

Nadia Ismaïli –Dr. N. Ismaïli is
universitair docent familierecht aan de Vrije
Universiteit Amsterdam.

Met de kennis van nu¹

Kreeg het Kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden?

Marcelle Reneman stelde in 2011 dat op grond van ontwikkelingen in EU-recht en EHRM-jurisprudentie het belang van het kind een eerste overweging moest worden in Nederlandse vreemdelingenrechtelijke beslissingen. Nadia Ismaïli onderzoekt of het inderdaad zo is gegaan. Bij het EHRM werd dat belang niet doorslaggevend, bij het HvJ EU en (qua EU) de Afdeling is dat steeds vaker wel het geval omdat de rechtspositie van het kind in het EU-recht werd vastgelegd.

Vlak na de start van mijn promotieonderzoek in september 2011, kreeg ik van mijn promotor wijlen Sarah van Walsum een artikel in handen van Marcelle Reneman dat in *A&MR* zou verschijnen: ‘Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden’.² Ik las het met grote belangstelling. Reneman betoogde dat kinderrechten in de Europese context een opmars leken te maken. Zowel binnen het EU-recht als in de rechtspraak van het EHRM leek er steeds meer aandacht te komen voor de bijzondere positie van het kind. Deze internationale ontwikkelingen zouden volgens Reneman gevolgen moeten hebben voor de Nederlandse vreemdelingenrechtspraak,

‘Met de kennis van nu’ is tijdens het A&MR-jubileumsymposium van gedachten gewisseld over: inburgering, belang van het kind, Terugkeerrichtlijn en rechterlijke toetsing. Vier sprekers gaven hierover hun (veranderde) inzichten, waarna een referent reageerde op het verhaal.



waarin het IVRK maar een zeer beperkte rol speelde. De Nederlandse wetgever en de IND zouden moeten inzien dat, op basis van de door Nederland aangevane internationale verplichtingen, de individuele belangen en rechten van kinderen grondig moeten worden

1 Dit is de bewerkte tekst van de lezing zoals die werd gehouden op het symposium van 21 juni jl.
2 A.M. Reneman, ‘Het kinderrechtenverdrag krijgt tanden’, *A&MR* 2011-8, p. 349-362.

onderzocht en daadwerkelijk een eerste overweging moeten zijn in vreemdelingenrechtelijke beslissingen.³

Heeft het Kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden gekregen? Voor het antwoord kijk ik anders dan Reneman niet naar de volle breedte van het vreemdelingenrecht. Ik onderzoek de opmars van kinderrechten in zaken waarvoor ik in mijn proefschrift onderzoek heb gedaan,⁴ te weten gezinsherenigingszaken waarin een beroep is gedaan op artikel 8 EVRM, het recht op vrij verkeer⁵ of artikel 20 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).⁶

1. Belangen van het kind in rechtspraak EHRM

De belangen van het kind dienen bij alle maatregelen die het kind betreffen een eerste overweging te vormen, zo legt artikel 3 IVRK vast. De belangen van het kind en artikel 3 IVRK worden door het EHRM inmiddels ook veel aangehaald. Welke positie hebben de belangen van het kind inmiddels in de EHRM-toetsing van artikel 8 EVRM-zaken en welk gewicht komt die belangen toe in de uiteindelijke beslissing?

1.1 Belangen van het kind in artikel 8 EVRM

Zoals Reneman al schreef is, sinds de *Üner* uitspraak, de belangen en het welzijn van het kind, met name de moeijelijkheden die het kind zal ondervinden in het land van herkomst van de ouder(s), expliciet een criterium dat moet worden meegenomen in de proportionaliteitstoets bij uitzettingszaken.⁷ Waar het gaat om toelating van een ouder of kind heeft dit langer op zich laten wachten. Sinds de zaak *Rodrigues da Silva* geldt dat de mate waarin gezinsleven wordt ontwricht in dergelijke zaken moet worden onderzocht.⁸ Uit *Rodrigues da Silva* bleek ook dat als het gezinsleven is aangevallen tijdens precair verblijf, sprake moet zijn van exceptionele omstandigheden wil een schending van artikel 8 EVRM aangenomen worden. Bij de toepassing van die algemene beginselen werd door het EHRM ook gekeken naar de belangen van de betrokken minderjarigen. Sinds de uitspraak *Nunez* wordt daarbij ook expliciet verwezen naar artikel 3 IVRK.⁹ Het is echter pas sinds de uitspraak in de zaak *Jeunesse* dat het EHRM de belangen van het kind daarnaast heeft opgenomen in de algemene beginselen.¹⁰ Ook in de belangenafweging zelf worden de belangen van het kind in een heel aantal zaken vaak uitgebreid

besproken.¹¹ Er is daarmee dus inderdaad een opmars van de belangen van het kind in de weergave van toepasselijke beginselen en in de belangenafweging zelf, die ook heeft doorgezet na het verschijnen van het artikel van Reneman. Dat er een prominente plaats is voor de belangen van het kind zegt echter nog niet per se iets over het gewicht dat aan die belangen wordt toegekend in de uiteindelijke uitspraak.

