazing dat er sprake kan zijn van ernstige ontwikkelingsbedreigingen. Op de Nederlandse overheid rust de positieve verplichting om kinderen die ernstig in hun ontwikkeling worden bedreigd de nodige bescherming en zorg te bieden (art. 3 lid 2 IVRK). De vraag of een jeugdbeschermingsmaatregel noodzakelijk

is om voor een specifiek kind de ontwikkelingsbedreiging weg te nemen wordt beoordeeld aan de hand van de vereisten zoals opgenomen Boek 1 Burgerlijk Wetboek en relevante kinder- en mensenrechtenbepalingen.³ De besluitvorming in vreemdelingenrechtelijke procedures krijgt primair vorm aan de hand van de Vreemdelingenwet (Vw), het Vreemdelingenbesluit (Vb), de Vreemdelingen-circulaire (Vc), verschillende internationale verdragsrechten (in het bijzonder art. 3 en art. 8 EVRM) en de diverse EU-richtlijnen, zoals de Gezinsherenigingsrichtlijn en de Kwalificatierichtlijn. Beide rechtsgebieden hebben derhalve hun eigen (soms diametrale) uitgangspunten, wet- en regelgeving en beleidsnormen en bij de besluitvorming zijn deels verschillende organisaties betrokken.

De complexiteit van de zaak van Lili en Howick (en overige zaken waarin sprake is van een samenloop van het jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht) is gelegen in het feit dat de afwegingen over en consequenties van bepaalde beslissingen in het ene rechtsgebied van invloed zijn op de besluitvorming in het andere rechtsgebied. Voor deze bijdrage is de keuze gemaakt om aan de hand van de Lili en Howick-zaak te analyseren op welke manier de jeugdbeschermingsrechtelijke beslissingen van invloed zijn geweest op de besluitvorming in vreemdelingenrechtelijke context en vice versa. In de eerste plaats omdat deze zaak feilloos de spanningen heeft blootgelegd die kunnen ontstaan in zaken waarin er sprake is van een samenloop van beide rechtsgebieden. Ten tweede kan de zaak ook worden gezien als een omslagpunt. De zaak kan niet los worden gezien van de coalitiedeel die heeft geleid tot een verruiming van het kinderpardon en de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris om in schrijnende gevallen een verblijfsvergunning te verlenen.⁴ Mede als gevolg hiervan is het beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel (hierna: het OTS-beleidskader) ingevoerd. Op basis van dit beleidskader kunnen minderjarigen (en hun ouders) onder voorwaarden aanspraak maken op (tijdelijk) rechtmatig verblijf indien een OTS wordt opgelegd of wanneer er sprake is van gezagsbeëindiging. Daarnaast is in opdracht van het WODC een omvangrijk onderzoek gestart naar de spanningen/knelpunten tussen beide rechtsgebieden op het niveau van wet- en regelgeving en in de uitvoeringspraktijk.⁵ De resultaten van dit onderzoek worden nog dit kalenderjaar verwacht.

1 Mr. dr. J. (Joost) Huijjer is als universitair docent verbonden aan het Molen-graaff Instituut voor Privaatrecht en is onderzoeker bij het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), Universiteit Utrecht. E. (Ellen) Nissen LLM is promovenda bij het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Dr. I. (Iris) Sportel is universitair docent bij de vaksectie Rechtssociologie en Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Inspectierapport Justitie & Veiligheid 5 november 2019, *Het vertrekproces van de Armeense kinderen*.

3 In het bijzonder moet dan worden gedacht aan het IVRK en art. 8 EVRM.

4 Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen, *Stb.* 2019, 43.

5 Voor de volledigheid moet worden opgemerkt dat alle drie de auteurs van deze bijdrage als onderzoeker betrokken zijn bij het genoemde WODC-onderzoek.

Deze bijdrage start met een algemene introductie waarin wordt geanalyseerd op welke wijze het belang van het kind invulling krijgt in zowel de jeugdbeschermingsrechtelijke als de vreemdelingenrechtelijke context (paragraaf 2). Vervolgens wordt in paragraaf 3 een kort overzicht gegeven van de belangrijkste feiten en omstandigheden in de Lili en Howick zaak. In paragraaf 4 wordt de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 30 november 2017 besproken, waarin de kinderen onder toezicht zijn gesteld en een machtiging tot uithuisplaatsing in een netwerkpleeggezin is verleend.⁶ Vervolgens wordt ingegaan op een aantal van de vreemdelingenrechtelijke procedures die zijn gevoerd, waarbij wordt gekeken naar de rol van de OTS in de uitspraken (paragraaf 5). Hierna wordt in paragraaf 6 gekeken in hoeverre de geconstateerde spanningen/knelpunten in de Lili en Howick-zaak nu nog zouden kunnen voorkomen, gelet op de invoering van het OTS-beleidskader. De bijdrage wordt afgesloten met een korte conclusie in paragraaf 7.

