

Opvang van migrantenkinderen: de behoefte aan alternatieven voor detentie

Cursusmateriaal over alternatieven voor
detentie voor kinderen in migratie



1

De Internationale Commissie van Juristen, die is samengesteld uit 60 eminente rechters en juristen uit alle regio's van de wereld, bevordert en beschermt de mensenrechten door middel van de rechtsstaat, door gebruik te maken van haar unieke juridische expertise om nationale en internationale rechtssystemen te ontwikkelen en te versterken. De ICJ, die in 1952 is opgericht en op de vijf continenten actief is, streeft naar de geleidelijke ontwikkeling en effectieve uitvoering van de internationale mensenrechten en het internationaal humanitair recht; de verwezenlijking van burgerrechten en culturele, economische, politieke en sociale rechten te waarborgen; de scheiding der machten te vrijwaren; en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de advocatuur te garanderen.

® **Opvang van migrantenkinderen: de behoefte aan alternatieven voor detentie -**
Cursusmateriaal over alternatieven voor detentie voor kinderen in migratie

© Auteursrecht Internationale Commissie van Juristen, April 2022

De Internationale Commissie voor Juristen staat de vrije reproductie toe van uittreksels uit al haar publicaties op voorwaarde dat de nodige bronvermelding wordt opgenomen en een kopie van de publicatie met het uittreksel wordt toegezonden aan haar hoofdkantoor op het volgende adres:

International Commission of Jurists
Rue des Buis 3
P.O. Box 1270
1211 Geneva 1, Switzerland
t: +41 22 979 38 00
www.icj.org

Dit opleidingsmateriaal werd gefinancierd door het Fonds voor Asiel, Migratie en Integratie van de Europese Unie. De inhoud van dit opleidingsmateriaal geeft uitsluitend de mening van de auteurs weer en valt uitsluitend onder zijn/haar verantwoordelijkheid. De Europese Commissie aanvaardt geen enkele verantwoordelijkheid voor het gebruik dat eventueel wordt gemaakt van de informatie die het bevat.



Opvang van migrantenkinderen: de behoefte aan alternatieven voor detentie

Cursusmateriaal over alternatieven voor detentie
voor kinderen in migratie

International Commission of Jurists – European Institutions (ICJ-EI)
Hungarian Helsinki Committee (HHC)
Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI)
aditus Foundation (aditus)
Greek Council for Refugees (GCR)
Helsinki Foundation for Human Rights (HFHR)
Defence for Children International, Belgium (DCI)
Foundation for Access to Rights, Bulgaria (FAR)

April 2022

Opvang van migrantenkinderen: de behoefte aan alternatieven voor detentie

CADRE project - April 2022

Inhoudstafel

Lijst van afkortingen	6
I. Inleiding	7
1.1 Definitie van een kind	8
1.2 Leidende beginselen inzake de rechten van het kind	9
1.2.1 Het beginsel van het beste belang	9
1.2.2 Het recht van het kind om te participeren en te worden gehoord	11
1.2.3 Non-discriminatie	12
1.2.4 De positieve verplichting om zorg en bescherming te bieden	12
1.3 Leeftijdsbepaling	12
1.4 Het recht op vrijheid.	16
1.5 Detentie	17
1.6 Procedurele rechten van migrantenkinderen	19
1.7 Het recht op een gezinsleven	19
II. Alternatieven voor detentie	20

Lijst van afkortingen

Introduction

CDDH: Stuurcomité Mensenrechten, Raad van Europa

CERD: Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie

HvJEU: Hof van Justitie van de Europese Unie

CMW: Commissie voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden

RvE: Raad van Europa

CRC: Commissie voor de rechten van het kind

CRMW: Internationaal verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden

EASO: Europees Ondersteuningsbureau voor asielzaken

EVRM: Europees Verdrag inzake de Mensenrechten (formeel Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden)

EHRM: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EU: Europese Unie

IVBPR: Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

ICERD: Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie

PACE: Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa

UVRM: Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

VN: Verenigde Naties

IVRK: VN-verdrag inzake de rechten van het kind

UNHCR: VN Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen

Deze opleidingsmodule is de eerste van een reeks leermiddelen met betrekking tot alternatieven voor detentie voor migrantenkinderen die zijn ontwikkeld als onderdeel van het CADRE (Alternatieven voor detentie van kinderen ter bescherming van hun rechten in Europa)-project. De reeks omvat de volgende opleidingsmodules:

- I. Opvang van migrantenkinderen: de behoefte aan alternatieven voor detentie
- II. Alternatieven voor detentie: opvang of huisvesting van migrantenkinderen
- III. Toegang tot eerlijke en kindvriendelijke procedures: Passende procedures om de toegang tot doeltreffende rechtsmiddelen te waarborgen in geval van schendingen van de rechten van migrantenkinderen in detentie
- IV. Hoe communiceren en werken met kinderen die onder alternatieven voor detentie vallen