Reneman stelde, en zo is vaker opgemerkt, dat in een aantal van deze bovengenoemde zaken, het EHRM de vraag of het EVRM is geschonden heeft beantwoord vanuit het perspectief van het kind, en niet alleen of voornamelijk vanuit die van de ouder.¹² Anders gezegd, de belangen van het kind zijn niet alleen zichtbaarder in de toepasselijke beginselen en in de belangenafweging, maar in een heel aantal zaken komt ook daadwerkelijk veel gewicht toe aan de belangen van het kind. Deze opvatting deel ik niet onverkort.¹³

1.2 Exceptional circumstances ten aanzien van kinderen

De zaak *Nunez t. Noorwegen* is wat betreft kinderrechten inmiddels een bekende zaak, desalniettemin schets ik nog even de feiten. Mevrouw Nunez is een Dominicaanse moeder die op frauduleuze gronden verblijf heeft gekregen in Noorwegen. Haar twee kinderen zijn ten tijde van haar verblijf in Noorwegen geboren. Het EHRM stelt vast dat er ten aanzien van de moeder geen schending van artikel 8 EVRM kan worden aangenomen, maar dat dit anders ligt ten aanzien van de kinderen. Het EHRM neemt in dat verband mee dat de kinderen een zeer hechte band hebben met hun moeder, de stress die de kinderen al hadden ervaren, de duur van nemen van een uitzettingsbeslissing en de wisseling in de zorgrelatie.¹⁴ Dit laatste gaat over een beslissing van de familierechter waarin het gezag werd overgedragen aan de vader om zo de kinderen in Noorwegen te houden, omdat dat in het belang van de kinderen werd geacht.

Een prominente plaats voor de belangen van het kind zegt nog niet per se iets over het gewicht dat eraan wordt toegekend.

In deze uitspraak geeft het EHRM twee belangrijke overwegingen die zien op het (niet) handelen van de staat. Zo wordt de autoriteiten van Noorwegen verweten dat zij te lang hebben stil gezeten nadat zij bekend werden met het frauduleuze handelen van mevrouw Nunez. De Noorse autoriteiten hadden voor wat betreft de uitzetting voortvarender moeten handelen. Daarnaast is er in deze zaak door

3 Reneman 2011, p. 362.

4 N. Ismaili, *Who cares for the child? Regulating custody and access in family and migration law in the Netherlands, the European Union and the Council of Europe*, Amsterdam diss.: VU Migration Law Series 2018, nr. 18.

5 Zoals met name geregeld in Richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden.

6 Bovendien richt ik mij slechts op wat het EHRM en het Hof van Justitie overwegen ten aanzien van de belangen van het kind en de implicaties daarvan voor Nederland; daarmee bespreek ik met name de toepassing van artikel 3 IVRK.

7 Reneman 2011, p. 359 en EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99 (*Üner t. Nederland*), JV 2006/417 m.nt. P. Boeles, RV 2006, 24, par. 39.

8 EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*), JV 2006/90 m.nt. P. Boeles, RV 2006, 21, par. 39.

9 EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), JV 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum, par. 84.

10 EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*), JV 2014/343 m.nt. P. Boeles, par. 109.

11 Zie naast al genoemde zaken bijvoorbeeld ook EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11 (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*), JV 2014/320 m.nt. J. Werner en EHRM 8 november 2016, nr. 56971/10 (*El Ghatet t. Zwitserland*), JV 2017/2 m.nt. E. Hilbrink.

12 Reneman 2011, p. 359; zie ook E. Nissen, 'Het 'best interests'-beginsel in de rechtspraak over artikel 8 EVRM', *A&MR* 2013-7, p. 337-343; M.A.K. Klaassen & G.G. Lodder, 'Kroniek Gezinshereniging II. Artikel 8 EVRM', *A&MR* 2014-2, p. 115-117; J. Werner, 'De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind', *A&MR* 2015-1, p. 17-23; J. Werner, 'Volle toetsing aan het belang van het kind is een rechterlijke taak, Uitspraak Uitgelicht', *A&MR* 2017-1, p. 23-26.

13 Of beter gezegd niet langer, bij aanvang van het onderzoek wel de indruk dat er steeds sterker gewicht werd toegekend aan de belangen van de betrokken kinderen, zie mijn noot bij *Nunez* in *RV* 2012, 20. Dit standpunt is gewijzigd na beschouwing van het geheel aan rechtspraak van het EHRM over een periode van ruim tien jaar waarin een scheiding tussen ouder en kind dreigde, of al plaats had gevonden.

14 EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), par. 84.

de Noorse familierechter een beslissing genomen die moeilijk verenigbaar is met de uitkomst in de migratierechtelijke zaak. Het kind kan, zoals in de beginfase van de migratierechtelijke procedure wel gesteld, door mevrouw Nunez niet worden meegenomen naar het land van herkomst vanwege de beslissing van de Noorse familierechter.