2. Het belang van het kind in het jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht

2.1 Het jeugdbeschermingsrecht

De wijze waarop het belang van het kind in het jeugdbeschermingsrecht wordt beoordeeld vindt primair plaats aan de hand van de verdragsrechten die zijn neergelegd in het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK). Op grond van art. 3 IVRK moet het belang van het kind in alle beslissingen een eerste overweging vormen. Staten dienen in dit verband actief te handelen om het kind de noodzakelijke zorg en bescherming te garanderen die nodig is voor zijn of haar welzijn.

In het IVRK wordt op diverse plekken expliciet verwezen naar het belang van het kind, waarbij ook de belangrijke rol van de ouders/opvoeders wordt benadrukt. Relevant voor de jeugdbeschermingsrechtelijke context is onder meer art. 9 IVRK waarin staat dat het kind niet van zijn ouders wordt gescheiden, tenzij een scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Bij de uitoefening van de rechten, plichten en verantwoordelijkheden van ouders behoort het belang van het kind voorop te staan.⁷ Staten dienen deze ouderlijke verantwoordelijkheden, rechten en plichten te eerbiedigen, maar ook passende bijstand te bieden aan ouders bij de uitoefening van hun verantwoordelijkheden.⁸

Meer recentelijk is door de Nederlandse wetgever het belang van het kind op stabiliteit en continuïteit in de opvoeding benadrukt (art. 20 lid 3 IVRK).⁹ Binnen de kindbeschermingswetgeving wordt dit belang met name gediend door het centraal stellen van het ontwikkelings- en opvoedperspectief van het kind in de besluitvorming. De

maatregelen van ondertoezichtstelling en gezagsbeëindiging zijn op elkaar afgestemd om een beslissing te kunnen nemen waarin het belang van het kind centraal staat. Zeker bij jonge kinderen geldt dat – in verband met het belang van hechting aan de opvoeder(s) – het kind niet te lang in onzekerheid kan blijven over de vraag waar hij opgroeit.¹⁰ De tijdelijke aard van de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing dient het belang van het kind bij stabiliteit en continuïteit in de opvoeding.¹¹

Kenmerkend voor de beoordeling van het belang van het kind in het jeugdbeschermingsrecht is de ruimte voor professionals om een eigen afweging te maken in iedere zaak. De wetgever heeft ervoor gekozen discretionaire ruimte in de wet op te nemen. Zo laten de rechtsgronden van de ondertoezichtstelling (art. 1:255 BW) en gezagsbeëindiging (art. 1:266 BW) de ruimte aan de kinderrechter om voornoemde maatregelen met het oog op het belang van het kind niet op te leggen ook als strikt genomen is voldaan aan de wettelijke gronden.¹² Daarnaast bevatten de rechtsgronden van de ondertoezichtstelling (art. 1:255 BW) en gezagsbeëindiging (art. 1:266 BW) de open norm ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’ van de minderjarige. De wetgever heeft consequent benadrukt dat het oordeel over de vraag wat als ernstige ontwikkelingsbedreiging kan worden aangemerkt in iedere zaak afzonderlijk moet worden beoordeeld door de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) en/of Gecertificeerde Instelling (GI) en de kinderrechter.¹³ Dit is overigens niet zonder discussie gebleven gelet op de rechtsonzekerheid die het gebruik van deze open norm in de rechtspraak meebrengt.¹⁴ De wetgever lijkt echter voorlopig niet van plan de ruimte voor professionals om een eigen afweging in het belang van het kind te maken, in te perken.¹⁵

2.2 Het vreemdelingenrecht

In vergelijking met het jeugdbeschermingsrecht is de notie ‘het belang van het kind’ in het vreemdelingenrecht minder prominent aanwezig. Zowel de Vreemdelingenwet als het Vreemdelingenbesluit (Vb) bevatten geen algemene ‘belang van het kind’ bepaling die waarborgt dat bij iedere beslissing een individuele beoordeling van de belangen van het kind wordt gemaakt. Het uitgangspunt van het vreemdelingenrecht is dat het belang van het kind is verdisconteerd in

6 Rb. Midden-Nederland 30 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5959.

7 Zie de art. 5 en 18 IVRK.

8 Ibid.

9 Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3 (MvT), par. 5.2.

10 Zie bijv. F. Juffer, *Beslissingen over kinderen in problematische opvoedingsituaties. Inzichten uit gehechtheidsonderzoek*. Den Haag: SDU uitgevers.

11 Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3 (MvT). De tijdelijke aard van de ondertoezichtstelling is tevens te herleiden aan de hand van de wettelijke doelstelling van de maatregel zoals verwoord in art. 1:262 BW.

12 Beide rechtsgronden bevatten immers de formulering ‘de kinderrechter kan de maatregel opleggen’. Zie voor een analyse van de discretionaire bevoegdheid van de kinderrechter bij de beoordeling van gezagsbeëindiging: J. Huijjer, I. Weijers, ‘De aanvaardbare termijn in jeugdbeschermingszaken’, *FJR* 2016/40.

13 Zie bv. Kamerstukken II 1993/94, 23 003, nr. 5, p. 34.

14 Zie voor de parlementaire discussie over de open norm ‘ernstige ontwikkelingsbedreiging’: *Handelingen II* 2010/11, 32 015, nr. 47; *Handelingen II* 2010/11, 32 015, nr. 49.

