

# Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht Een juridisch-empirische analyse

Samenvatting



**Radboud Universiteit Nijmegen**  
**Centrum voor Migratierecht (CMR)/ Instituut voor Rechtsociologie**

Nijmegen, 31 augustus 2021

E. Nissen LL.M.  
Dr. I.D.A. Sportel

Met medewerking van:  
Dr. J. Huijjer  
Prof.mr. A.B. Terlouw  
Dr. K. Zwaan  
Dr. Tamara Butter  
Mr. Yasemin Glasgow

**SteR** \* Onderzoekcentrum  
voor Staat en Recht

**Radboud University**



© 2021 WODC. Auteursrechten voorbehouden.

# Samenvatting

## Introductie

Aanleiding voor dit onderzoek vormden spanningen die kunnen bestaan tussen het (jeugd)beschermingsrecht en het vreemdelingenrecht, zoals deze bijvoorbeeld naar voren zijn gekomen in de gebeurtenissen omtrent de casus van de Armeense kinderen.<sup>1</sup> Het onderzoek bestond uit twee delen 1) de algemene wettelijke kaders en beleidskaders; 2) de knelpunten in de praktijk, met een nadere uitwerking van wettelijke en beleidsnormen in (een selectie van) deze knelpunten.

Het onderzoek had als doel inzicht te bieden in (de combinatie van) het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht ten aanzien van minderjarigen. Er is onderzocht waar spanningen of knelpunten tussen beide rechtsgebieden optreden, zowel op het niveau van wet- en regelgeving als in de uitvoeringspraktijk. Daarbij is onder meer bekeken of, en zo ja in hoeverre, rechtsnormen uit het ene rechtsgebied prevaleren over rechtsnormen uit het andere rechtsgebied. Waar het prevaleren van rechtsnormen niet op heldere wijze uit de wet- en regelgeving voortvloeit, zijn andere (praktijkgerichte) oplossingsrichtingen verkend. De probleemstelling van het onderzoek luidt:

*Welke zijn de (potentieel) conflicterende en/of spanningsvolle onderdelen of aspecten in de wet- en regelgeving voor het jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht ten aanzien van minderjarigen, zowel op het niveau van de wet- en regelgeving als voor de uitvoering in de praktijk en in hoeverre blijkt uit de wet- en regelgeving welk recht prevaleert? Hoe kunnen de (ervaren) spanningen en conflicten worden opgelost in situaties waarin niet uit de wet- en regelgeving blijkt welk recht prevaleert en wat is hiervoor nodig?*

Dit onderzoek is gebaseerd op verschillende onderzoeksmethoden. Naast het bestuderen van relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie is ook een empirisch onderzoek verricht. Door middel van interviews met medewerkers van betrokken organisaties (DT&V, IND, stichting Nidos, Raad voor de Kinderbescherming), overige Gecertificeerde Instellingen (GI's), rechters, advocaten en deskundigen zijn knelpunten en spanningen in de praktijk in kaart gebracht. Daarnaast is systematisch jurisprudentieonderzoek uitgevoerd om een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van mogelijke situaties waarin er sprake is van spanningen of conflicten tussen het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht.

## Deel 1 Relevante wet- en regelgeving op gebied van jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht

Het eerste deelonderzoek bestaat uit vier hoofdstukken waarin de relevante wet- en regelgeving op gebied van jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht in kaart is gebracht en geanalyseerd. De analyse ziet op de vraag in hoeverre de juridische kaders – met betrekking tot bevoegdheden en plichten van de verschillende betrokken actoren – ondubbelzinnig zijn, waar interpretatieruimte bestaat en waar kaders ontbreken en maakt zichtbaar waar mogelijke punten van spanning bestaan.

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2019/20 19344, 136, p. 4-5; Kamerstukken II 2019/20 29344, 136.

## **Hoofdstuk 2: Jeugd(beschermings)recht: relevante regelgeving en de rol van jeugdrechtelijke instanties**

Het tweede hoofdstuk van dit rapport beoogt een toegankelijk overzicht te geven van de belangrijkste onderwerpen van het jeugd(beschermings)recht. Hierbij ligt de nadruk op onderdelen die relevant zijn voor minderjarigen in situaties met verblijfsrechtelijke aspecten. De verblijfsrechtelijke aspecten kunnen zowel kinderen zelf betreffen als ook (een van) de ouders, bijvoorbeeld als een kind met de Nederlandse nationaliteit een ouder heeft zonder geldige verblijfsstatus.

Het jeugd(beschermings)rechtelijke uitgangspunt is dat de beoordeling van het belang van het kind in jeugd(beschermings)rechtelijke procedures los dient te staan van de vreemdelingrechtelijke situatie van het betreffende kind. Tegelijkertijd blijkt uit de rechtspraak dat de beoordeling van het belang van het kind in sommige gevallen daarvan moeilijk los is te zien. Indien er bijvoorbeeld sprake is van gezagsvacuüm, kan het jeugdrechtelijk gezien in het belang van het kind zijn om een gezinslid – en niet een GI – te belasten met de tijdelijke voogdij. Als dit echter geen duurzame oplossing is voor het kind – omdat een verblijfsstatus ontbreekt en niet aan de voorwaarden wordt voldaan die worden gesteld in het kader van het pleegkinderenbeleid – kan het beter zijn voor het kind om de tijdelijke voogdij bij de GI neer te leggen, zodat door de GI onderzoek kan worden gedaan naar eventuele familie in het land van herkomst.

Om een kind zonder geldige verblijfsstatus adequaat te kunnen begeleiden en te kunnen anticiperen op eventuele vreemdelingrechtelijke beslissingen dient de GI die de voogdij heeft op de hoogte te zijn van de verblijfsstatus van het kind en van het vreemdelingenrecht. Dit kan in de praktijk tot knelpunten leiden. Niet alleen omdat het complexe en specialistische vreemdelingenrecht veel vergt van medewerkers van een GI, maar ook omdat het vreemdelingenrecht een rechtsgebied is dat constant in ontwikkeling is. Dit heeft te maken met de invloed van EU-recht en vooral met de politieke krachten waaraan het rechtsgebied aan onderhevig is. Daarnaast wordt het verlenen van verblijfsrecht op grond van de belangen van kinderen doorgaans gezien als een gunst in plaats van als een verplichting (i.e. een recht op basis van internationale rechtsnormen). Dat betekent dat de gronden waarop aan kinderen verblijf wordt verleend meestal niet zijn vastgelegd in de wet en daardoor eenvoudig en snel kunnen worden gewijzigd. Dit is bijvoorbeeld terug te zien in de ontwikkelingen omtrent het kinderpardon en de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid om verblijf te verlenen op grond van schrijnendheid.

De snelheid waarmee het beleid zich ontwikkelt – met name met betrekking tot de verblijfsrechten van kinderen – maakt het lastig voor jeugdrechtelijke actoren zoals jeugdbeschermers en kinderrechtters om te kunnen anticiperen op een vreemdelingrechtelijke beslissing. Een stabiel, helder en transparant normenkader dat zijn grondslag vindt in wet- en regelgeving zou kunnen bijdragen aan het verminderen van knelpunten die ontstaan uit onduidelijkheid over de vreemdelingrechtelijke regels die van toepassing zijn op kinderen. Op deze manier worden actoren in het jeugd(beschermings)recht beter in staat gesteld het belang van het kind te waarborgen met de vreemdelingrechtelijke kaders als vertrekpunt.