Deze Module I. biedt een overzicht van het internationale en EU-rechtskader voor alternatieven voor detentie van migrantenkinderen.¹

I. Inleiding

De detentie² van migranten en vluchtelingen³, hetzij bij binnenkomst, hetzij in afwachting van uitzetting of uitwijzing, mag niet willekeurig zijn en moet legaal en te goeder trouw worden uitgevoerd op basis van een deugdelijke rechtsgrondslag. In het algemeen mogen kinderen niet worden onderworpen aan enige vorm van administratieve detentie. Daarom moet dergelijke detentie eerder uitzondering dan regel zijn, en een **laatste maatregel**, die slechts voor zeer korte perioden en om een beperkt aantal redenen mag worden opgelegd, wanneer andere, **minder restrictieve alternatieven** niet haalbaar zijn.⁴

Kinderen mogen nooit worden vastgehouden louter en alleen vanwege hun migratiestatus of die van hun ouders.⁵

Het VN Commissie voor de Rechten van het Kind, de Speciale Rapporteur van de VN inzake de mensenrechten van migranten,⁶ de Speciale Rapporteur van de VN inzake foltering en andere wrede, onmenselijke of ontterende behandeling of bestraffing⁷ en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa maken allemaal duidelijk dat detentie van migrantenkinderen **niet in hun belang** is en dat detentie van kwetsbare personen, waaronder niet-begeleide kinderen, verboden is volgens het internationaal recht.

Bij alle handelingen betreffende kinderen moet afzonderlijk en voorafgaand aan een beslissing die gevolgen zal hebben voor het leven van dat kind, een beoordeling van **de belangen** van het kind worden verricht.⁹ Er moet worden gezocht naar minder dwingende alternatieve maatregelen voordat er wordt geopteerd voor de detentie van migrerende kinderen, en daarom moeten alternatieven voor detentie/opvangregelingen altijd worden onderzocht en toegepast wanneer dat haalbaar is.

De term "alternatieven voor detentie" verwijst naar een reeks formele en informele praktijken, dat wil zeggen elke wet, elk beleid of elke praktijk die wordt toegepast om de detentie te voorkomen van

¹ Tot de bronnen die in dit materiaal worden aangehaald, behoren diverse bronnen van internationaal recht die bindend zijn voor de lidstaten van de EU, bijvoorbeeld:

- Uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is een internationaal gerechtshof dat in 1959 is opgericht. Het doet uitspraak over individuele verzoeken of verzoeken van staten wegens vermeende schending van de burgerrechten en de politieke rechten die zijn neergelegd in het Europees Verdrag inzake de Mensenrechten.
- Besluiten van verdragsorganen (zoals het IVRK): De verdragsorganen voor de mensenrechten zijn commissies van onafhankelijke deskundigen die toezien op de uitvoering van de internationale kernverdragen inzake de mensenrechten.
- Verslagen van Speciale Rapporteurs: De speciale procedures van de Mensenrechtenraad zijn onafhankelijke mensenrechtensdeskundigen met een mandaat om verslag uit te brengen en advies te geven over mensenrechten vanuit een thematisch of landspecifiek perspectief.

² De juridische term voor "detentie" is "vrijheidsbeneming", de term "detentie" wordt in dit opleidingsmateriaal als korter synoniem gebruikt.

³ Migrant en vluchtelingen zijn afzonderlijke categorieën met verschillende beschermingsregelingen, maar om het kort te houden gebruiken we in dit materiaal de term "migrantenkinderen" om beide te omvatten, waaronder ook staatloze kinderen).

⁴ [Rahimi t. Griekenland](#), EHRM, verzoekschrift nr. 8687/08, arrest van 5 april 2011, § 109. Mensenrechtencommissie, [Algemeen commentaar 35](#), § 18;

⁵ [Gezamenlijk algemeen commentaar](#) nr. 4 (2017) van het Comité inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 (2017) van het Commissie voor de Rechten van het Kind, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017, §5 [Standpunt van de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties \(UNHCR\) inzake detentie van vluchtelingen- en migrantenkinderen in migratiecontext](#) (januari 2017).

⁶ Verklaring van 16 mei 2016.

⁷ Verslag van de Speciale Rapporteur inzake foltering en andere wrede, onmenselijke of ontterende behandeling of bestraffing [A/HRC/28/68](#), 5 maart 2015, § 80.

⁸ [Resoluties 1707\(2010\)](#) en [1810\(2011\)](#).

⁹ Artikel 3 CRC, artikel 24.2 EU-Handvest.

migranten terwijl hun status in behandeling is of in afwachting van uitzetting.¹⁰ Detentie mag niet de norm zijn, maar een laatste toevlucht.