15 Zie H. Bosch en B. Rijbroek, ‘De wettelijke kaders van de jeugdbescherming. Inventariserende studie naar de heersende opvattingen over aanscherping van de rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen’, Nederlands Jeugdinstuut 2020 en de reactie van de minister.

het beleid. De wetgever heeft het belang van het kind afgewogen tegen andere belangen, zoals het belang van het voeren van een restrictief immigratiebeleid, en de uitkomst van deze afweging is neergelegd in de wet- en regelgeving en beleidsregels. Dit betekent dat er algemene regelingen zijn getroffen om de belangen van minderjarigen te waarborgen en de belangen van kinderen niet individueel worden beoordeeld. Het is vervolgens aan de vreemdelingenrechter om te toetsen of bij de toepassing van deze wet- en regelgeving de belangen van de betrokken kinderen voldoende in acht zijn genomen.¹⁶ De vreemdelingenrechter dient volgens vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) terughoudend te toetsen aan art. 3 IVRK. Volgens de ABRvS verplicht art. 3 IVRK wel dat de belangen van kinderen betrokken worden bij de beoordeling van verblijfsaanvragen, maar kan de vreemdelingenrechter niet in de vraag treden of voldoende gewicht is toegekend aan deze belangen.¹⁷ De ABRvS acht het belang van het kind een zodanig open norm, dat deze niet rechtstreeks toepasbaar is zonder nadere uitwerking.

Als gevolg van de verdiscontering van de belangen van kinderen, komen deze belangen met name tot uitdrukking in regelgeving die ziet op kinderen als groep of regelgeving die ziet op specifieke categorieën kinderen. De benadering van kinderen als groep kenmerkt zich door de doelstelling om geen onwenselijke beleidsprykkels te creëren – die mogelijk ook kinderen als groep kunnen schaden – en de nadruk die daarbij gelegd wordt op de verantwoordelijkheid van ouders. Het principe dat de keuzes van ouders toegerekend mogen worden aan kinderen is met name in situaties waarin er sprake is van langdurig verblijf zonder bestendig verblijfsrecht een leidend uitgangspunt.¹⁸ In het recente rondetafelgesprek over maatwerk en uitvoering in het vreemdelingenrecht bracht de directeur migratiebeleid bijvoorbeeld het volgende in:

“Voor de kinderen hier kan een keuze heel goed zijn. Maar mijn collega’s die langer in dit domein werkzaam zijn, constateren dat er twintig jaar geleden geen kinderen in bootjes op de Middellandse Zee zaten. (...) Het zou kunnen dat door alle waarborgen die ingebouwd zijn voor kinderen, er een prikkel ontstaat om kinderen vooruit te sturen.”¹⁹

16 In de regel voorzien vreemdelingenrechtvaarders niet zelf in zaken maar geven zij – wanneer een beschikking de juridische toets niet kan doorstaan – de IND de opdracht om een nieuwe beslissing te nemen met inachtneming van de uitspraak.

17 ABRvS 17 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:133; ABRvS, 20 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:265.

18 In het arrest *Butt v Norway* (4 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1204JUD004701709) oordeelde het EHRM dat: “strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children” (para. 79).

19 Rondetafelgesprek over maatwerk en uitvoering in het vreemdelingenrecht, 24 juni 2021, Vaste commissie voor Justitie en Veiligheid. <https://debatgemist.tweedekamer.nl/node/25728https://debatgemist.tweedekamer.nl/node/25728>, (vanaf minuut 11.07).

Recentelijk is wel gepoogd om de notie ‘het belang van het kind’ steviger te verankeren in het vreemdelingenrecht. In 2017 is door de leden Voortman en Kuiken een initiatiefwetsvoorstel ingediend om art. 3 IVRK in materiële zin in de Vreemdelingenwet te verankeren.²⁰ Het Nederlandse vreemdelingenrecht ontbeert volgens de initiatiefnemers een kinderrechtensperspectief. Na een negatief advies van de Raad van State – waarin ook werd gewezen op het risico dat ouders hun kinderen gaan instrumentaliseren om zelf verblijfsrecht te krijgen – hebben de initiatiefnemers het voorstel grondig herzien.²¹ Thans ligt het voorstel wederom ter advisering bij de ABRvS.

3. De casus Lili en Howick

Howick en Lili, in beleidsstukken bekend als “de Armeense kinderen”, zijn in 2008 met hun moeder naar Nederland gekomen. Na een afgewezen asielaanvraag en verschillende andere aanvragen voor een (tijdelijke) verblijfsstatus raakt het gezin uitgeprocedeerd. Het gezin wordt opgedragen “vrijwillig” terug te keren naar Armenië, maar keert niet terug. Daarom gaat de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) uiteindelijk over tot uitzetting. Wanneer een poging wordt gedaan het gezin in bewaring te stellen ter voorbereiding op de uitzetting blijkt dat de kinderen niet langer bij de moeder zijn maar op een onbekende locatie verblijven. De moeder weigert om te vertellen waar ze zijn. Uiteindelijk besluit de DT&V om de moeder zonder haar kinderen uit te zetten naar Armenië. Dit gebeurt op 14 augustus 2017.