## **Hoofdstuk 3: De positie van het kind in het vreemdelingenrecht**

Het derde hoofdstuk verkent de positie van het kind in het vreemdelingenrecht in den breedte. De positie van het kind wordt grotendeels bepaald door de aard van de procedure en de vraag of het betreffende kind met zijn of haar ouders in Nederland verblijft. In het jeugd(beschermings)recht worden minderjarigen als een kwetsbare groep gezien. In het vreemdelingenrecht is het echter niet vanzelfsprekend dat minderjarigen een andere juridische positie innemen dan volwassenen. Daar waar het vreemdelingenrecht fundamenteel andere aannames en benaderingen dan het

jeugd(beschermings)recht hanteert, kunnen spanningen tussen de rechtsgebieden ontstaan. Een aantal van deze aannames en benaderingen worden hieronder puntsgewijs toegelicht.

#### *Asielgerelateerde verblijfsgronden*

In het asielrecht wordt – met name in materiële zin – weinig rekening gehouden met de minderjarigheid van degene die asiel aanvraagt. Wel wordt er in de rechtspraak van het EHRM in de context van 3 EVRM in toenemende mate rekening gehouden met de kwetsbaarheid van personen die door de vreemdelingrechtelijke beslissing geraakt worden. Dit heeft niet zozeer tot gevolg dat de gehanteerde maatstaf verschuift naar een kindspecifieke maatstaf, maar wel dat de vraag relevant wordt geacht of er bij minderjarigen eerder sprake is van een reëel risico op ernstige schade wegens aan minderjarigheid en persoonlijke omstandigheden gerelateerde kwetsbaarheid. Een dergelijk beoordeling vergt een kindspecifieke benadering.

Onder invloed van het EU-recht is er in migratiegerelateerde zaken meer aandacht gekomen voor de specifieke situatie van kinderen. Dit is in de asielcontext met name terug te zien in de recente rechtspraak van de ABRvS over toepassing van de Dublinverordening en de Procedurerichtlijn. Ook het recente arrest van het HvJ EU in de zaak *T.Q.* past binnen dit patroon. Als gevolg van de toegenomen aandacht voor de bijzondere positie en belangen van kinderen rust er in specifieke vreemdelingrechtelijke contexten vaak een hogere motiveringsplicht en een sterkere onderzoeksplicht op de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (hierna: de staatssecretaris) in zaken die kinderen betreffen. Dergelijke ontwikkelingen vergen een verandering van de systematiek van het vreemdelingenrecht. Hoewel deze verandering de vreemdelingrechtelijke uitvoeringspraktijk voor uitdagingen plaatst, biedt het ook kansen om de spanning tussen het vreemdelingenrecht en het jeugd(beschermings)recht te reduceren.

#### *Reguliere verblijfsgronden*

Het reguliere vreemdelingenrecht geeft uitdrukking aan de principes die voortvloeien uit artikel 8 EVRM. Hetzelfde geldt voor het jeugd(beschermings)recht. Beide rechtsgebieden worden gevormd door de (negatieve) verplichting van de staat om zich niet te mengen in het gezinsleven, en de (positieve) verplichting van de Nederlandse staat om dit wel te doen op het moment aan de voorwaarden van art. 8 lid 2 EVRM wordt voldaan. Op het moment dat gezins- en privéleven is opgebouwd gedurende een periode waarin de betrokken personen zich bewust waren van de omstandigheid dat het verblijfsrecht van één van hen niet bestendig was, is er bij uitzetting van (één van) de gezinsleden volgens het huidige beleid doorgaans geen sprake van inmenging. Dit is niet anders in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen (hierna: AMV's). Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden wordt een schending van artikel 8 EVRM aangenomen. In dergelijke situaties rust er een verplichting op de staat om een verblijfsvergunning te verlenen.

#### *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht*

Ouderlijke verantwoordelijkheid speelt over de volle breedte van het vreemdelingenrecht een belangrijke rol. Als bewezen kan worden dat ouders niet de zorg voor het kind kunnen dragen – al dan niet met behulp van maatschappelijke instanties – kan een recht op verblijf ontstaan. Jeugd(beschermings)rechtelijke actoren en rechtsfiguren spelen een belangrijke rol bij de beoordeling van de vraag of ouder in staat zijn zorg te dragen voor hun kinderen. Deze materiele en formele uitgangspunten worden met name tot uitdrukking gebracht binnen het OTS beleidskader op basis waarvan verblijfsvergunningen aan onder toezicht gestelde kinderen en hun ouders kunnen worden verleend. In dergelijke situaties is er (jeugdrechtelijk gezien) sprake van inmenging in het gezinsleven in de zin van art. 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) waardoor op de staat een positieve verplichting rust om het recht op respect voor gezins- en privéleven te waarborgen. Bovendien wordt (vreemdelingrechtelijk gezien) in dergelijke

situaties de uitspraak van de kinderrechter gezien als objectief bewijs dat aantoonst dat dat ouders in staat zijn de zorg voor hun kinderen te dragen.

Deze vreemdelingrechtelijke benadering staat op gespannen voet met het jeugd(beschermings)rechtelijke benadering, waar niet de ouderlijke verantwoordelijkheid, maar de belangen en de ontwikkeling van het kind centraal staan. Ouderlijke rechten en plichten zijn in het jeugd(beschermings)recht dienstbaar gemaakt aan het belang van het kind. Deze belangen worden altijd vastgesteld op basis van een individuele beoordeling van de situatie van het kind en alle relevante omstandigheden. Dit maakt dat de grens tussen de negatieve en de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 8 EVRM in het jeugd(beschermings)recht fluide van aard is. Het vreemdelingenrecht daarentegen hanteert een meer binaire (en categoriale) benadering.

#### **Hoofdstuk 4: Kernbevoegdheden en taken van gecertificeerde instellingen, RvdK, IND en DT&V**

In het vierde hoofdstuk gaan wij nader in op de bevoegdheden en taken van de verschillende betrokken actoren: gecertificeerde instellingen, de Raad voor de Kinderbescherming, IND en DT&V. Daarbij besteden wij ook kort aandacht aan de Centrale Autoriteit (Ca). Er is een duidelijk verschil zichtbaar tussen vreemdelingrechtelijke actoren en jeugdrechtelijke actoren in bevoegdheden en taken. Waar de IND en DT&V een vrij eenduidige taakstelling hebben, hebben de RvdK en vooral gecertificeerde instellingen bevoegdheden van verschillende aard. Specifiek voor de gecertificeerde instellingen is bovendien dat zij zowel jeugdrechtelijke als vreemdelingrechtelijke taken hebben. Dit geldt in het bijzonder voor stichting Nidos. Op het moment dat vreemdelingrechtelijke bevoegdheden en taken en jeugdrechtelijke bevoegdheden en taken botsen, kan dit tot spanningen leiden.