Vergelijkbaar met *Nunez*, voor wat betreft de overweging van het EHRM dat er vanuit het perspectief van de ouder geen schending is van artikel 8 EVRM maar dat dit anders ligt vanuit het perspectief van de kinderen, is de zaak *Kaplan*.¹⁵ Ook in deze uitspraak neemt het EHRM bij de beoordeling van de belangen van de kinderen verschillende omstandigheden mee, waarbij wederom opvalt dat een aantal daarvan betrekking hebben op het handelen van de staat. Zo heeft Noorwegen pas zes jaar na de strafrechtelijke veroordeling van meneer Kamran de beslissing genomen hem uit te zetten. Daarnaast heeft Noorwegen aan mevrouw Kaplan, die ook een lange tijd illegaal in Noorwegen verblijf had, wel een verblijfsvergunning toegekend op grond van zwaarwegende humanitaire omstandigheden, namelijk de ernstige ziekte van een van hun kinderen en de lange verblijfsduur van de andere twee kinderen. Anders gezegd, Noorwegen was ten aanzien van de moeder, wel bereid 'exceptionele omstandigheden' aan te nemen.

1.3 Noodzakelijke factoren voor schending artikel 8 EVRM

Bij nadere beschouwing van het geheel aan rechtspraak van het EHRM over een langere periode valt op dat in alle zaken waarin door het EHRM een schending van artikel 8 EVRM wordt aangenomen, door het EHRM kritiek wordt geuit op de handelwijze of het gebrek daaraan van de betrokken staat. Er zijn in de rechtspraak verschillende elementen op basis waarvan het EHRM bereid lijkt te zijn een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen.¹⁶

Zo vereist het EHRM in ieder geval dat er een zorgvuldige afweging van de belangen van het kind heeft plaatsgevonden. Zaken waarin dit niet of te weinig is gebeurd, hebben bij herhaling een schending opgeleverd.¹⁷ Ook heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat, waar het gaat om de scheiding tussen ouder en een minderjarig kind, het opleggen van een inreisverbod of ongewenstverklaring van ongelimiteerde duur niet geoorloofd is.¹⁸ Daarnaast moeten staten ervoor zorgen dat de migratierechtelijke beslissing om niet toe te laten of uit te zetten niet in strijd is met de eigen nationale migratiewetgeving of met andere beslissingen die genomen zijn door de nationale autoriteiten ten aanzien van de betreffende vreemdeling.¹⁹

Het kan daarbij, zoals al bleek uit bovengenoemde uitspraken, bijvoorbeeld gaan om migratierechtelijke beslissingen die strijdig zijn met beslissingen die zijn genomen door de nationale familierechter.²⁰ Een ander voorbeeld van strijdige besluitvorming op nationaal niveau is het intrekken van een verblijfsvergunning vanwege een strafrechtelijke veroordeling, terwijl die verblijfsvergunning was toegekend in weerwil van eerdere veroordelingen waarvan de staat op de hoogte was.²¹ Een andere factor, die reeds naar voren kwam in de besproken rechtspraak en kan leiden tot een schending van artikel 8 EVRM is dat de overheid over een langere tijd heeft nagelaten de vreemdeling daadwerkelijk uit te zetten.²² Ook is een aantal keer een schending aangenomen in zaken waarin de staat ten onrechte had geconcludeerd dat de vreemdeling geen enkele legitieme verwachting kon koesteren dat rechtmatig verblijf aan de orde zou kunnen zijn.²³

Bovengenoemde elementen, die alle toezien op het statelijke handelen in een concreet geval, kunnen overigens wel raken aan de belangen van de betrokken kinderen. Zo is het voor staten door de verplichting de belangen zorgvuldig te wegen, noodzakelijk de belangen van het kind in ogenschouw te nemen. En zo draagt het nalaten om uit te zetten, ertoe bij dat aan gezinsleven met kinderen invulling kan worden gegeven. Niettemin is in geen enkel geval de mate waarin invulling aan het gezinsleven wordt gegeven en het belang daarvan voor het kind, op zichzelf genomen beslissend voor de uitkomst in een zaak.

Als de staat voortvarend en volgens eigen regelgeving heeft gehandeld concludeert het EHRM niet tot schending van artikel 8 EVRM als de belangen van het kind gediend zouden zijn bij het niet-uitzetten of toelaten van een gezinslid.

1.4 Gewicht van het belang van de staat om migratie te beheersen

Kortom, in alle zaken in de onderzochte periode waarin door het EHRM een schending van artikel 8 EVRM is gevonden, was er sprake van factoren die zien op het (niet) handelen van de staat. In die situaties kan de staat het gewicht van het belang om migratie te beheersen niet langer hardmaken. En alleen in de gevallen waarin het door de staat gestelde belang om migratie te kunnen beheersen onvoldoende zwaarwegend is, komt er ruimte om de belangen van het kind, en de band tussen kind en ouders te beschermen.