De verschillende betrokken organisaties uit de vreemdelingenketen (DT&V, IND) en de jeugdbeschermingsketen (Nidos, RvdK) proberen het vervolgens eens te worden over een oplossing voor de situatie van de kinderen. De betrokken organisaties verschillen onderling van inzicht over wat de beste oplossing is. Er bestaat sterke twijfel of de kinderen in Armenië voldoende veilig zijn bij de moeder, wiens psychische toestand instabiel is. De kinderen zouden na de uitzetting in een Armeens kindertehuis kunnen worden opgevangen, waar de DT&V afspraken mee heeft gemaakt. Nidos en de RvdK vinden het Armeense kindertehuis echter onvoldoende aansluiten bij de behoeften van de kinderen. Er worden verschillende vreemdelingenrechtelijke procedures gevoerd, maar uiteindelijk bepaalt de ABRvS dat de kinderen mogen worden uitgezet.²² Uiteindelijk besluit de DT&V in september 2018 de kinderen uit te zetten naar Armenië. Net voor de uitzetting lopen de kinderen weg bij hun opvangadres en duiken onder. Voor de veiligheid van de kinderen besluit de staatssecretaris uiteindelijk om gebruik te maken van diens discretionaire bevoegdheid en de kinderen alsnog

20 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 541, nr. 3 (MvT).

21 Het voorstel in herziene vorm is in 2019 ingediend door de leden Van Ojik, Kuiken, Van Kooten-Arissen en Van Dijk: *Kamerstukken II 2018/19*, 34 541, nr. 10.

22 Rb. Den Haag 23 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4780; Rb. Den Haag 19 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8757; ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2815; ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2816; Rb. Den Haag 7 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6407; Rb. Den Haag 7 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6408.

een verblijfsvergunning toe te kennen.²³ De casus krijgt veel media en politieke aandacht en zorgt ook voor spanningen tussen de verschillende betrokken organisaties.

4. De ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing van de kinderen

Op het moment dat de moeder van Lili en Howick zonder kinderen is uitgezet naar Armenië zijn de kinderen onder voorlopige voogdij van Nidos geplaatst. In de maanden hierna worden de kinderen maar liefst drie keer op een andere plek geplaatst; kort na de uitzetting van moeder in een netwerkpleeggezin, vervolgens binnen een maand op een opvanggroep en krap twee weken later in een neutraal pleeggezin. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt op 30 november 2017 in de jeugdbeschermingsrechtelijke procedure. In de kern gaat het om de vraag of Lili en Howick onder toezicht moeten worden gesteld en een machtiging uithuisplaatsing moet worden verleend (zoals de RvdK verzoekt), of dat tijdelijke voogdij is aangewezen (zoals Nidos wenst). Beide organisaties zijn het er in deze procedure over eens dat – in afwezigheid van perspectief op legaal verblijf in Nederland – hereniging van de kinderen met hun moeder in Armenië het meest in hun belang is. Volgens de Raad is er niet langer sprake van een gezagsvacuüm en is de moeder in Armenië voldoende bereikbaar voor overleg over gezagskwesties. De Raad acht wel een ernstige ontwikkelingsbedreiging aanwezig bij beide kinderen gelet op de eigen problematiek van de kinderen, de problematiek van moeder en de aanhoudende onzekerheid over hun verblijf in Nederland. Er moet volgens de Raad binnen de ondertoezichtstelling met spoed gewerkt worden aan de hereniging van het gezin. Volgens Nidos is er wel sprake van een gezagsvacuüm. Moeder heeft in Armenië geen vaste verblijfplaats. Daarnaast is moeder volgens Nidos moeilijk bereikbaar en zal indien een ondertoezichtstelling wordt uitgesproken voor iedere belangrijke beslissing een gang naar de rechter gemaakt moeten worden.

De rechtbank is van oordeel dat er geen sprake is van een gezagsvacuüm en overweegt hiertoe als volgt. De moeder is goed bereikbaar in Armenië. Zij onderhoudt regelmatig contact met Nidos en met de kinderen. Fysieke nabijheid maakt het weliswaar eenvoudiger om invulling te geven aan het gezag, maar is hiervoor geen vereiste. De vrees van Nidos dat de moeder niet met Nidos zal samenwerken wanneer Nidos zal inzetten op hereniging in Armenië in plaats van een voortgezet verblijf van de kinderen in Nederland, maakt dat oordeel niet anders.²⁴ Het verzoek tot ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing van de Raad wordt toegewezen. Daarnaast verzoekt de moeder om de kinderen bij een bekende te plaatsen. Nidos had juist gekozen voor een neutraal pleeggezin om de kans op (hernieuwd)

onderduiken te verminderen. De rechtbank acht een netwerkplaatsing in het belang van de kinderen en verwijst hierbij naar de Jeugdwet waarin als uitgangspunt is opgenomen dat de eigen kracht van het kind en het probleemoplossend vermogen van het sociale netwerk worden benut. De angst van Nidos dat de kinderen daar zullen onderduiken wordt door de rechtbank als onvoldoende concreet beoordeeld.

