

Aan het ministerie van Justitie en Veiligheid

Betreft: Reactie Defence for Children Nederland t.b.v. internetconsultatie Wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 - Artikel I, onderdeel K [Bewaring niet-begeleide minderjarigen]

Leiden, 16 maart 2023

Defence for Children¹ heeft kennis genomen van de wijziging Vreemdelingenbesluit (VB) 2000 bewaring niet-begeleide minderjarigen. Defence for Children maakt graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de internetconsultatie hierop een reactie te geven.

We verwelkomen allereerst het feit dat de term ‘alleenstaande minderjarige vreemdelingen’ is losgelaten en is vervangen door de term ‘niet-begeleide minderjarigen’. In deze reactie maakt Defence for Children zich primair zorgen over bewaring van minderjarigen op migratierechtelijke gronden in het algemeen. Dat is namelijk per definitie niet in het belang van het kind. Hoewel dit uitgangspunt voorop staat ziet Defence for Children aanleiding een aantal kritische kanttekeningen te plaatsen bij de wijziging Vreemdelingenbesluit (VB) op grond waarvan de mogelijkheid van vreemdelingenbewaring van minderjarigen nog steeds bestaat. Die kanttekeningen zien er met name op dat een aantal punten nog onduidelijk en onvolledig is. Defence for Children maakt zich met name zorgen over de waarborgen ten aanzien van alle niet-begeleide minderjarigen in vreemdelingendetentie, ongeacht hun verblijfsrechtelijke status. Ook stelt Defence for Children vast dat een specifieke Child Rights Impact Assessment (CRIA)² voor niet-begeleide minderjarigen voorafgaand aan de oplegging van vreemdelingenbewaring ontbreekt. Dat is in strijd met artikel 3 van het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK).

1. Bewaring

Defence for Children stelt zich primair op het standpunt dat kinderen nooit mogen worden opgesloten op basis van hun migratiestatus, omwille van het hogere belang van het kind en hun specifieke kwetsbaarheid. Het is daarnaast belangrijk te realiseren dat het verblijven in detentie, een

¹ Defence for Children is een internationale kinderrechtenorganisatie die opkomt voor de rechten van kinderen. Daadwerkelijke versterking van kinderrechten kan alleen worden gerealiseerd als de rechten van kinderen duidelijk zijn vastgelegd in wet- en regelgeving en er continu toezicht plaatsvindt op de naleving ervan. Defence for Children gebruikt het VN-Kinderrechtenverdrag (hierna: IVRK) en alle daaruit voortvloeiende jurisprudentie en andere internationale verdragen als uitgangspunt om kinderrechten geïmplementeerd te krijgen en naleving te monitoren.

² <https://enoc.eu/what-we-do/annual-advocacy-areas/child-rights-impact-assessment/>; een kinderrechtentoets (Child Rights Impact Assessment (CRIA) is een toets waarmee wordt onderzocht welke impact beleid, wet- of regelgeving zal hebben op de verwezenlijking van kinderrechten.

omstandigheid is die *an sich* traumatiserend werkt en schadelijk is voor de fysieke en mentale gezondheid van kinderen, zoals blijkt uit de 'UN Global Study on Children Deprived of Liberty'³. Het is daarom cruciaal alternatieven voor vrijheidsbeneming te ontwikkelen die aansluiten bij de specifieke omstandigheden van niet-begeleide minderjarigen.

In 2014 publiceerde de Coalitie Geen Kind in de Cel⁴, waar Defence for Children deel van uitmaakt, 'Papa, hebben we iets ergs gedaan?'⁵ en riep de overheid op om vreemdelingendetentie van kinderen te verbieden in Nederland. Ook Safe the Children constateert in een recent rapport dat "niet-begeleide minderjarigen in beginsel niet mogen worden gedetineerd"⁶.