Deze spanningen komen met name naar voren bij AMV's. Een alleenstaande minderjarige neemt in het vertrekproces een centralere positie in, dan het geval is bij kinderen zonder bestendig verblijfsrecht die met hun ouders in Nederland zijn. In het geval van kinderen die met hun ouders in Nederland verblijven zijn het de ouders die primair invulling geven aan de vertrekplicht en bijvoorbeeld vertrekgesprekken voeren met de DT&V in dat kader. AMV's dienen dit – met behulp en ondersteuning van de voogd – zelf te doen. Het is waarschijnlijk dat een voogd c.q. jeugdbeschermer bij het bieden van deze ondersteuning aan de hand van de plichten en bevoegdheden van een voogd zoals neergelegd in het BW, een afweging maakt tussen de mogelijke schade die het kind kan ondervinden als gevolg van het verrichten van een bepaalde vertrekhandeling, en de vraag in hoeverre de vertrekhandeling zijn belang kan dienen (bijvoorbeeld doordat de vertrekhandeling bijdraagt aan het realiseren van een duurzame toekomstperspectief voor het kind). Het is ook mogelijk dat een voogd een bepaalde handeling – zoals het voeren van een vertrekgesprek of het benaderen van de ambassade van het land van herkomst – zodanig schadelijk acht dat er geen rechtvaardiging voor mogelijk is (dat wil zeggen dat ook als de handeling bijdraagt aan het realiseren van een toekomstperspectief dit niet zwaarder weegt dan het risico op ernstige ontwikkelingsschade als gevolg van de handeling). Aan dergelijke jeugdrechtelijke afwegingen en standpunten wordt in het vreemdelingenrecht echter geen relevantie toegekend. Van de voogd c.q. jeugdbeschermer wordt verwacht dat hij of zij zich volledig voegt naar vreemdelingrechtelijke uitgangspunten en normen bij het invulling geven aan de vertrekplicht van de minderjarige.

Een ander punt van spanning tussen de rechtsgebieden is dat GI's – anders dan ouders – gebonden aan privacyregels. Geregistreerde jeugdprofessionals zijn bovendien gebonden aan gedragscodes. De voogd kan daarom niet zonder toestemming van de minderjarige informatie delen met de IND of DT&V. In het vreemdelingenrecht wordt de voogd echter gelijkgesteld aan een ouder en dient

de voogd als juridisch verlengstuk van de AMV. In deze rol wordt van de voogd gevraagd dat alle beschikbare informatie vrijelijk gedeeld wordt.

Er zit daarnaast een spanning tussen de rol van de voogd als belangenbehartiger in vreemdelingrechtelijke procedures en de rol van de voogd bij de begeleiding van afgewezen AMV's met een asielachtergrond. In de hoedanigheid van 'vertegenwoordiger' is het de rol van de voogd om een zuivere beoordeling van het belang van het kind naar voren te brengen tijdens vreemdelingrechtelijke procedures, los van vreemdelingrechtelijke overwegingen. Het is vervolgens aan de IND om hieraan waarde te verbinden, en aan de vreemdelingenrechter om te toetsen of de IND dit voldoende heeft gedaan. In het geval van AMV's van wie het verzoek om een verblijfsvergunning is afgewezen, dient de voogd zowel in de jeugd(beschermings)rechtelijke hoedanigheid als in de context van de vreemdelingrechtelijke opvatting van de rol van de 'ouder', de vreemdelingrechtelijke beschikking als uitgangspunt te nemen bij de beoordeling van het belang van het kind. In de hoedanigheid van 'vertegenwoordiger' is het echter ook de taak van de voogd om te waarborgen dat de minderjarige aanspraak kan maken op de rechten zoals neergelegd in EU richtlijnen. In de praktijk is het lastig deze hoedanigheden van elkaar te scheiden.

Tot slot is er een spanningsveld met betrekking tot de kerntaken van de DT&V en de voogd. De voogd en de DT&V hebben beiden 'het bevorderen van het vrijwillig tijdig vertrek uit Nederland van de AMV die niet in aanmerking komt voor verblijf en daarmee het voorkomen van (langdurig) illegaal verblijf' tot kerntaak. De manieren waarop deze de DT&V en de voogd vrijwillig vertrek beogen te bevorderen, lopen echter sterk uiteen.

## Hoofdstuk 5: Conclusies eerste deelonderzoek

1. *Welke zijn de bevoegdheden en plichten van een (gezins)voogd:*
  - a. *bij het behartigen van de belangen van de pupil in een vreemdelingrechtelijke procedure?*
  - b. *als hij/zij van mening is dat de belangen van de pupil niet of onvoldoende worden behartigd bij een vreemdelingrechtelijke handeling of beslissing?*
  - c. *In welke situaties kan of moet een (gezins)voogd een eigen standpunt innemen over een vreemdelingrechtelijke handeling of beslissing ten aanzien van de pupil?*
  - d. *Kan een (gezins)voogd aan vreemdelingrechtelijke kaders worden gehouden en zo ja, in hoeverre is dit mogelijk?*

De (gezins)voogd kan zich – vanuit jeugdrechtelijk perspectief – over alle zaken aangaande het kind en zijn of haar belangen een oordeel vormen. Qua bevoegdheden verschilt stichting Nidos niet van andere (gezins)voogden. De relatie tussen de minderjarige en de (gezins)voogd wordt primair gereguleerd door het BW. In het geval van gezinsvoogdij zijn het in de regel de ouders die bevoegd zijn om beslissingen te nemen omtrent verblijf.<sup>2</sup> Als een minderjarige uit huis is geplaatst, bepaalt de gecertificeerde instelling – binnen de grenzen van de rechterlijke machtiging tot uithuisplaatsing (MUHP) – de verblijfplaats van de minderjarige.<sup>3</sup>

Op basis van art. 1:247 BW draagt de voogd zorg voor het welzijn en de veiligheid van het kind en bevordert de voogd de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind. In dat kader – en in de hoedanigheid van 'vertegenwoordiger' van het kind – kan de voogd in iedere fase van een vreemdelingrechtelijke procedure (rechtstreeks of via de advocaat) de belangen van het kind naar voren brengen als dit in het belang van het kind wordt geacht. Daarnaast kan tegen feitelijke uitzetting een bezwaarprocedure worden gestart en/of om een voorlopige voorziening worden

<sup>2</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van de bevoegdheden van de gezinsvoogd: ECLI:NL:HR:2021:748.

<sup>3</sup> ECLI:NL:HR:2021:748, r.o. 2.10.3.

verzocht, wanneer de voogd van mening is dat de belangen van de pupil niet of onvoldoende worden behartigd bij een vreemdelingrechtelijke handeling of beslissing.<sup>4</sup>

De voogd heeft discretionaire ruimte bij de beoordeling van het belang van het kind. In de Methode Voogdij uit 2015 wordt vermeld dat het BW niet in gaat op de vraag hoe de voogd de taken uit dient te voeren en "evenmin is de wet specifiek over wat de minderjarige nodig heeft." De voogd is dus niet zonder meer gehouden aan vreemdelingrechtelijke kaders. Dit betekent niet dat de vreemdelingrechtelijke kaders helemaal geen rol kunnen spelen. Zo dient een voogd de eventuele vreemdelingrechtelijke gevolgen voor het kind mee te laten wegen bij het nemen van beslissingen over het kind. Het is bijvoorbeeld – ook als de beoogde opvang op bepaalde punten tekort schiet – niet zonder meer in het belang van het kind om in Nederland te blijven als dit betekent dat het kind zonder geldige verblijfsstatus op straat komt te staan als het 18 jaar wordt. Ook kan de voogd bijvoorbeeld besluiten om mee te werken aan vrijwillige terugkeer om een gedwongen uitzetting te voorkomen. Het valt binnen de discretionaire ruimte van de voogd om in deze situaties te beoordelen wat het belang van het kind is.