5. De ondertoezichtstelling in het vreemdelingenrecht

In de casus van de Armeense kinderen leidde de aanwezigheid van een OTS niet tot de toekenning van een reguliere verblijfsvergunning.²⁵ Tegelijkertijd leerde de ervaring (in de praktijk) dat – ten tijde van de uitzetting van de moeder van de Armeense kinderen – doorgaans een reguliere verblijfsvergunning aan onder toezicht gestelde kinderen (en hun ouders) werd toegekend. Deze vergunningen werden verleend op basis van de inmiddels afgeschafte discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris.²⁶ Bekend is dat in de vier jaar voor de afschaffing, 40 à 50 kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel een verblijfsvergunning hebben gekregen.²⁷ Deze verblijfsvergunningen werden voor een jaar verleend. Ook in de jurisprudentie wordt gesproken over en verwezen naar deze praktijk.²⁸ In situaties die een OTS betroffen, werd na twee verlengingen van de OTS doorgaans een vergunning voor onbepaalde tijd toegekend.

Het voorgaande doet de vraag rijzen wat de reden is van deze vreemdelingrechtelijke benadering ten aanzien van de OTS. De OTS vormt in het vreemdelingenrecht één van de categorieën waarin de belangen van kinderen zijn verdisconteerd. In verschillende vreemdelingrechtelijke contexten – zoals bijvoorbeeld bij verblijfsaanvragen op basis van artikel 8 EVRM – speelt de vraag of ouders de zorg voor hun kinderen kunnen dragen (als één van de ouders wordt uitgezet of bij verplaatsing van het hele gezin naar een ander land) een allesbepalende rol. In, met name het reguliere, vreemdelingenrecht ligt de bewijslast doorgaans bij de aanvrager. De IND en vreemdelingenrechters zijn in de regel niet gehouden om onderzoek te verrichten naar de vraag in hoeverre ouders – al dan niet met behulp

23 <https://www.inspectie-jenv.nl/actueel/nieuws/2019/11/05/onvoldoende-regie-en-wantrouwen-in-terugkeerproces-armeense-kinderen>.

24 Rb. Midden-Nederland 30 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5959, r.o. 6.4.

25 In het vreemdelingenrecht bestaan twee type verblijfsprocedures; de reguliere procedure en de asielprocedure.

26 G. Cardol, E. Faber & G. Lourens, 'De ondertoezichtstelling in het vreemdelingenrecht.

Pleidooi voor een redelijke balans', *Asiel & Migrantenrecht* 2014/4.

27 Het is niet bekend om hoeveel ouders het gaat. Welke definitie van kinderbeschermingsmaatregel is gehanteerd bij de vaststelling van deze cijfers is niet bekend. Een andere indicatie dat er doorgaans vergunningen werden verleend aan onder toezicht gestelde kinderen en hun ouders, is gelegen in de afwezigheid van vreemdelingrechtelijke jurisprudentie over afwijzingen op verblijfsaanvragen die in verband met ondertoezichtstellingen zijn ingediend.

28 Zie: Rb. Den Haag 2 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5251; Rb. Den Haag 20 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5135; Rb. Den Haag 4 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7242; Rb. Den Haag 6 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13761; Rb. Den Haag 24 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7950; ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:879.

van instanties – voor hun kinderen kunnen zorgen. De OTS geldt als ‘objectieverbaar’ bewijs waarmee kan worden aangetoond en vastgesteld dat ondanks de inzet van hulpverlening, de ouders de zorg over hun kinderen niet kunnen dragen.

Hoe kan worden verklaard dat in de zaak van de Armeense kinderen af werd geweken van de gangbare praktijk om een tijdelijk verblijfsrecht toe te kennen bij een OTS? Wij noemen hier drie mogelijke verklaringen.

In de zaak van de Armeense kinderen kwamen de kinderen als gevolg van de uitzetting van de moeder, en niet vanwege bijvoorbeeld de pedagogische opvoedvaardigheden van de moeder onder toezicht te staan. Dat de moeder voor haar uitzetting goede zorg aan de kinderen bood werd ook door de staatssecretaris in de reguliere procedure benadrukt.²⁹ De uitzetting van de moeder werd door de IND en de voorzieningenrechter niet in strijd geacht met artikel 8 EVRM en het IVRK. Deze vraag kwam aan de orde in de bezwaarprocedure tegen de feitelijke uitzetting van de moeder.³⁰ Hierin werd aangevoerd dat uitzetting van de moeder een scheiding tussen haar en de kinderen tot gevolg zou hebben, waardoor artikel 8 EVRM en artikel 3, 6, 9 en 10 IVRK geschonden zouden worden. Volgens de voorzieningenrechter zou gescheiden uitzetting inderdaad aan de orde zijn als de moeder de keuze zou blijven maken om de gegevens omtrent de verblijfplaats van de kinderen achter te houden. Er was volgens de voorzieningenrechter echter geen sprake van schending van de bovengenoemde rechten, omdat dat de gevolgen van deze keuze om de adresgegevens niet te delen voor rekening en risico van de moeder en kinderen dienden te komen. Zoals eerder aangestipt in dit artikel, is het in het vreemdelingenrecht niet uitzonderlijk dat keuzes van ouders worden toegerekend aan de kinderen. Het verlenen van een vergunning op basis van de OTS zou inconsistent zijn met het standpunt dat de gevolgen van de uitzetting niet voor rekening en risico van de Nederlandse staat zouden moeten komen.