In 2022 concludeerde het VN-Kinderrechtencomité opnieuw dat de detentie van kinderen omwille van hun migratiestatus altijd een schending van de rechten van het kind inhoudt en nooit in het belang van het kind kan zijn.⁷ Dit zet het Comité uiteen in *Joint General Comment* nr. 23 uit 2017:

"Every child, at all times, has the fundamental right to liberty and freedom from immigration detention. The Committee on the Rights of the Child has asserted that the detention of any child because of their [...] migration status constitutes a child rights violation and contravenes the principle of the best interests of the child. In this light, both Committees have repeatedly affirmed that children should never be detained for reasons related to their [...] migration status and States should expeditiously and completely cease or eradicate the immigration detention of children. Any kind of child immigration detention should be forbidden by law and such a prohibition should be fully implemented in practice."⁸

Hieruit volgt dat artikel 37b IVRK, dat stelt dat een kind kan opgesloten worden als laatste maatregel en voor de kortst mogelijke periode niet van toepassing is in immigratierechtelijke context. *Joint General Comment* nr. 4 zegt hierover:

"Article 37 (b) of the Convention of the Rights of the Child establishes the general principle that a child may be deprived of liberty only as a last resort and for the shortest appropriate period of time. However, offences concerning irregular entry or stay cannot under any circumstances have consequences similar to those derived from the commission of a crime. Therefore, the possibility of detaining children as a measure of last resort, which may apply in other contexts such as juvenile criminal justice, is not applicable in immigration proceedings as it would conflict with the principle of the best interests of the child and the right to development."⁹

³ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/united-nations-global-study-children-deprived-liberty>

⁴ Amnesty International, Defence for Children, Stichting INLIA, Kerk in Actie, Stichting Kinderpostzegels Nederland, Stichting LOS, UNICEF Nederland en VluchtelingenWerk Nederland

⁵ <https://www.defenceforchildren.nl/media/3622/2873.pdf>

⁶ Save the Children Europe, *safe for some: Europe's selective welcome to children on the move*, 2023, p. 10

⁷ VN-Kinderrechtencomité, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Kingdom of the Netherlands*, 9 maart 2022, § 37(d)

⁸ Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §5

⁹ Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §10

Vreemdelingendetentie is een bestuursrechtelijke vorm van vrijheidsbeneming. Het gaat dus niet om straf of vergelding en het is daarom niet in lijn het IVRK en de bovengenoemde *general comments*.

2. Kinderrechtelijke waarborgen

Niet-begeleide minderjarigen zijn dubbel kwetsbaar, zowel door hun leeftijd en situatie als onbegeleid kind, als door hun verblijfsstatus. Het Europese recht heeft daarom extra waarborgen gecodificeerd, om deze extreem kwetsbare groep te beschermen.

Defence for Children verwelkomt het feit dat de wetgever in artikel 5.8 VB meer oog heeft voor specifieke waarborgen voor niet-begeleide minderjarigen in vreemdelingendetentie, ter verduidelijking van de implementatie van artikel 11 lid 3 EU-Procedure richtlijn.

In artikel 5.8 VB staat bijvoorbeeld dat niet-begeleide minderjarigen zoveel mogelijk worden ondergebracht in instellingen met personeel en faciliteiten die op hun noden zijn afgestemd, en afgescheiden van volwassenen worden gehuisvest. Dit zijn belangrijke rechtswaarborgen voor kwetsbare kinderen. We lezen echter niet terug wat er wordt verstaan onder personeel en of het personeel pedagogisch geschoold is en ervaring heeft met kinderen met trauma's en een vluchtachtergrond. Daarnaast vragen we ons af of de voogd/ COA mentor betrokken zijn. Tot slot vragen we ons af wat er wordt verstaan onder noden en of er bij noden rekening wordt gehouden met leeftijd, geslacht, ontwikkelingsniveau, zorgbehoeften, kwetsbaarheden, perspectief en onderwijsbehoeften.

Artikel 5.8 VB vermeldt dat niet-begeleide minderjarigen verblijven in 'aan hen toegewezen ruimten', niet zijnde justitiële jeugdinstellingen. Artikel 5.8 VB is echter alleen van toepassing op niet-begeleide minderjarigen die onder de Opvangrichtlijn vallen (zie artikel 5.8 lid 1 VB). Dit betreft alleen de groep niet-begeleide minderjarigen die in een asielprocedure zitten.