Doordat er in de rechtspraak van het EHRM wel veel, en inderdaad in toenemende mate, aandacht bestaat voor

15 EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11 (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*), par. 88.
 16 In het proefschrift zijn zaken meegenomen van 1 januari 2005 tot 1 januari 2017. Omdat in het proefschrift een vergelijking werd gemaakt met gezag en omgangsrecht in familiezaken, en gezag en omgang automatisch eindigen indien het kind de leeftijd van 18 jaar bereikt, is ook bij de migratiezaken alleen gekeken naar zaken waarbij de kinderen minderjarig waren ten tijde van de uitspraak van het EHRM.
 17 Zie onder andere EHRM 27 september 2011, nr. 39417/07 (*Alim t. Rusland*), JV 2012/166, EHRM 26 juni 2014, nr. 394228/12 (*Gablishvili t. Rusland*), EHRM 8 juli 2014, nr. 3910/13 (*M.P.E.V. en anderen t. Zwitserland*), EHRM 12 februari 2009, nr. 2512/04 (*Nolan en K. t. Rusland*), JV 2009/140 m.nt. P. Boeles en EHRM 8 november 2016, nr. 56971/10 (*El Ghatet t. Zwitserland*).
 18 Zie EHRM 27 oktober 2005, nr. 32231/02 (*Keles t. Duitsland*), J JV 2005/450 en EHRM 19 mei 2016, nr. 49441/12 (*Kolonja t. Griekenland*).
 19 EHRM 31 januari 2006, nr. 50252/99 (*Sezen t. Nederland*), JV 2006/89, RV 2006, 22.

20 EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10 (*Polidario t. Zwitserland*), EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11 (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).
 21 EHRM 24 november 2009, nr. 1820/08 (*Omajudi t. VK*), JV 2010/27 m.nt. M.A.G. Reurs.
 22 Zie onder andere EHRM 11 februari 2010, nr. 11870/03 (*Zakayev en Safanova t. Rusland*), EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09 (*Nunez t. Noorwegen*), EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*).
 23 Zie ook hier EHRM 11 februari 2010, nr. 11870/03 (*Zakayev en Safanova t. Rusland*), EHRM 4 december 2012, nr. 31956/05 (*Hamidovic t. Nederland*), JV 2013/33 en EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10 (*Jeunesse t. Nederland*).

de belangen van het kind, zowel in de weergave van de algemene beginselen waaraan wordt getoetst als ook in de belangenafweging zelf, lijkt het er sterk op dat het in concrete gevallen de belangen van het kind zijn waardoor de zaak kantelt. Bij nadere beschouwing blijkt echter dat in zaken waar de belangen van het kind evenzeer gediend zouden zijn bij het niet-uitzetten of toelaten van in ieder geval een van de gezinsleden, maar waar de staat voortvarend en geheel volgens eigen regelgeving heeft gehandeld, er nooit een schending wordt aangenomen.²⁴

2. Belangen van het kind in EU-recht

Ook in het EU-recht is, zoals Reneman al schreef, veel aandacht geweest voor de rechten en belangen van het kind. Ik zal eerst kort ingaan op de belangen van het kind in de rechtspraak betreffende het vrij verkeer – kort, omdat er op dat gebied weinig verrassende ontwikkelingen zijn geweest na het verschijnen van het stuk van Reneman. Daarna zal ik de belangen van het kind in de rechtspraak inzake artikel 20 VWEU bespreken.

2.1 Belangen van het kind in vrij verkeer en Unieburgerschapzaken

Vanaf 2002 is er een reeks uitspraken geweest in zaken over het vrij verkeer van Unieburgers en zijn/haar gezinsleden. Een groot deel van deze rechtspraak, die was gebaseerd op verschillende EU-regelgeving, is in 2004 gecodificeerd in de Unieburgerrechtlijn. In deze reeks van uitspraken heeft het Hof van Justitie consequent een recht op verblijf toegekend aan derdelander gezinsleden als het van oordeel was dat de bescherming van gezinsleven bijdroeg aan het waarborgen van het recht op vrij verkeer.²⁵ Dit heeft geleid tot een sterke bescherming van de relatie tussen ouders en minderjarige kinderen die binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen. Ook ten aanzien van het vaststellen van de reikwijdte van EU-recht heeft het Hof van Justitie zich zeer ruimhartig opgesteld. Zoals Reneman al opmerkte, heeft het Hof van Justitie in deze zaken vaak niet direct verwezen naar het IVRK of het Handvest, maar de argumentatie veelal ontleend aan het nuttig effect van het EU-recht.²⁶ Zonder bescherming van de grondrechten van Unieburgers, kunnen zij het EU-recht niet effectueren.

De reikwijdte van het EU-recht is nog ruimer geworden door de uitspraak *Ruiz Zambrano*, waarin is bepaald dat op grond van artikel 20 VWEU ook verblijfsrechten moeten worden toegekend aan niet uit de EU afkomstige ouders van een kind met Unieburgerschap, als het niet toestaan van verblijf leidt tot een gedwongen vertrek van dat kind

uit de Europese Unie.²⁷ Ook indien dit kind nooit gebruik heeft gemaakt van zijn of haar recht op vrij verkeer. Deze uitspraak is gedaan in het jaar dat het artikel van Reneman verscheen en kon mogelijk grote gevolgen hebben voor niet-Nederlandse ouders van Nederlandse kinderen. Na de uitspraak bleef echter nog veel onduidelijk over de reikwijdte ervan. Met name de vraag of *Ruiz Zambrano* ook van toepassing is in het geval er twee ouders zijn, waarvan één met de nationaliteit van een EU-lidstaat en één met de nationaliteit van een niet-EU-land die in meer of mindere mate betrokken is in het leven van het kind. Daarnaast was ook onduidelijk wat de rol is van Handvest – meer specifiek artikel 7 (recht op gezinsleven) en artikel 24 (belangen van het kind) – bij het bepalen of sprake is van een situatie die wordt gedekt door het *Ruiz Zambrano*-criterium.