Ten tweede is Armenië een verdragsstaat bij het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. Dit gegeven speelde in de verschillende procedures een belangrijke rol ter rechtvaardiging van het standpunt dat de IND en DT&V uit konden gaan van de verklaringen van de Armeense autoriteiten.³¹ Ook in de EU-context wordt op basis van het zogenoemde interstatelijke vertrouwensbeginsel in de regel vertrouwd op toezeggingen van autoriteiten. Het valt niet uit te sluiten dat deze gang van zaken – ook zonder de uitzonderlijke situatie van de Armeense kinderen – vaker is voorgekomen.

Tot slot maakt de casus duidelijk dat – wanneer de bewijskracht van de OTS wegvalt en er nog geen sprake is van

gezagsbeëindiging – het uitermate moeilijk is om te bewijzen dat een ouder in het buitenland de zorg voor kinderen niet kan dragen. De kwetsbaarheid van de kinderen en de concepten ‘draaglast’ en ‘draagkracht’ spelen bij deze beoordeling geen enkele rol. In de verschillende procedures zijn stukken ingebracht over de gesteldheid van de moeder en de kwetsbaarheid van de kinderen; o.a. van Indigo, NIFP, Nidos, de RvdK en behandelaars. Uit de uitspraken blijkt niet op welke wijze de staatssecretaris de rapporten heeft betrokken in zijn beoordeling. In de bezwaarprocedure tegen de uitzetting van de kinderen is nog een nieuw rapport van een psychiater ingebracht ter onderbouwing van de stelling dat de moeder niet duurzaam voor de kinderen kon zorgen. Omdat uit het rapport bleek dat zonder aanwezigheid van de moeder nog geen diagnose kon worden gesteld, mocht volgens de voorzieningenrechter er nog steeds vanuit worden gegaan dat de moeder voor de kinderen kon zorgen.³² Ook uit de toelichting bij het in 2019 ingevoerde beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel blijkt dat bij afwezigheid van een OTS, de aanname geldt dat kinderen in gezinsverband terug kunnen keren, omdat er op dat moment geen sprake meer is van een ernstige ontwikkelingsbedreiging en gedwongen hulpverlening.

De casus van de Armeense kinderen heeft er voor gezorgd dat de vraag welke vreemdelingrechtelijke betekenis de OTS heeft, voorgelegd kon worden aan de vreemdelingenrechter. Mede door de praktijk waarin doorgaans vergunningen verleend werden als een OTS aan de orde was, bestond er nauwelijks jurisprudentie omtrent dit onderwerp.³³ In de volgende paragraaf wordt kort ingegaan op de rol van de OTS in de verschillende uitspraken die zijn gedaan in de casus van de Armeense kinderen.

5.1 De geformuleerde doelen in het kader van de ondertoezichtstelling

De bredere betekenis van de ondertoezichtstelling in het vreemdelingenrecht is niet aan de orde gekomen in de vreemdelingrechtelijke procedures die gevoerd zijn na de uitzetting van de moeder van de Armeense kinderen. Wel komen de doelen die geformuleerd zijn in het kader van de ondertoezichtstelling in drie verschillende uitspraken in deze zaak terug.³⁴ Volgens de ABRvS had de Raad voor de Kinderbescherming de volgende doelen geformuleerd:

- Er is duidelijkheid over waar de kinderen opgroeien.
- De kinderen zijn herenigd met de moeder.
- De kinderen hebben een moeder die emotioneel beschikbaar is en die hen voldoende veiligheid kan bieden.

29 Rb. Den Haag 23 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4780, r.o. 10.

30 Rb. Den Haag 11 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4126.

31 Rb. Den Haag 23 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4780.

32 Rb. Den Haag 7 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6408.

33 Zie voor een uitgebreidere bespreking van de rol van kinderbeschermingsmaatregelen in het vreemdelingenrecht: M. Meijer, ‘Kinderbeschermingsmaatregelen en vreemdelingenrecht. Belang van het kind te vaak genegeerd’, *A&MR* 2016/02.

34 Rb. Den Haag 7 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6408, r.o. 9.2; Rb. Den Haag 23 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4780; ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2815.

De kinderen bevinden zich in een opvoedingsomgeving waarbij zij in staat zijn een bestaan op te bouwen. Hierbij kan gedacht worden aan:

- De kinderen hebben adequate huisvesting.
- De kinderen gaan naar school.
- De kinderen hebben adequate sociale contacten.
- De kinderen hebben een vrijetijdsinvulling.
- De kinderen ontvangen (gezondheids)zorg of ondersteuning gericht op het verwerken van de ingrijpende gebeurtenissen en eerder genoemde (internaliserende) problematiek.