Paragraaf A5/2.4 Vreemdelingencirculaire 2000 (VC), waarin zwaarwegende belangen worden genoemd voor detentie, is van toepassing op alle niet-begeleide minderjarigen. Er wordt op grond van die bepaling geen onderscheid gemaakt op basis van status (geen procedure, een lopende procedure of uitgeprocedeerd). Op basis van de tekst van artikel 5.8 VB, concludeert Defence for Children dat de rechtswaarborgen in 5.8 VB alleen gelden voor niet-begeleide minderjarigen in een asielprocedure. Dat betekent dat die rechtswaarborgen bijvoorbeeld niet gelden voor kinderen waarvan het vertrek binnen 2 weken kan worden gerealiseerd (A5/s.4 sub c VC) en op basis van dat 'zwaarwegende belang' (gedwongen vertrek) in detentie kunnen worden geplaatst. Zij zitten immers niet (meer) in een asielprocedure.

Voor zover bij Defence for Children bekend, bevindt het merendeel van gedetineerde niet-begeleide minderjarigen zich in de Gesloten Gezinsvoorziening. Deze plek is erop gericht om gedwongen vertrek uit Nederland te realiseren. Deze groep valt daarom niet onder het toepassingsbereik van de Opvangrichtlijn, en dus ook niet onder de rechtswaarborgen van artikel 5.8 VB.

Defence for Children vindt het onbegrijpelijk dat deze groep niet-begeleide minderjarigen geen speciale waarborgen binnen het Nederlandse recht geniet¹⁰, terwijl artikel 17 EU-Terugkeerrichtlijn dit wel voorschrijft:

¹⁰ Artikel 5.4 Vreemdelingenbesluit ziet niet op specifieke waarborgen van niet-begeleide minderjarigen

1. Niet-begeleide minderjarigen en gezinnen met minderjarigen worden slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring gesteld.
2. [...]
3. In bewaring gestelde minderjarigen wordt de mogelijkheid geboden tot vrijtijdsbesteding, zoals op hun leeftijd afgestemde spel- en recreatie-activiteiten en, afhankelijk van de duur van hun verblijf, tot toegang tot onderwijs.
4. Niet-begeleide minderjarigen worden zoveel mogelijk ondergebracht in inrichtingen met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de noden van personen van hun leeftijd.
5. Tijdens bewaring van minderjarigen in afwachting van verwijdering dient het belang van het kind voorop te staan.

Artikel 5.8 VB zou, op basis van het Unierecht, moeten gelden voor alle niet-begeleide minderjarigen, en zich niet mogen beperken tot niet-begeleide minderjarigen in de asielprocedure.

Artikel 5.8 VB moet worden aangescherpt als het gaat om rechtswaarborgen van alle niet-begeleide minderjarigen. Zo moeten ook niet-begeleide minderjarigen die niet in een asielprocedure zitten, worden ondergebracht in inrichtingen met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de noden van personen van hun leeftijd. Niet-begeleide minderjarigen mogen slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring worden gesteld. Voorafgaand aan de oplegging van vreemdelingenbewaring moet altijd een Child Rights Impact Assessment (CRIA) worden uitgevoerd. Daarnaast moeten er voldoende rechtswaarborgen gelden in bewaring: vrijetijdsbesteding, zoals op leeftijd afgestemde spel- en recreatie-activiteiten, toegang tot onderwijs en zorg. Tot slot dient het belang van het kind ten alle tijde voorop te staan.

3. Het juridisch kinderrechtenkader

Niet-begeleide minderjarigen zijn dubbel kwetsbaar, zowel door hun leeftijd en situatie als onbegeleid kind, als door hun verblijfsstatus. Het internationale recht heeft daarom extra waarborgen gecodificeerd, om deze extreem kwetsbare groep te beschermen.