In de afgelopen jaren zijn er veel vervolguitspraken geweest die steeds iets meer licht hebben geworpen op de toepassing van het *Zambrano*-criterium en de rol van het Handvest. Uit deze vervolguitspraken bleek in ieder geval dat elementen van het recht op gezinsleven een rol spelen in het bepalen of sprake is van een gedwongen vertrek uit de EU. Zo heeft het Hof van Justitie bepaald dat moet worden gekeken naar de wettelijke, financiële en emotionele afhankelijkheid.²⁸ Het vaststellen van de emotionele afhankelijkheid komt in essentie neer op het vaststellen van de facto gezinsleven. Volgens het Hof van Justitie is het effectueren van Unieburgerschaprechten van kinderen alleen mogelijk als de ouder die hen daadwerkelijk verzorgt bij het kind mag verblijven.²⁹ Met de uitspraak in de zaak *Chavez-Vilchez* heeft het Hof van Justitie expliciet gemaakt dat bij het vaststellen of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen kind en ouder rekening moet worden gehouden met artikel 7 en artikel 24 Handvest. De gezinsrelatie tussen ouder en kind is dus van belang om vast te stellen of sprake is van een gedwongen vertrek uit de Unie.

2.2 Sterke positie kind in EU-recht

De door Reneman geschetste opmars heeft in vrij verkeer en Unieburgerschapzaken inderdaad doorgezet. Wel is deze opmars niet slechts te danken aan het in toenemende mate oog hebben voor het Kinderrechtenverdrag. Het is met name ook te danken aan ontwikkelingen binnen de EU. De EU heeft in het Handvest bepalingen opgenomen die zijn gebaseerd op het IVRK, waardoor kinderrechten ook direct EU-recht zijn geworden en ook in secundaire EU-wetgeving is een aantal bepalingen opgenomen die de positie van kinderen beschermt. Hoewel het Hof van Justitie geen mensenrechtenhof is, zijn voor het Hof migratie, Unieburgerschap en mensenrechten sterk met elkaar verweven, wat heeft geleid tot een zeer sterke bescherming van ouder-kind relaties.³⁰

24 Deze bevindingen bevestigen daarmee de bevindingen van E. Hilbrink zoals weergegeven in haar proefschrift, *Adjudicating the Public Interest in Immigration Law: A Systematic Content Analysis of Strasbourg and Luxembourg Case Law on Legal Restrictions to Immigration and Free Movement*, Amsterdam diss.: VU Migration Law Series 2017, nr. 14. Zie voor enkele voorbeelden waarin geen schending werd gevonden EHRM 13 november 2011, nr. 13077/05 (*Cakir t. Roemenië*), EHRM 26 januari 2016, nr. 30984/13 (*Nguyen t. Noorwegen*).

25 HvJ EU 11 juli 2002, C-60/00 (*Carpenter*), JV 2002/290 m.nt. P. Boeles, RV 2002, 91; HvJ EU van 19 september 2002, C-413/99 (*Baumbast en R.*), JV 2002/466 m.nt. C.A. Groenendijk; HvJ EU van 19 oktober 2004, C-200/02 (*Zhu en Chen*), JV 2004/44, m.nt. Boeles, RV 2004, 91; HvJ EU 23 februari 2010, C-310/08 (*Ibrahim*), JV 2010/148 m.nt. H. Oosterom-Staples; en HvJ EU 23 februari 2010, C-408/08 (*Teixeira*), JV 2010/149 m.nt. H. Oosterom-Staples. Zie ook A.A.M. Schrauwen, 'Kinderen als verblijfsgever. Nuttig effect van Unierechten van kinderen leidt tot verblijfsrechten voor verzorgende ouders', A&MR 2018-6/7, p. 280-285.

26 Reneman 2011, p. 357.

27 HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), JV 2011/146 m.nt. Boeles. Zie ook L. Ankersmit en W. Geursen, 'Ruiz Zambrano. De interne situatie voorbij', A&MR, 2011-4, p. 156-164; G.T. Davies, 'Ruiz Zambrano en de non-EU ouders van (bijna) Nederlandse kinderen', A&MR, 2011-7, p. 274-283.

28 HvJ 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O., S. en L.*), JV 2013/87 en zie ook HvJ 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa en Moudoulou*), JV 2013/378.