Met name het standpunt van de staatssecretaris en het oordeel van de Rechtbank Den Haag in de reguliere vreemdelingenrechtelijke procedure vallen op in dit kader.³⁵ De staatssecretaris nam niet het standpunt in dat het vreemdelingenrecht andere materiële standaarden hanteert dan het jeugd(beschermings)recht, maar betoogde dat de doelen – die jeugd(beschermings)rechtelijk van aard zijn – gerealiseerd konden worden in Armenië. Dit werpt de vraag op of de staatssecretaris en vreemdelingenrechter in staat kunnen worden geacht om een dergelijke beoordeling te maken. In het kader van adequate huisvesting oordeelde de rechtbank bijvoorbeeld dat het op de weg van de moeder lag om “zich te wenden tot dit terugkeerbureau en haar wensen voor assistentie, waar nodig, kenbaar te maken.”³⁶ Een dergelijke redenering is vanuit jeugd(beschermings)rechtelijk perspectief ondenkbaar. Een jeugd(beschermings)rechtelijke benadering zou de vraag centraal stellen of een equivalent van een GI – i.e. een instantie met soortgelijke bevoegdheden – belast zou kunnen worden met de (gezins)voogdij.

De ABRvS heeft zich niet uitgelaten over de vraag hoe de opgestelde doelen zich verhouden tot reguliere gronden voor verblijf. De ABRvS heeft zich wel uitgesproken over de doelen in relatie tot asiel-gerelateerde gronden voor verblijf. In de uitspraak staat dat “de vraag of deze doelen kunnen worden behaald, geen verband [houdt] met de redenen waarom de staatssecretaris een asielvergunning kan verlenen”.³⁷

6. Het OTS beleidskader

Sinds de casus van de Armeense kinderen zijn er de nodige wijzigingen geweest in het vreemdelingenrecht. De meest ingrijpende daarvan is de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris om in schrijvende

gevallen alsnog een verblijfsvergunning toe te kennen. Deze discretionaire bevoegdheid was van groot belang voor minderjarigen zonder bestendig verblijfsrecht waarbij er sprake was van ernstige ontwikkelingsbedreigingen. Het ging in de praktijk dan bijvoorbeeld om kinderen die zonder ouders in moeilijke omstandigheden in Nederland waren aangetroffen, als ook om gezinnen waarbij de kinderen onder toezicht zijn gesteld. Voor die laatste groep is door het Samenwerkingsverband Kinderen in het Vreemdelingenbeleid (SKIV), een samenwerkingsverband tussen IND, DT&V en RvdK het beleidskader voor kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel gemaakt.³⁸ Dit beleidskader is op 1 oktober 2019 in werking getreden en is opgenomen in de Vreemdelingen-circulaire. Op basis van dit beleidskader kan een verblijfsvergunning op “tijdelijke humanitaire gronden” worden toegekend wanneer een minderjarige vreemdeling voor minimaal één jaar onder toezicht is gesteld (OTS) en de kinderbeschermingsmaatregel niet overdraagbaar is aan het land van herkomst. Ook bij gezagsbeëindiging – ongeacht of deze volgt op een OTS – kan een minderjarige aanspraak maken op rechtmatig verblijf. De (tijdelijke) voogdij – waarbij het gezag van ouders geschorst is – valt niet onder dit beleidskader. Het valt nog te bezien hoe de overdraagbaarheidstoets in de praktijk nader vorm zal krijgen. De vreemdelingen-circulaire geeft geen uitleg over deze toets en op dit moment is er nog geen jurisprudentie over het beleidskader in zijn algemeenheid. Wel kan uit de beleidsregels worden opgemaakt dat bij de beoordeling van de overdraagbaarheid van de OTS de vraag centraal staat welke hulpverlening het gezin nodig heeft, en dat deze beoordeling geschiedt aan de hand van rapporten van de RvdK of van de GI. Bijzonder aan het beleidskader is dat na anderhalf jaar alsnog verblijf kan worden verleend in situaties waarin de aanvraag in eerste instantie is afgewezen omdat de maatregel overdraagbaar werd geacht of als de ondertoezichtstelling niet voor een jaar is uitgesproken. Dit is het geval als de minderjarige anderhalf jaar aaneengesloten onder toezicht heeft gestaan en de feitelijke overdracht van de OTS niet binnen die anderhalf jaar heeft plaatsgevonden.

Wat als de situatie van de Armeense kinderen zich nu voor zou doen? Hoewel in zaken die langdurig verblijvende kinderen betreffen de staatssecretaris niet meer via media-aandacht en maatschappelijke druk bewogen kan worden om gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid, heeft de aandacht voor de zaak van Tina en Jacob (Syrische kinderen met Armeense wortels) blootgelegd dat dergelijke druk ook de IND niet onbewogen laat.³⁹ Een ander groot verschil is dat Lili en Howick nu een beroep zouden kunnen doen op het beleidskader voor kinderen die onder toezicht zijn gesteld. De gevolgen van de beslissing van de kinderrechtster tekenen zich hierdoor ook scherper af. Als

35 Rb. Den Haag 23 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4780.

36 Ibid., r.o. 11.

37 ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2815, r.o. 14; Zie ook <https://ind.nl/over-ind/achtergrondthemas/Paginas/Kinderen-in-het-vreemdelingenbeleid.aspx>: “Vaak voeren kinderen of hun ouders bij een asielaanvraag, naast asielgronden, omstandigheden aan die gaan over de persoonlijke ontwikkeling van kinderen. Hoe begrijpelijk ook, vaak zijn deze omstandigheden niet of maar beperkt relevant voor de vraag of het kind asielbescherming nodig heeft. Beperkingen in de mogelijkheid tot ontwikkeling of ontplooiing bij terugkeer, vormen in beginsel geen grond voor de bescherming van asiel”.