2. *Welke zijn de bevoegdheden en plichten van een medewerker in de vreemdelingenketen:*
- a. *ten aanzien van de (gezins)voogdij over een minderjarige in een vreemdelingrechtelijke procedure?*
  - b. *Kan een medewerker in de vreemdelingenketen worden gehouden aan het juridisch kader dat ziet op de (gezins)voogdij en zo ja, in hoeverre is dit mogelijk?*
  - c. *In welke situaties kan of moet een medewerker in de vreemdelingenketen een eigen standpunt innemen over een handeling vanuit de (gezins)voogdij over een minderjarige in een vreemdelingenprocedure?*
  - d. *als hij/zij van mening is dat de (gezins)voogdij een vreemdelingrechtelijke handeling of beslissing belemmert?*

De rechtsfiguren 'gezinsvoogdij' en 'voogdij' – en de bevoegdheden voor de (gezins)voogd die voortvloeien uit de jeugd(beschermings)rechtelijke rechtsfiguren – hebben geen directe gevolgen voor de bevoegdheden van de IND en de DT&V. H3 heeft laten zien dat de reden dat de bevoegdheden van de IND en de DT&V anders zijn in de context van gezinsvoogdij, dan in de context van voogdij, gelegen is in de systematiek van het vreemdelingenrecht en de bewijswaarde die in het vreemdelingenrecht wordt toegekend aan deze rechtsfiguren. Dat het vreemdelingenrecht zich voegt naar het jeugd(beschermings)recht in de context van de OTS is niet het gevolg van een hiërarchische relatie tussen het jeugd(beschermings)recht en het vreemdelingenrecht. Wel heeft de bewijswaarde die in het vreemdelingenrecht wordt toegekend aan de OTS (en de daarmee samenhangende gezinsvoogdij) tot gevolg dat jeugd(beschermings)rechtelijke beschikking leidend wordt. Aan de gezinsvoogdij en voogdij kunnen geen rechten tot verblijf ontleend worden en de gezinsvoogdij en voogdij staan op zichzelf gezien niet in de weg aan uitzetting. Er vloeien dan ook geen specifieke bevoegdheden en plichten uit het juridisch kader van de (gezins)voogdij voort voor medewerkers in de vreemdelingenketen. Een medewerker in de vreemdelingenketen kan in zoverre worden gehouden aan het juridisch kader dat ziet op de (gezins)voogdij dat van medewerkers in de vreemdelingenketen verwacht kan worden dat ze de bevoegdheden van de voogd met betrekking tot het kind respecteren, net zoals dat met het ouderlijk gezag gebeurt.

<sup>4</sup> ECLI:NL:RVS:2013:BZ2788; ECLI:NL:RVS:2013:BZ5378.

De DT&V kan eigen standpunten in nemen over handelingen vanuit de gezinsvoogdij in de vorm van adviezen. Bij verblijfsaanvragen van minderjarigen of hun ouders (met ondersteuning van de (gezins)voogd) die mogelijk louter zijn ingediend om de uitvoering van een terugkeerbesluit te verijdelen, kan de DT&V advies uitbrengen aan de IND over de vraag of er sprake is van het frustreren van uitzetting.<sup>5</sup> De IND houdt in haar besluitvorming rekening met dit advies. Hier kunnen medewerkers van de vreemdelingenketen het dus laten meewegen in een vreemdelingrechtelijke beslissing als ze vinden dat de (gezins)voogdij een vreemdelingrechtelijke handeling of beslissing belemmert. Geschillen hieromtrent kunnen aan de vreemdelingenrechter worden voorgelegd.<sup>6</sup>

De DT&V brengt ook adviezen uit in het kader van buitenschuldaanvragen en aanvragen op basis van het OTS beleidskader. Volgens de huidige rechtspraak van de ABRvS kunnen handelingen door de voogd (of het nalaten daarvan) de minderjarige aangerekend worden bij de beoordeling van de vraag of er sprake is geweest van actieve inzet op het gebied van terugkeer. Ook in het kader van buitenschuldaanvragen kunnen medewerkers van de vreemdelingenketen dus een eigen standpunt innemen en het eventueel laten meewegen in een vreemdelingrechtelijke beslissing als ze vinden dat de (gezins)voogdij een vreemdelingrechtelijke handeling of beslissing belemmert. Adviezen binnen het OTS beleidskader dienen zich toe te spitsen op de vraag of de OTS overdraagbaar is en zien niet op het handelen van de ouders of de gezinsvoogd.

(Gezins)voogden kunnen in vele vreemdelingrechtelijke procedures een standpunt ten aanzien van het belang van het kind naar voren brengen. Standpunten van de IND of DT&V spelen echter geen rol in jeugd(beschermings)rechtelijke procedures. In dit kader is het goed om op te merken dat in het kader van voogdij überhaupt weinig juridische procedures worden gevoerd. De voogdijmaatregel hoeft – in tegenstelling tot de OTS – niet verlengd te worden. Het gebrek aan rechterlijke controle op de uitvoering van voogdijmaatregelen staat binnen het jeugdrecht ter discussie. Deze jeugdrechtelijke discussies zijn ook relevant voor voogdijmaatregelen die betrekking hebben op kinderen zonder bestendig verblijfsrecht. Veel van de mogelijkheden die de kinderrechter heeft in het kader van de OTS ontbreken bij voogdijmaatregelen. Bij de beoordeling van een verzoek tot verlenging van de OTS kan de kinderrechter bijvoorbeeld zelf doelen formuleren, waar in het kader van de maatregel aan gewerkt dient te worden.<sup>7</sup> De kinderrechter kan daarbij ook een termijn stellen.<sup>8</sup> Daarnaast kan een kinderrechter ook een oordeel vormen over de afwegingen die de gezinsvoogd heeft gemaakt. Daarnaast kan de kinderrechter de wijze waarop de gezinsvoogd zich inzet om de doelen te bereiken – bijvoorbeeld bij het werken aan terugplaatsing van het kind bij een ouder – kritisch volgen en zo nodig opdracht geven tot aanpassingen.<sup>9</sup> Omdat een voogdijmaatregel niet jaarlijks verlengd hoeft te worden, ontbreekt deze controle door de kinderrechter.

## Deel 2: Knelpunten uit de praktijk

In het tweede deel van het rapport staat de uitvoering in de praktijk centraal, waarbij spanningsvolle situaties in kaart zijn gebracht. Voor een aantal knelpunten (zowel uit het juridische onderzoek als uit de praktijk) wordt in dit deelonderzoek het juridisch kader nader uitgewerkt, waarbij gebruik is gemaakt van (fictieve) casussen. Knelpunten worden besproken aan de hand van twee thema's: *De uiteenlopende juridische posities van kinderen die wel, en kinderen die niet onder toezicht zijn gesteld* en *Duurzame oplossingen voor uitgeprocedeerde alleenstaande minderjarige*

---

<sup>5</sup> A3/7.5 Vc.

<sup>6</sup> ECLI:NL:RVS:2016:1378.

<sup>7</sup> ECLI:NL:GHARL:2020:10374.

<sup>8</sup> ECLI:NL:GHARL:2020:7174.

<sup>9</sup> ECLI:NL:RBROT:2018:5936.