29 T.P.A. Weterings, 'Alokpa e.a. Ruiz Zambrano nu eindelijk verduidelijkt? Uitspraak Uitgelicht', A&MR 2013-8, p. 401.

30 Zie ook G.T. Davies, 'Ruiz Zambrano en de non-EU ouders van (bijna) Nederlandse kinderen', A&MR, 2011-7, p. 274-283 en G.T. Davies, *The Family Rights of European Children: Expulsion of Non-European Parents*, EU Working Paper No. RSCAS 2012/04. Doordat bij artikel 20 VWEU-zaken de Unieburgerrechtlijn niet naar analogie van toepassing is, blijven er echter wel belangrijke vragen ten aanzien van

3. Implicaties van Europese rechtspraak voor Nederland

Reneman stelde in haar artikel dat de rechtspraak van het EHRM en het EU-recht ertoe noopten dat de Nederlandse autoriteiten de individuele belangen en rechten van kinderen grondig moeten onderzoeken en dat deze daadwerkelijk een eerste overweging moeten zijn in vreemdelingenrechtelijke beslissingen. Ik zal hierna eerst bespreken wat daarvan zichtbaar is in de jurisprudentie van de Afdeling in zaken waarin een beroep op artikel 8 EVRM is gedaan en daarna in zaken waarin het EU-recht speelt.³¹

3.1 Artikel 8-EVRM-zaken bij de Afdeling

In 2012, na het verschijnen van het artikel van Reneman, heeft de Afdeling voor het eerst bepaald dat artikel 3 IVRK in zoverre rechtstreekse werking heeft dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van een kind in een concreet geval moet worden toegekend, heeft de Afdeling daaraan toegevoegd dat artikel 3 IVRK geen norm bevat die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is. Volgens de Afdeling dient te worden getoetst of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en aldus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven.³² De Afdeling toetst de belangenafweging door de staatssecretaris dus enigszins terughoudend.

De rechtspraak van het EHRM vereist dat de belangen van het kind zorgvuldig moeten worden onderzocht, en zoals bovengenoemd, erkent de Afdeling dit ook. De rechtspraak van het EHRM dwingt Nederland wat mij betreft verder niet direct tot aanpassingen aan het gevoerde migratiebeleid. Hoewel het EHRM in artikel 8 EVRM-zaken aangeeft dat de belangen van het kind op zichzelf staand niet doorslaggevend zijn, maar dat er wel een zwaar gewicht aan toekomt, lijkt het EHRM dit zelf uiteindelijk niet te doen. De Afdeling toetst over het algemeen niet hoe de staatssecretaris de verschillende belangen heeft afgewogen maar meer of ze zijn afgewogen. In gevallen waarin dit niet of onvoldoende is gebeurd, komt de Afdeling tot het oordeel dat er sprake is van een motiveringsgebrek.³³ Alleen in zaken met procedurele fouten op nationaal niveau, die daar niet als zodanig zijn erkend, zal het EHRM een schending vinden.

3.2 De Afdeling en EU-recht

De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft daarentegen wel regelmatig grote gevolgen voor de Nederlandse praktijk. In zaken waarin een beroep is gedaan op de Unieburgerrechtlijn, past de Afdeling EU-recht en rechtspraak van het Hof toe. In een zaak waarin een Duits kind in Nederland

naar de basisschool ging en werd begeleid door zijn Turkse vader, oordeelde de Afdeling dat niet relevant was of moeder en oudere broers en zussen naar Nederland konden komen, maar dat de enige relevante vraag was of de vader inderdaad degene was die de dagelijkse zorg voor het kind droeg.³⁴ Zo ja, dan kwam aan hem een recht op verblijf toe. In zaken waarin een beroep op artikel 20 VWEU is gedaan heeft de Afdeling zich wel lang restrictief opgesteld. In zaken waar twee ouders waren, werd een beroep op Zambrano alleen gehonoreerd als de Nederlandse ouder volledig uit beeld was. Na *Chavez-Vilchez* bleek het Nederlandse beleid, en de uitleg zoals daaraan werd gegeven door de Afdeling, echter niet langer houdbaar. De staatssecretaris heeft na Chavez aangegeven dat het beleid op de schop moest en dat deze wijziging in de praktijk tot meer toekenningen zou leiden.³⁵ Het nieuwe beleid in inmiddels neergelegd in de Vreemdelingencirculaire.³⁶

Binnen de context van vrij verkeer en Unieburgerschap is de opmars van de bescherming van de positie van het kind doorgezet, omdat deze is vastgelegd in het EU-recht zelf.

4. Kreeg het Kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden?

Het antwoord op de vraag of het Kinderrechtenverdrag daadwerkelijk tanden heeft gekregen hangt sterk af van de context. Als we het hebben over de benadering van het EHRM in artikel 8 EVRM-zaken, zou ik willen stellen dat het belang van kind met name in bewoordingen meer plek heeft gekregen, maar niet in het gewicht dat er aan deze belangen wordt toegekend. Het is daarmee wat mij betreft nog geen melkgebit, maar slechts enkele doorkomende tanden, en ouders weten hoe lang het doorkomen van tandjes in de praktijk kan duren.

Binnen de EU ligt dit anders. Het IVRK en de General Comments spelen niet direct een rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Toch hebben enkele bepalingen van het IVRK binnen het EU-recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie zeker tanden gekregen. Binnen de context van vrij verkeer en Unieburgerschap is de opmars van de bescherming van de positie van het kind ook na 2011 verder doorgezet, omdat de bescherming van het kind door de EU is vastgelegd in het Handvest en in secundaire regelgeving, dus in het EU-recht zelf.

Doordat daarnaast ook het Unieburgerschap van kinderen – ook al gaan ze pas in de toekomst zelf bijdragen aan de doelen van de EU – van grote waarde wordt geacht, hebben Unieburgerkinderen een sterke positie voor wat betreft de bescherming van hun gezinsleven met ouders.