Specifieke mensenrechtenverdragen zoals het VN-Kinderrechtenverdrag, het VN-Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en het VN-Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten beschermen allemaal de meest fundamentele rechten van het kind. Zo stelt het VN-Kinderrechtenverdrag vier algemene beginselen voorop die de andere kinderrechten onderbouwen:

- Het principe van non-discriminatie (artikel 2 IVRK)
- Het principe van het hoger belang van het kind (artikel 3 IVRK)
- Het recht op (over)leven en ontwikkeling (artikel 6 IVRK)
- De mening van het kind (artikel 12 IVRK)

Alle vier deze beginselen komen bijzonder ernstig in het gedrang wanneer men kinderen opsluit in detentie, louter op basis van hun verblijfsrechtelijke status.

Naast de genoemde algemene bezwaren tegen detentie, wijst Defence for Children op het feit dat de rechtspositie van kinderen ook op andere fronten nog niet goed is verankerd in artikel 5.8 VB.

Defence for Children vindt het opvallend dat in onderhavig artikel geheel niet expliciet naar het VN-Kinderrechtenverdrag wordt verwezen en dat geen relevante kinderrechten worden benoemd. Het opstellen van een CRIA specifiek voor beslissingen over vreemdelingendetentie had dit kunnen ondervangen, maar helaas mist een dergelijke beoordeling.

Het verdient aanbeveling om expliciet in te gaan op de volgende kinderrechten:

Geen discriminatie

Alle kinderrechten gelden voor alle kinderen, zonder uitzonderingen (artikel 2 IVRK). De overheid moet er alles aan doen om de rechten voor alle kinderen te realiseren die binnen hun rechtsmacht vallen. En zij moet ervoor zorgen dat kinderen beschermd worden tegen discriminatie en dat vluchtelingkinderen niet van hun rechten worden uitgesloten op grond van bijvoorbeeld hun leeftijd of anders worden behandeld op basis van hun verblijfsstatus.

Belang van het kind

Centraal in het VN-Kinderrechtenverdrag staat het belang van het kind. In artikel 3 IVRK is vastgelegd dat de belangen van het kind een eerste overweging moeten zijn als er een beslissing wordt genomen die het kind aangaat. Om vast te stellen wat in de concrete situatie in het belang van het kind is, moet in de eerste plaats worden gekeken naar de overige rechten die worden genoemd in het IVRK. Wanneer het gaat om vreemdelingendetentie zijn met name artikel 2 IVRK (non-discriminatie), artikel 6 IVRK (recht op ontwikkeling), artikel 12 IVRK (recht om gehoord te worden), artikel 22 IVRK (extra bescherming van kinderen met een vluchtelingenstatus) en artikel 37 (vrijheidsbeneming) van belang.

Eenzijds dient duidelijker te worden verankerd dat het belang van het kind een eerste overweging moet zijn. Anderzijds dient in het artikel te worden opgenomen dat bij iedere beslissing beschreven moet worden hoe de belangen van het kind zijn onderzocht, zijn beoordeeld en welk gewicht eraan is toegekend bij het nemen van het besluit.¹¹ Dit kan door middel van een CRIA.

Recht op ontwikkeling

In artikel 6 IVRK is het recht op leven en ontwikkeling van een kind vastgelegd. De overheid is op grond van dit artikel verplicht om het recht op leven en ontwikkeling van het kind in de ruimst mogelijke mate te waarborgen. Het VN-Kinderrechtencomité stelt in *General Comment* nr. 5 dat het van de overheid verwacht dat zij de term ontwikkeling zien als een holistisch concept, waarbij de psychische, mentale, spirituele, morele, psychologische en sociale ontwikkeling van het kind betrokken worden.¹²

Vrijheidsbeneming

Volgens artikel 37 sub b IVRK mag vrijheidsontneming slechts worden gehanteerd als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur. Een kind zijn vrijheid ontnemen omdat het ongedocumenteerd is, kan niet gerechtvaardigd worden als uiterste maatregel wanneer het gaat om het reguleren van migratie door de Staat. Er zijn immers alternatieven beschikbaar, zoals bijvoorbeeld een verhoogde meldplicht of een garantverklaring van particulieren of instanties.