*vreemdelingen: adequate opvang, buitenschuld en de rolverdeling tussen de betrokken actoren.* In bijlage 1 is een lijst met aanvullende knelpunten opgenomen. In dit gedeelte van het onderzoek wordt dieper ingegaan op de (mogelijk conflicterende) taakopvattingen van de verschillende betrokken actoren, interpretaties van de hiërarchische relatie en betekenis van relevante normen, en de wisselwerking tussen deze factoren in praktijksituaties. Het doel is om, voor zover mogelijk, helderheid te scheppen in het toepasselijke normenkader in deze knelpunten en daardoor handvatten te bieden voor de verschillende betrokken partijen bij het navigeren van het

*3. a. Welke opvatting hebben deze medewerkers over hun eigen taak, en de taak van de andere betrokken partijen?*

spanningsveld waarin zij opereren. Hieronder bespreken wij aan de hand van de onderzoeksvragen de belangrijkste bevindingen.

Binnen het OTS beleidskader is een streven naar rolvastheid tot uiting gebracht. Raadsrapporten die opgesteld worden in jeugd(beschermings)rechtelijke procedures vormen het uitgangspunt van de vreemdelingrechtelijke beoordeling. Het is vervolgens aan de IND om daaraan waarde toe te kennen in de besluitvorming. Ook de Richtlijn deskundigenadviezen die door het SKIV is opgesteld ten behoeve van dergelijke rapporten, beoogt rolvastheid te bevorderen. Uit de interviews blijkt eveneens dat de verschillende actoren streven naar rolvastheid. Toch kan dit niet alle spanningen wegnemen. Soms staat de ontwikkeling van kinderen wegens het ontbreken van bestendig verblijf zodanig onder druk, dat de kerntaak van jeugdbeschermingsmedewerkers – namelijk het beschermen van kinderen – niet los kan worden gezien van de verblijfsstatus van de betreffende kinderen.

Bij alleenstaande minderjarige vreemdelingen met een asielachtergrond hebben de betrokken actoren verschillende taken in het kader van terugkeer en het buitenschuldbeleid. Hierbij doen zich spanningen en tegenstrijdigheden voor die de samenwerking van actoren belemmeren. Daarbij valt op dat stichting Nidos de meeste rollen heeft en krijgt toebedeeld (zie voor een overzicht de tabel in paragraaf 7.4). Een deel van deze rollen lijkt zelfs ronduit tegenstrijdig, zoals die rol van onafhankelijke hulpverlener en de rol van ketenpartner. De door de verschillende actoren gehanteerde rolopvattingen hangen nauw samen met de spanningen die zij in de praktijk

*3. b. Welke betekenissen kennen de betrokken partijen toe aan centrale begrippen uit het vreemdelingenrecht en het jeugd(beschermings)recht zoals "adequate opvang" of "ernstige ontwikkelingsbedreiging"?*

ervaren.

Uit hoofdstuk 6 en 7 is besproken hoe het vreemdelingenrecht en het jeugd(beschermings)recht verschillende invullingen geven aan de centrale concepten “adequate opvang” en “ernstige ontwikkelingsbedreiging”. Hierbij geldt dat deze concepten in het vreemdelingenrecht beperkter en algemener worden uitgelegd dan in het jeugd(beschermings)recht, waar meer naar het belang van het individuele kind wordt gekeken. Een deel van de spanningen tussen de betrokken organisaties kunnen worden begrepen in het licht van deze verschillen van inzicht.

Een selectie van de gevonden spanningen en knelpunten wordt besproken in hoofdstuk 6 en 7. De overige gevonden knelpunten en spanningen zijn opgenomen in bijlage 1.

### **Hoofdstuk 6: De uiteenlopende juridische posities van kinderen die wel, en kinderen die**

4. *Welke spanningen en knelpunten ervaren de professioneel betrokkenen:*
- a. *Welke onderdelen of aspecten van (de combinatie van) de (gezins) voogdij en het vreemdelingenrecht worden door medewerkers van voogdijinstellingen en in de vreemdelingenketen ervaren als conflicterend en/of spanningsvol?*
  - b. *Welke (potentiële) spanningen of conflicten zien andere professioneel betrokkenen, zoals advocaten, rechters en de Raad voor de Kinderbescherming?*
  - c. *Welke praktijksituaties ervaren medewerkers van voogdijinstellingen en in de vreemdelingenketen als conflicterend en/of spanningsvol en waarom? Welke factoren zijn hierop van invloed?*

#### **niet onder toezicht zijn gesteld**

Een ondertoezichtstelling is van grote invloed op de vreemdelingrechtelijke positie van kinderen. Indien een minderjarige zonder (bestendig) verblijfsrecht door een Nederlandse kinderrechter onder toezicht wordt gesteld, kan er een grond voor verblijf ontstaan. In gezinnen zonder rechtmatig verblijf waarin er géén sprake is van een OTS, is er in beginsel geen grond is voor verblijf, omdat er in het vreemdelingenrecht vanuit wordt gegaan dat er op dat moment geen sprake is van een ernstige ontwikkelingsbedreiging en gedwongen hulpverlening. Kinderen kunnen in dat geval – volgens de staatssecretaris – in gezinsverband terugkeren.

Uit het ontwerp van het OTS beleidskader en de interviews blijkt dat – als gevolg van deze vaststelling – de uitgangspunten van het beleid verschuiven; van vreemdelingrechtelijke uitgangspunten, naar jeugdrechtelijke uitgangspunten. De nadruk die wordt gelegd op de aanwezigheid van een rechterlijke uitspraak om de ontwikkelingsbedreiging van kinderen vast te stellen, is gerelateerd aan de systematiek van het vreemdelingenrecht. In het vreemdelingenrecht wordt sterk gehecht aan objectief bewijs. De vaststelling door de kinderrechter voldoet vanuit het perspectief van het vreemdelingenrecht aan deze objectiveringsstandaard.

Het is echter de vraag of de OTS als jeugdrechtelijke rechtsfiguur de meest geschikte basis is voor deze vreemdelingrechtelijke toetsing of ouders kunnen zorgdragen voor hun kinderen. Ten eerste is een van de aannames onder deze vreemdelingrechtelijke erkenning van de OTS dat door middel van een OTS kan worden vastgesteld dat het de ouders zijn die de ontwikkeling van het kind bedreigen. Dit komt ook uit de interviews naar voren. Deze aanname is vanuit jeugdrechtelijk perspectief echter niet zonder meer waar. De ontwikkelingsbedreiging kan bijvoorbeeld ook in kindgebonden factoren liggen, waardoor de opvoeding van dit kind zo veel vraagt dat het de draagkracht van de ouders te boven gaat. Bovendien is het al dan niet accepteren van hulp een criterium voor een OTS.<sup>10</sup> Dit betekent dat minderjarigen met ouders die voldoende meewerken

<sup>10</sup> Dit criterium is echter secundair en betekent niet dat een OTS alleen wordt opgelegd als ouders geen hulp accepteren.

aan hulp in het vrijwillig kader in beginsel geen OTS krijgen en dus kunnen worden teruggestuurd naar het land van herkomst terwijl kinderen met ouders die niet goed (kunnen) meewerken wel een OTS en dus een verblijfsvergunning krijgen.