De steeds prominentere plaats van de belangen van het kind in de toetsingskaders en belangenafweging bij het EHRM

de positie van ouders van wie het kind strikt genomen niet langer afhankelijk is, bijvoorbeeld bij het bereiken van de meerderjarigheid.

31 Het doen van jurisprudentieonderzoek kent als grote beperking dat het per definitie zaken betreft waar een gang naar de rechter noodzakelijk werd geacht. Zaken waarin door de IND direct, of later in de procedure, een positieve beschikking is afgegeven, blijven buiten beeld.

32 ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716, JV 2012/152 en zie meer recent ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2815, JV 2018/163 m.n. T.P. Spijkerboer.

33 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1197.

34 ABRvS 3 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2820.

35 Kamerstukken II 2016-2017, 19637 en *Stb.* 2017, nr. 53847.

36 Zie par. B10/2.2 Vreemdelingencirculaire 2000. En zie M.J. den Besten, A.M. van Melle en B. Wegelin, 'Een jaar na Chavez-Vilchez. Belangen van kinderen geven doorslag bij verblijfsaanvragen van derdelander-ouders', *A&MR* 2018-6/7, p. 286-292.

dwingt de Nederlandse autoriteiten de belangen van het kind te onderzoeken. Voor wat betreft het daaraan toe te kennen gewicht zijn de gevolgen van de rechtspraak van het EHRM voor Nederland echter beperkt.

Dit is anders bij de rechtspraak van het Hof van Justitie. De sterke rechtspositie van kinderen in vrij verkeer en

Unieburgerschapzaken heeft er inderdaad toe geleid dat in die zaken in Nederland de individuele belangen van het kind steeds meer daadwerkelijk een eerste overweging zijn in de te nemen beslissingen. ◀

Jorg Werner – mr. J. Werner is advocaat bij Hagg & Van Koesveld Advocaten en docent bij OSR Juridische Opleidingen.

Reactie: Wel tanden, te weinig zelfstandige rechtspositie¹

Jorg Werner meent dat je in de jurisprudentie van het EHRM wel degelijk tanden van het IVRK kunt zien. Zij het dat het Hof nog vaak de kinderen vereenzelvigt met het gedrag van de ouders.

Nadia Ismaïli onderzoekt met ‘de kennis van nu’ de stellingen van Marcelle Reneman uit 2011² over de Europese steun in de rug van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Vanwege de aard van deze korte reactie beperk ik me vrijwel tot haar analyse van de EHRM-jurisprudentie.³ Daarin onderschrijft zij de stelling van Reneman dat het ‘belang van het kind’ een opmars heeft doorgemaakt in de jurisprudentie van het EHRM; zowel wat betreft de daarin verwoorde beginselen, alsook bij de belangenafweging. Maar volgens haar kent het EHRM daarmee nog niet veel gewicht toe aan het ‘belang van het kind’. Veel prominenter is volgens haar de rol van het optreden van de staat: die zou vaak een beslissende betekenis hebben, anders dan het ‘belang van het kind’ op zichzelf.

De analyse van Ismaïli is interessant en relevant. Toch denk ik dat op een aantal punten ook een andere lezing van de EHRM-jurisprudentie mogelijk is. Ik licht hierna drie punten kort uit.

Drie relativeringen

Allereerst denk ik dat de rol van de staat in de EHRM-jurisprudentie kan worden verklaard door de context van de

toets aan het recht op gezins-, familie- en privéleven uit artikel 8 van het EVRM.

Wanneer het EHRM ingaat op artikel 3 van het IVRK, past het nog steeds het EVRM toe. Het EHRM heeft in dit verband wel gewezen op artikel 31 lid 3 van het Weens Verdragenverdrag, waaruit voortvloeit dat bij het uitleggen van het EVRM rekening gehouden moet worden met ander relevant internationaal recht.⁴ Het EHRM toetst dus niet zozeer aan artikel 3 van het IVRK, maar past deze bepaling toe in de sfeer van artikel 8 van het EVRM.

Centraal bij de toets aan artikel 8 van het EVRM staat de zoektocht naar een *fair balance* tussen de onderling concurrerende belangen, van het individu en de staat. Het is specifiek die context waarbij het EHRM ook naar artikel 3 van het IVRK verwijst. Aangezien het bij het zoeken naar een *fair balance* gaat om een spanning tussen het individuele en het staatsbelang, is het volkomen vanzelfsprekend dat het handelen en nalaten van de staat een grote rol speelt bij de uiteindelijke beoordeling. Welk gewicht aan het ‘belang van de staat’ toekomt en hoe dit zich verhoudt tot het gewicht van concurrerende belangen, dient bepaald te worden door de logica en consistentie van het optreden van de staat kritisch te analyseren. En dat is dus wat het EHRM ook terecht doet.