Recht op extra bescherming

Kinderen die tijdelijk dan wel permanent gescheiden zijn van hun familiale milieu, hebben recht op bijzondere bescherming (artikel 20 IVRK). Dit artikel bepaalt dat de rechten van deze kinderen extra prioriteit hebben, omdat ze zonder ouders (die voor het belang van het kind kunnen opkomen) in Nederland zijn.

¹¹ CRC/C/GC/14, General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, para. 14 sub b

¹² Par. 12, UN Document CRC/GC/5

Deze beschermingsplicht van staten geldt specifiek in de situatie van kinderen die de vluchtelingenstatus hebben (artikel 22 IVRK). Volgens *General Comment* nr. 6 vereist het vaststellen van het belang van het kind een duidelijk en zorgvuldig onderzoek naar de identiteit en nationaliteit van het kind waarbij rekening wordt gehouden met zijn/haar etnische, culture en taalkundige achtergrond, zijn/haar specifieke kwetsbaarheden en met zijn/haar beschermingsbehoefte.

Het Nederlandse recht voorziet niet in een CRIA.¹³ Daardoor wordt niet of nauwelijks gewogen of er bijzondere, persoonlijke omstandigheden zijn die de vreemdelingendetentie onevenredig bezwarend (disproportioneel) maken.¹⁴

Een individuele en grondige kinderrechtentoets, zoals een CRIA is daarom noodzakelijk en zou doorslaggevend moeten zijn voor de beslissing om, in laatste instantie en in uitzonderlijke omstandigheden, alsnog tot vreemdelingenbewaring over te gaan. Een CRIA dient niet alleen voorafgaand aan inbewaringstelling, maar ook geregeld tijdens bewaring plaats te vinden.¹⁵ Daarbij moet niet alleen gekeken worden of binnen bewaring zorg kan worden geboden aan de minderjarige, maar moeten ook de mogelijke schadelijke effecten op (middel)lange termijn worden meegewogen.¹⁶ Hierbij is het van belang om een brede definitie van kwetsbaarheid te hanteren en rekening te houden met omstandigheden die kwetsbaarheid kunnen versterken of veroorzaken.¹⁷

4. Conclusie

Defence for Children stelt zich primair op het standpunt dat vreemdelingendetentie van kinderen moet worden afgeschaft, omdat dit nooit in het belang van het kind wordt geacht en fysieke en mentale schade toebrengt. Het is daarom cruciaal alternatieven voor vrijheidsbeneming te ontwikkelen die aansluiten bij de specifieke omstandigheden van de minderjarige.

Voor zover de wetgever niet overgaat tot het afschaffen van detentie van minderjarigen, dan wil Defence for Children erop wijzen dat artikel 5.8 VB onvoldoende aandacht besteedt aan kinderrechtelijke procedurele waarborgen en kinderrechten. Het ontbreekt volgens Defence for Children bijvoorbeeld aan een wettelijke CRIA. Ook vindt Defence for Children het onbegrijpelijk dat artikel 5.8 VB alleen van toepassing is op niet-begeleide minderjarigen in de asielprocedure en niet op alle niet-begeleide minderjarigen. Het artikel in de huidige vorm klemt volgens Defence for Children met verplichtingen (zowel positieve als negatieve) voortvloeiend uit Europees en internationaal recht.

Defence for Children beveelt daarom aan om nogmaals naar dit artikel te kijken en ervoor te zorgen dat dit artikel van toepassing is op alle niet-begeleide minderjarigen en in lijn wordt gebracht met het hogere belang van het kind en de daaraan gekoppelde kinderrechten en rechtswaarborgen.

Defence for Children Nederland
16 maart 2023

¹³ Amnesty International, het recht op vrijheid, Vreemdelingendetentie: het ultimatum remedium-beginsel, februari 2018, p. 23

¹⁴ Idem, p. 31

¹⁵ Idem, p. 24

¹⁶ Idem, p. 32

¹⁷ Idem