Ook is er binnen het jeugdrecht sprake van veel discretionaire ruimte zowel met betrekking tot het verzoeken als het uitspreken van een OTS. Anders dan in het vreemdelingenrecht is het jeugd(beschermings)recht veel meer gericht op maatwerk dan op rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Het is in het jeugd(beschermings)recht niet vanzelfsprekend dat gezinnen met vergelijkbare problematiek altijd exact dezelfde jeugdrechtelijke maatregel krijgen opgelegd. De maatregel kan afhangen van allerlei factoren, zoals de beschikbaarheid van hulpverlening, eventuele bureaucratische drempels of de individuele inschatting van de betrokken professional. Door deze keuze voor de OTS als basis voor een vreemdelingrechtelijke beslissing kunnen dus verschillen ontstaan tussen gezinnen met en zonder OTS zonder dat er een verschil is in de ontwikkelingsbedreiging van de kinderen die dit onderscheid kan rechtvaardigen. Verschillende respondenten ervoeren dit onderscheid als arbitrair en ongewenst. Daarnaast worden GI's en de RvdK voor een dilemma geplaatst. Aan de ene kant willen zij het mogelijk realiseren van een verblijfsstatus niet laten meewegen bij het al dan niet aanvragen van een OTS, maar aan de andere kant is het ontbreken van een verblijfsstatus vaak van directe invloed op de ontwikkelingsbedreigingen van de betrokken minderjarigen.

Ten tweede wordt een OTS over het algemeen alleen uitgesproken als een ouder met gezag in Nederland verblijft.<sup>11</sup> Alleenstaande minderjarige vreemdelingen (AMV's) kunnen nooit onder toezicht worden gesteld, zelfs niet in geval van een ontwikkelingsbedreiging. AMV's staan namelijk al onder voogdij van een GI. Dit betekent dat minderjarige AMV's met zeer ernstige problematiek nooit in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning op basis van een ontwikkelingsbedreiging, terwijl zij zonder ouders zo mogelijk nog kwetsbaarder zijn dan kinderen die met hun ouders in Nederland zijn. Dit heeft als gevolg dat voor kinderen in vergelijkbaar schrijnende situaties verschillende oplossingsmogelijkheden bestaan. Voor kinderen bij wie de ouders in beeld zijn kan via het OTS beleidskader indien noodzakelijk een duurzame oplossing in Nederland worden gevonden terwijl dit voor kinderen bij wie de ouders verdwenen of in het buitenland zijn niet mogelijk is. Dit treft met name de (relatief kleine) groep van AMV's zonder asielachtergrond die onder voogdij staan bij de reguliere GI's. Het afschaffen van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid om in schrijnende situaties verblijf te verlenen, heeft voor deze groep kinderen grote gevolgen gehad. Ook door medewerkers van de IND, de GI's en de RvdK wordt het gebrek aan vreemdelingrechtelijke oplossingsmogelijkheden voor schrijnende situaties binnen deze specifieke groep kinderen als een belangrijk knelpunt ervaren.

Dat AMV's met een asielachtergrond niet onder het OTS beleidskader vallen, wordt door veel respondenten als relatief minder problematisch gezien. Deze groep wordt als wezenlijk anders ervaren dan de groep van AMV's zonder asielachtergrond. Overwegingen vanuit het migratiebeleid - zoals vrees voor een mogelijke aanzuigende werking en de grotere omvang van de groep - spelen hierbij mogelijk een rol. Ook in deze groep is er echter sprake van jongeren die met zeer ernstige ontwikkelingsbedreigingen kampen.

---

11 Er zijn uitzonderingen mogelijk indien ouders in staat worden geacht het gezag op afstand uit te oefenen, zoals bijvoorbeeld in de casus rond de Armeense kinderen.

## **Hoofdstuk 7: Duurzame oplossingen voor uitgeprocedeerde alleenstaande minderjarige vreemdelingen: adequate opvang, buitenschuld en de rolverdeling tussen de betrokken actoren**

Dit tweede thema richt zich specifiek op uitgeprocedeerde alleenstaande minderjarige vreemdelingen. Deze AMV's met een asielachtergrond staan over het algemeen onder voogdij van stichting Nidos. Hoewel AMV's zonder asielachtergrond onder hetzelfde vreemdelingrechtelijk en jeugdrechtelijk kader vallen, worden deze twee groepen in de praktijk veelal als aparte groepen gezien en begeleid. Veel AMV's van wie het asielverzoek wordt afgewezen, verdwijnen na hun 18<sup>e</sup> verjaardag in de illegaliteit. Dat zoveel jongvolwassenen in de illegaliteit terecht komen, betekent dat het in de praktijk niet is gelukt om een duurzaam toekomstperspectief te realiseren in de vorm van een verblijfsrecht in Nederland, verblijf in een adequaat geachte opvanginstelling of bij een familielid in het buitenland.

Bij het zoeken naar duurzame oplossingen voor AMV's die zijn uitgeprocedeed, treedt een aantal knelpunten op. In de eerste plaats bestaan er verschillen tussen vreemdelingrechtelijke en jeugdrechtelijke opvattingen over adequate opvang in het land van herkomst of elders buiten Nederland. Deze verschillen kunnen naar voren komen tijdens het begeleiden van minderjarigen tijdens een vertrekproces en zorgen daarbij voor spanningen tussen de verschillende betrokken organisaties. Dit verschil tussen vreemdelingrechtelijke en jeugdrechtelijke opvattingen over adequate opvang speelt ook een belangrijke rol in vreemdelingrechtelijke procedures over de zogenoemde buitenschuldvergunning.

Stichting Nidos en de DT&V hebben ieder een eigen taak bij de terugkeer die door verschillende rechtsgebieden wordt gereguleerd. De begeleiding van AMV's door stichting Nidos bij vrijwillig vertrek wordt in principe gereguleerd door het jeugdrecht, met inachtneming van het vreemdelingenrecht. Bij het begeleiden van uitgeprocedeerde AMV's ontstaan door deze situatie knelpunten bij het beoordelen van adequate opvang. Door deze verschillende beoordelingen ontstaat een botsing tussen jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht bij het buitenschuldbeleid. Er wordt in dit buitenschuldbeleid voorbij gegaan aan de omstandigheid dat een kind juridisch gezien niet zonder toestemming van de voogd kan vertrekken en dat een voogd geen toestemming kan verlenen voor vrijwillig vertrek zolang de voogd dit niet in het belang van het kind acht. Verschillende rollen van stichting Nidos lopen in deze situatie door elkaar. Dit voedt het beeld dat stichting Nidos te zeer gericht is op verblijf in Nederland. Door deze tegenstrijdige rollen en de grote complexiteit van de praktijk van vrijwillige terugkeer en het buitenschuldbeleid verkeert stichting Nidos in een ingewikkelde positie. Deze positie zorgt voor spanningen tussen met name stichting Nidos en de DT&V. Deze spanningen zijn terug te voeren op de botsing tussen het vreemdelingenrecht en het jeugd(beschermings)recht.