Mijn tweede punt: ik twijfel of uit de vaak beslissende rol van de staat kan worden afgeleid dat het ‘belang van het kind’ een relatief beperkt gewicht heeft. Het ‘belang van het kind’ staat bij gezinsmigratiezaken doorgaans tegenover het ‘belang van de staat’. In andere gezinsmigratiezaken staat het ‘belang van de staat’ echter tegenover de

1 Dit is de bewerkte tekst van de lezing zoals die werd gehouden op het symposium van 21 juni jl.

2 A.M. Reneman, ‘Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden’, *A&MR* 2011-8, p. 349-362.

3 Die enkele A&MR-lezer die graag kennisneemt van mijn opvattingen over de positie van het IVRK binnen de sfeer van het Unierecht, wijs ik op par. 3.1 van J. Werner, ‘Grondrechten: beperking of versterking van het recht op gezinshereniging’, *A&MR* 2018-9, p. 429-430.

4 Zie bijvoorbeeld: EHRM 12 november 2008, Demir en Baykara, 34503/97, par. 65 e.v.

belangen van enkel volwassenen; bijvoorbeeld partners die de staat voor een voldongen feit stellen door samen te wonen, zonder dat aan het mvv-vereiste, en eventuele andere voorwaarden, is voldaan. Uit de praktijk van het EHRM blijkt dat het Hof vaker klachten gegrond verklaart waarbij kinderen betrokken zijn, dan in zaken waarbij de klagende partij slechts uit volwassenen bestaat. Dat is denk ik een belangrijke indicatie dat het Hof laakbaar overheids-handelen van de staat eerder tot een gegrondverklaring van een klacht laat leiden wanneer er in een zaak belangen van kinderen op het spel staan. Ergo: het belang van het kind weegt in de afweging van belangen zwaarder dan de belangen van andere individuen. Dat maakt nog niet dat het ‘belang van het kind’ op zichzelf beslissend is, maar het is van de mee te wegen individuele belangen wel het zwaarst wegende belang.

Het EHRM verklaart vaker klachten gegrond waarbij kinderen betrokken zijn, dan wanneer de klagende partij slechts uit volwassenen bestaat.

Mijn derde punt: Ismaïli relateert de overwegingen van het Hof over het belang van het kind, maar lijkt de overwegingen die het staatsoptreden betreffen juist vrij absoluut te maken en (vrijwel) alleen vanuit dat perspectief te beschouwen. Zo ziet zij in haar analyse van de zaak Nunez⁵ de door het EHRM geïdentificeerde verhouding tussen de nationale migratie- en familierechtprocedure alleen als een kritisch oordeel over het handelen van de staat. Dit terwijl het EHRM de uitkomsten van de twee nationale procedures alleen tot een kernpunt maakt vanwege het in de knel komen van de kinderen van mevrouw Nunez. Zou het ‘belang van het kind’ er voor het Hof niet toe doen, dan zou het Hof hier ook het handelen van de staat niet bekritisieren.

5 EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, JV 2011/402 m.nt. Van Walsum.

Zelfstandige rechtssubjectiviteit

Goed, wat zegt dit nu over de vraag of het IVRK tanden heeft? Anders dan Ismaïli meen ik dat het IVRK in de EHRM-jurisprudentie tanden heeft gekregen. Art. 3 IVRK leent zich er als bepaling bovendien goed voor om af en toe even flink te bijten, in situaties waarbij de belangen van kinderen ondergesneeuwd raken onder het staatsbelang. Maar het IVRK bestaat uit meer dan artikel 3. Één van de grondgedachten van het IVRK is de erkenning van de zelfstandige rechtssubjectiviteit van het kind, zelfs onafhankelijk van de positie of het gedrag van de ouders. Dat het EHRM kinderen vereenzelvigd met het gedrag van hun ouders,⁶ op basis waarvan hun rechtspositie wordt verzwakt, staat met deze kerngedachte op gespannen voet.⁷ Die kerngedachte van het IVRK zie ik al wel voorzichtig terug in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Met als meest sprekend voorbeeld het zo lang in Nederland onbegrepen gebleven Zambrano-arrest.⁸ Hierin wordt het IVRK niet eens genoemd, maar wordt wel de rechtspositie van het kind – in dit geval Unieburger – gerespecteerd en leidt deze zelfs tot een afhankelijk verblijfsrecht voor de ouders, om zodoende het effectueren van de Unieburgerrechten van het kind te faciliteren. Een dergelijke uitspraak is rechtspreken in de geest van het IVRK. Een vorm van rechtspreken die ik, net als de A&MR, een hele mooie toekomst toewens. ◀

6 Het meest duidelijk waarneembaar in de volgende twee arresten: EHRM 4 december 2012, Butt t. Noorwegen, JV 2013/85 m.nt. Stronks, r.o. 79 en EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a. t. Noorwegen, 32504/11, r.o. 86, maar meer impliciet in diverse andere uitspraken van het EHRM waarneembaar.

7 Zie over dit onderwerp uitgebreider: J. Werner, ‘De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind’, *A&MR* 2015-1, p. 17-23. Zie voor enigszins vergelijkbare kritiek op de EHRM-jurisprudentie bovendien: E. Nissen, ‘Het “best interests”-beginsel in de rechtspraak over artikel 8 EVRM’, *A&MR* 2013-7, p. 343.

8 HvJ EU 8 maart 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, JV 2011/146 m.nt. P. Boeles.

Karen Geertsema, Kees Groenendijk, Karin de Vries



Hans Ulli Jessurun d'Oliveira



Hannah Helmink en Liesbeth Siers