38 Zie *Kamerstukken II 2019/20 19637*, nr. 2590.

39 <https://www.nporadio1.nl/nieuws/binnenland/c92e0c7c-719d-4a86-8072-707c7d1f10a5/de-nieuwe-lili-en-howick-jacob-13-en-tina-dreigende-woorden-uitgezet-naar-armenie>.

de kinderrechter het standpunt van Nidos had gevolgd, en Nidos de (tijdelijke) voogdij had toegekend, was de kans op rechtmatig verblijf op basis van het huidige vreemdelingenrecht nihil.

Maar als de Armeense kinderen een beroep op het huidige beleidskader hadden kunnen doen, was de uitkomst in eerste instantie toch vrijwel zeker ongunstig voor hen geweest. Ten tijde van de uitzetting van de moeder bestonden nog twijfels over de identiteit en nationaliteit van haar en de kinderen, de OTS was niet voor een jaar uitgesproken en de OTS zou waarschijnlijk overdraagbaar worden geacht omdat Armenië een verdragsstaat van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 is. Interessant is de vraag wanneer de DT&V over zou (kunnen) gaan op uitzetting. Het beleidskader impliceert dat er niet tot uitzetting wordt overgegaan als de kindbeschermingsmaatregel niet kan worden overgedragen. De OTS doelen – en de hulpverlening die nodig is om deze doelen te behalen – lijken daarmee vreemdelingrechtelijk gezien een stuk relevanter geworden dan voorheen. De vraag is of de DT&V nu over zou gaan tot uitzetting zonder bijvoorbeeld de betrokkenheid van een equivalent van een GI te realiseren. Het is zeer aannemelijk dat op dit moment meer van de DT&V gevraagd wordt dan ten tijde van de beoogde uitzetting van de Armeense kinderen het geval was. Er zijn te veel onbekende variabelen om stevige uitspraken te kunnen doen over de vraag hoe een situatie zoals die van de Armeense kinderen zich in de huidige praktijk zou ontvouwen. Er zijn allerlei scenario's denkbaar. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat in de huidige praktijk een met meer waarborgen omkleedde uitzetting plaats zou vinden, mede doordat het beleidskader ervoor zorgt dat de samenwerking tussen de betrokken organisaties vanuit dezelfde uitgangspunten (het rapport van de RvdK) plaatsvindt. Het is ook mogelijk dat – bij uitblijven van een feitelijke overdracht en verlenging van de OTS – na anderhalf jaar alsnog een succesvol beroep op het beleidskader zou kunnen worden gedaan. Tot slot is het niet ondenkbaar dat de RvdK over zou gaan tot een verzoek tot gezagsbeëindiging, waar ook in de situatie van Lili en Howick onderzoek naar is gedaan.⁴⁰

7. Conclusies

Langdurig verblijvende kinderen die zowel te maken krijgen met het vreemdelingenrecht als het jeugdrecht zijn een bijzonder kwetsbare groep. Zij hebben vaak jarenlang in een onzekere situatie verkeerd. Er zijn echter verschillen in hoe het belang van deze kinderen een rol speelt in beide rechtsgebieden. Waar in het familie- en jeugdrecht het belang van het kind een uitgangspunt is waarbij voor professionals veel discretionaire ruimte bestaat om vanuit een open norm beslissingen te nemen, is de notie 'het belang van het kind' in het vreemdelingenrecht minder prominent aanwezig en grotendeels op groepsniveau verdisconteerd in

het beleid. De casus van de Armeense kinderen Howick en Lili legt deze verschillen bloot. Sinds deze casus hebben in het vreemdelingenrecht belangrijke ontwikkelingen plaatsgevonden voor kinderen die onder toezicht zijn gesteld of waarbij er sprake is van een gezagsbeëindiging. De groep kinderen die een beroep zal kunnen doen op dit beleidskader is echter klein te noemen. Het verdisconteren van belangen van kinderen in rigide beleidscategorieën leidt ertoe dat de gevolgen groot zijn als een kind (net) niet binnen een bepaalde categorie valt. Dit geldt bijvoorbeeld voor kwetsbare kinderen van wie de ouders onvoldoende bereikbaar zijn en die daarom onder (tijdelijke) voogdij worden gesteld. De afschaffing van de discretionaire bevoegdheid heeft de scheidslijnen tussen verschillende categorieën kinderen verder versterkt en zichtbaar gemaakt.

⁴⁰ <https://www.kinderbescherming.nl/actueel/nieuws/2018/09/13/de-raad-voor-de-kinderbescherming-in-het-vreemdelingenrecht>.