Een ander punt van spanning tussen beide rechtsgebieden dat uit het onderzoek naar voren is gekomen, is het handelen van de voogd, of het instemmen met bepaalde handelingen door de voogd, in vreemdelingrechtelijke procedures. De gecertificeerde instelling (stichting Nidos of een andere GI) heeft ook hier veel discretie bij het beoordelen van het belang van het kind. De voogd moet vanuit de eigen expertise een inschatting maken of het geven van deze toestemming in het belang van de minderjarige is. Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt echter ook dat gedragingen van de voogd als "frustreren" of "niet meewerken" kunnen worden aangemerkt. Dergelijke gedragingen kunnen ook verblijfsrechtelijke consequenties kan hebben voor de minderjarige omdat ouders en jeugdigen in het vreemdelingenrecht met elkaar vereenzelvigd worden.<sup>12</sup> Dit plaatst voogden in een ingewikkelde positie. Het is de taak van de voogd om vanuit zijn of haar expertise als jeugdbeschermer beslissingen te nemen over het belang van het kind en

---

<sup>12</sup> ABRvS 17 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3150, para. 2.5.

diens ontwikkeling te bevorderen. Tegelijkertijd kunnen deze beslissingen in mogelijke toekomstige vreemdelingrechtelijke procedures gevolgen hebben voor een minderjarige, omdat de voogd in de vreemdelingrechtelijke jurisprudentie wordt gezien als handelend *namens* het kind. Hierbij is het niet van belang of de minderjarige heeft ingestemd met de beslissingen van de voogd of hier zelfs maar van op de hoogte is geweest. Het is bovendien de vraag in hoeverre mogelijke toekomstige verblijfsrechtelijke consequenties van deze beslissingen voor voogden goed zijn te overzien en in hoeverre deze consequenties meewegen in de inschatting van de voogd. Het ligt voor de hand dat er bij reguliere GI's minder vreemdelingrechtelijke expertise is dan bij stichting Nidos.

Een vergelijkbare spanning kan ook optreden bij het delen van informatie, bijvoorbeeld over de aanwezigheid van familieleden van de minderjarige in het land van herkomst of elders in Europa. Dit laatste knelpunt staat in verband met de rolverdeling tussen deze actoren en de verschillende – soms tegenstrijdige – jeugdrechtelijke en vreemdelingrechtelijke taken die met name stichting Nidos in zich verenigt. Jeugd(beschermings)recht, privacyregelgeving en vreemdelingenrecht botsen hierbij, met name op het gebied van het delen van informatie die mogelijk relevant is voor terugkeer. Dergelijke informatie kan gevolgen hebben in een vreemdelingrechtelijke procedure, en de IND en DT&V verwachten van stichting Nidos dat dergelijke informatie met hen wordt gedeeld. Een GI kan echter alleen met toestemming van de cliënt informatie over de cliënt aan anderen verstrekken, tenzij bij wet anders is bepaald.<sup>13</sup> GI's hebben bovendien ook hier discretie: zelfs met toestemming hoeven zij informatie niet te delen als zij dit niet in het belang van het kind achten. Tegelijkertijd kan het (niet) delen van informatie over de minderjarige gevolgen hebben voor een vreemdelingrechtelijke procedure. Deze spanningen tussen vreemdelingenrecht en (jeugd)beschermingsrecht en onduidelijkheden over de bevoegdheden van de verschillende actoren – met name over de jeugdrechtelijke bevoegdheden van stichting Nidos en andere gecertificeerde instellingen – liggen ten grondslag aan spanningen die ook in de uitvoeringspraktijk worden ervaren.

## Oplossingsrichtingen

5. *Wat zijn mogelijke oplossingsrichtingen:*
- a. *Hoe werden de spanningen, conflicten of situaties tot op heden in het algemeen afgehandeld, welk recht prevaleerde daarbij en hoe is de manier van afhandeling door de betrokken partijen ervaren?*
  - b. *Voor welke spanningen, conflicten of situaties blijkt wel/niet uit de wet- en regelgeving welk recht moet prevaleren?*
    - i. *indien wel: welk recht moet bij die spanningen, conflicten of situaties prevaleren?*
    - ii. *indien niet: hoe kunnen de spanningen, conflicten of situaties op een andere manier worden opgelost en wat is hiervoor nodig?*

De rechtsgebieden vreemdelingenrecht en jeugd(beschermings)recht bestaan naast elkaar en zijn met elkaar verwant. Er is sprake van een sterke wisselwerking tussen (internationaal en nationaal) jeugd(beschermings)recht en internationaal kinderrecht. De normen uit het internationaal kinderrecht vinden steeds meer hun weg naar het EU-recht en uitspraken van het EHRM, die ook het nationale vreemdelingenrecht reguleren. Deze normen uit het kinderrecht doorbreken de systematiek van het Nederlandse vreemdelingenrecht. Dit zorgt voor knelpunten en spanningen binnen het vreemdelingenrecht. Restrictieve interpretatie van deze hogere normen in het vreemdelingenrecht zorgt daarnaast voor frictie tussen het vreemdelingenrecht en het

<sup>13</sup> Artikel 17 van het Privacyreglement GI.

jeugd(beschermings)recht, waar voor de laatste geldt dat internationale verdragen zoals het Kinderrechtenverdrag vaak ruimer worden geïnterpreteerd.

Het belang van het kind is ook middels jeugdrechtelijke rechtsfiguren in het vreemdelingenrecht verdisconteerd. Zo voegt het vreemdelingenrecht bij kwesties rondom het gezag over kinderen zich veelal naar de jeugdrechtelijke/familierechtelijke betekenis van dit rechtsfiguur. De OTS fungeert in het vreemdelingenrecht als een middel om vast te stellen of ouders met behulp van instanties de zorg voor hun kinderen kunnen dragen. Bij (tijdelijke) voogdij - in het geval van AMV's-voegt het vreemdelingenrecht zich echter niet naar een jeugdrechtelijke benadering. Waar in het verleden voor schrijnende situaties bij kinderen zonder asielaachtergrond vaak een oplossing werd gevonden in het vreemdelingenrecht via de discretionaire bevoegdheid, waarbij voogdijinstellingen samenwerkten met de IND, is dit nu in veel gevallen niet meer mogelijk. Dit levert spanningen op. Voor deze spanningen opbreekt binnen het huidige vreemdelingrechtelijk en jeugd(beschermings)rechtelijk wettelijk- en beleidskader een oplossing.

Het jeugd(beschermings)recht voegt zich evenmin naar het vreemdelingenrecht als het gaat om informatiedeling, aangezien vreemdelingrechtelijke actoren geen uitzonderingspositie krijgen toebedeeld in het jeugdrechtelijke of (algemene) privacyregels. Dit botst met het buitenschuldbeleid omdat dit beleid uitgaat van de aanname dat de 'ouder' in staat is alle beschikbare informatie te delen.

De vreemdelingrechtelijke en jeugdrechtelijke taken en bevoegdheden van de betrokken actoren in het kader van het vrijwillige terugkeerproces bestaan naast elkaar en staan niet in een hiërarchische relatie tot elkaar. Vrijwillig vertrek wordt primair gereguleerd door het jeugd(beschermings)recht met in acht neming van de vreemdelingrechtelijke beschikking en de eventuele vertrekplicht van de minderjarige. Uitzetting wordt primair gereguleerd door het vreemdelingenrecht. De jeugd(beschermings)rechtelijke rechtsfiguur staat niet aan uitzetting in de weg. De voogd heeft daarbij de bevoegdheid en plicht om een eigen beoordeling – los van vreemdelingrechtelijke opvattingen omtrent het belang van het kind - te maken van het belang van het kind. De juridische positie van stichting Nidos als aangewezen rechtspersoon – en de subsidie die stichting Nidos in dat kader ontvangt – staan hieraan niet in de weg.

De manier waarop in de huidige praktijk invulling wordt gegeven aan de bevoegdheden van medewerkers in de vreemdelingenketen en voogdijinstellingen bij vrijwillige terugkeer en het buitenschuldbeleid leidt bij alle betrokken partijen tot onvrede. De spanningen en conflicten die hieruit voortkomen, onder meer op het gebied van adequate opvang en het delen van informatie worden op dit moment niet opgelost. Er is lijkt sprake te zijn van een impasse.

Uit het onderzoek is een aantal oplossingsrichtingen naar voren gekomen. Hieronder worden de belangrijkste oplossingsrichtingen kort samengevat.

1. Het vreemdelingenrecht is voortdurend in ontwikkeling. Dit heeft te maken met de invloed van EU-recht maar vooral ook met de politieke krachten waaraan het rechtsgebied onderhevig is. De omstandigheid dat de bevoegdheid om verblijf te verlenen op basis van de belangen van kinderen primair discretionair (i.e. begunstigend) van aard is, en niet is neergelegd in wet- en regelgeving, maakt dat verblijfsgronden voor kinderen eenvoudig en snel gewijzigd kunnen worden. Dergelijke ontwikkelingen maken het lastig voor jeugdrechtelijke actoren zoals jeugdbeschermers en kinderrechtters om het vreemdelingenrecht te kennen en te kunnen anticiperen op een vreemdelingrechtelijke beslissing. Door kindspecifieke verblijfsgronden – zoals het OTS beleidskader – neer te leggen in wet- en regelgeving kunnen de rechten van kinderen beter gewaarborgd worden. Op deze manier kunnen actoren in het jeugd(beschermings)recht in staat worden gesteld

- om het belang van het kind te waarborgen met de vreemdelingrechtelijke kaders als uitgangspunt.
2. De beperkte ruimte in vreemdelingrechtelijke wet- en regelgeving sinds het afschaffen van het kinderpardon en van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris om in schrijnende zaken verblijf te verlenen hebben tot gevolg dat het moeilijker is geworden om in schrijnende situaties op basis van het belang van het kind oplossingen te vinden. Dit leidt tot spanningen en knelpunten in de uitvoeringspraktijk. Dergelijke spanning zou kunnen worden geadresseerd door meer ruimte te creëren in vreemdelingrechtelijke wet- en regelgeving om een belang van het kind-beoordeling te maken en – zo nodig – op basis van het belang van het kind verblijfsvergunningen toe te kunnen kennen. Dit vergt een wijziging van de in het vreemdelingenrecht gehanteerde systematiek, waarbij – in navolging van jeugdrecht – ouderlijke rechten en plichten niet alleen als middel worden gezien om het groepsbelang maar ook om het individuele belang van het kind te bevorderen. Hierbij kunnen verschillende vormen worden overwogen. Zo zou bijvoorbeeld het belang van het kind in de Vw kunnen worden verankerd of een kindspecifieke procedure (asiel/regulier) kunnen worden opgezet. Een dergelijke grond of procedure zou een integrale beoordeling en weging van het belang van het kind mogelijk maken. Ook een herinvoering van de discretionaire bevoegdheid zou een deel van de door afschaffing ontstane knelpunten kunnen opheffen.
  3. Daarbij is het noodzakelijk om te onderzoeken hoe het belang van het kind principe neergelegd kan worden in het vreemdelingenrecht en wat de gevolgen daarvan zijn. Het is in deze context essentieel om te onderzoeken hoe ‘de ernstige ontwikkelingsbedreiging’ – in andere woorden, de ontwikkelingsbelangen van kinderen – ook in dit rechtsgebied vorm kunnen krijgen. Hierbij kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het verankeren van het belang van het kind waarin wordt gesproken over ‘ernstige bedreiging van de belangen van een minderjarige’ of bij de Richtlijn deskundigenadviezen voor de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK), de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) en de Dienst Terugkeer & Vertrek (DT&V) waarin wordt gesproken over ‘een al te groot risico op blijvende ontwikkelingsschade’. De ontwikkeling van een begrippenkader met een bijbehorende methode voor vaststelling – met betrekking tot de ontwikkelingsbelangen van kinderen – is van essentieel belang om materiele betekenis te kunnen geven aan het belang van het kind beginsel in het vreemdelingenrecht. De ontwikkeling van een begrippenkader met een bijbehorende methode voor vaststelling is noodzakelijk om een balans te kunnen vinden tussen de flexibiliteit van het belang van het kind beginsel – wat maakt dat het een geschikt middel is om in te spelen op de individuele behoeften van het kind – en het belang van rechtsgelijkheid.
  4. Op kortere termijn zou het OTS-beleidskader kunnen worden uitgebreid zodat ook voor minderjarigen die onder voogdij staan van een gecertificeerde instelling zo nodig naar duurzame oplossingen in Nederland kan worden gezocht. Ten minste die casuïstiek die ziet op minderjarigen die te maken krijgen met een gesloten plaatsing – wat alleen mogelijk is met een door een kinderrechter afgegeven machtiging – zouden, op soortgelijke wijze als minderjarigen met een OTS, door het SKIV moeten kunnen worden besproken zodat in onderling overleg met de voogd kan worden gezocht naar een duurzame oplossing.
  5. Specifiek voor situaties waarin sprake is van (mogelijke) terugkeer zou meer onderzoek door de IND en DT&V kunnen worden gedaan naar de situatie waar een kind bij vrijwillig vertrek of uitzetting in terecht zou komen. Daarbij zijn verschillende vormen mogelijk, bijvoorbeeld een individueel ambtsbericht. Ook een versterking van de capaciteit van, en samenwerking met de Centrale Autoriteit zou hieraan bij kunnen dragen. Hier kan worden geleerd van de onderzoekservaring die de DT&V heeft opgedaan in het kader van het

onderzoek naar de overdracht van een OTS. Bij dergelijk onderzoek dient wel de veiligheid en privacy van het kind en zijn of haar familie gewaarborgd te worden.

6. Bij vreemdelingrechtelijke instanties bestaan twijfels over de manier waarop stichting Nidos invulling geeft aan haar taak, bijvoorbeeld in het kader van terugkeer, en of deze invulling in het belang van het kind kan worden geacht. Tegelijkertijd is het van belang om de onafhankelijke positie van stichting Nidos als gecertificeerde instelling te respecteren, te verduidelijken en waar mogelijk te versterken. Het beperken van de bevoegdheden van stichting Nidos via het vreemdelingenrecht of – bijvoorbeeld – via de subsidiebeschikking is daarom minder wenselijk. Onderzocht zou kunnen worden of het mogelijk is om in het jeugdrechtelijk kader meer toetsing van en controle op de terugkeerbegeleiding door stichting Nidos te realiseren. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een jaarlijkse toets door de kinderrechter, vergelijkbaar met kinderen die uit huis zijn geplaatst. De kinderrechter is bij uitstek de bevoegde instantie om een oordeel te vormen over de taakuitoefening van de voogd en de vraag of daarbij de belangen van de kinderen voldoende behartigd worden.
7. Op dit moment heerst onduidelijkheid over de vraag welke family tracing en onderzoeksmogelijkheden de IND en DT&V hebben naar de omstandigheden in het land van herkomst, en in welke omstandigheden van deze mogelijkheden (in het belang van het kind) gebruik wordt gemaakt. Er is behoefte aan meer transparantie op dit punt. Er is nader onderzoek nodig naar de vraag of de overheid haar verplichting tot family tracing op basis van artikel 24 lid 3 van de Opvangrichtlijn nakomt. In de aankomende beleidsreactie op het arrest T.Q. kan de staatssecretaris duidelijkheid verschaffen over de vraag op welke wijze invulling wordt gegeven aan de onderzoeksverplichting naar adequate opvang in het land van herkomst die voortvloeit uit artikel 10 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn en artikel 24 Handvest.