Hoewel er verschillende synoniemen voor worden gebruikt - zoals "minder dwingende maatregelen", "bijzondere maatregelen" en "minder ingrijpende maatregelen" - is er internationale consensus dat alternatieven voor detentie niet tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn die de mensenrechten eerbiedigen en beschermen en individuele opties voor detentie bieden.¹¹ Het centraal element hierbij is dat **alternatieven voor detentie worden toegepast in plaats van detentie en niet worden gebruikt als een alternatieve vorm van detentie.**¹²

De Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden¹³ verstaat onder alternatieven voor detentie alle in de gemeenschap verankerde opvangmaatregelen of niet tot vrijheidsbeneming strekkende huisvestingsoplossingen - in de wet, het beleid of de praktijk - die minder restrictief zijn dan detentie. Deze moeten worden beschouwd in het kader van de besluitvormingsprocedures inzake rechtmatige detentie om ervoor te zorgen dat detentie in alle gevallen noodzakelijk en evenredig is, met als doel de mensenrechten te eerbiedigen en willekeurige detentie van migranten, asielzoekers, vluchtelingen en staatlozen te voorkomen.

Zoals de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden heeft verklaard: "Om ervoor te zorgen dat migranten- en asielzoekende kinderen niet in migratiedetentie of in gesloten alternatieve opvangfaciliteiten voor kinderen worden geplaatst, moeten actoren op het gebied van kindbescherming en -welzijn de primaire verantwoordelijkheid nemen voor kinderen in de context van internationale migratie."¹⁴

Voor de bescherming van de mensenrechten bij migratie, ook wat betreft detentie of alternatieve opvangregelingen, is het belangrijk dat iedereen die beweert een kind te zijn, als zodanig wordt behandeld totdat het tegendeel is bewezen. Daarom wordt in het volgende hoofdstuk een kort overzicht gegeven van de definities van het kind. Daarna volgt een overzicht van de leidende beginselen inzake de rechten van het kind.

1.1 Definitie van een kind

In het kader van deze opleidingsmodules wordt de internationaalrechtelijke definitie van "kind" uit het VN-verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) gehanteerd, namelijk "ieder mens jonger dan achttien jaar" (artikel 1)¹⁵ Het is belangrijk om zich ervan bewust te zijn dat in verschillende nationale wetgevingen, met inbegrip van verschillende wetgevingen van dezelfde staat, een verschillende definitie van een kind of van de leeftijd waarop een persoon meerderjarig wordt, kan worden gehanteerd, die in verschillende rechtsstelsels van toepassing is. Voorts kunnen de bescherming van bijzondere rechten en de normen verschillen naar gelang van de leeftijdsgroep binnen de globale groep kinderen, mede gelet op hun evoluerende capaciteiten.

In de meeste normen van de Raad van Europa (RvE) met betrekking tot kinderen wordt de definitie van het IVRK van een kind overgenomen. Voorbeelden hiervan zijn artikel 4(d) van het Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel (CETS 197, 16 mei 2005) en artikel 3(a) van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik ([Verdrag van Lanzarote](#), CETS nr. 201, 25 oktober 2007). Volgens deze regionale en wereldwijde normen moet iedereen jonger dan 18 jaar worden behandeld als een kind en recht hebben op speciale zorg en procedures, ongeacht de nationale wettelijke bepalingen.

Een migrantenkind in de zin van het IVRK is iedereen onder de leeftijd van achttien jaar en omvat het volgende:

1. **Kinderen van migrerende werknemers**, zoals gedefinieerd door de Commissie voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden (CMW)¹⁶

¹⁰ UNHCR, [Richtlijnen Detentie](#), 2012, § 8; Internationale Detentie Coalitie (IDC), [There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention \(revised edition\)](#), 2015, p. 7

¹¹ Stuurcomité voor de mensenrechten (CDDH), [Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration](#), 7 december 2017, § 17.

¹² Stuurcomité voor de mensenrechten (CDDH), [Practical Guidance on Alternatives to Immigration Detention: Fostering Effective Results](#), 18-21 juni 2019, p. 12.

¹³ VN-Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden, [Algemeen commentaar nr. 5](#) (2021) over de rechten van migranten op vrijheid, vrijwaring van willekeurige detentie en hun verband met andere mensenrechten, Voorlopige onbewerkte versie, 23 september 2021, § 48.

¹⁴ *Ibid.*, § 45.

¹⁵ Artikel 1 VN-verdrag inzake de rechten van het kind, 1989.

¹⁶ Internationaal Verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden (CRMW), AVVN Resolutie 45/158 van 18 december 1990, Artikel 2: "Voor de toepassing van dit Verdrag: 1. De term "migrerende werknemer" verwijst naar een persoon die een bezoldigde activiteit gaat uitoefenen, uitoefent of heeft uitgeoefend in een staat waarvan hij of zij geen onderdaan is."

2. **Begeleide en niet-begeleide kinderen of kinderen die van hun ouders gescheiden zijn** buiten het land waarvan zij de nationaliteit bezitten en, in geval van staatloosheid, het land waar zij verblijven (zoals gedefinieerd in de VN-Commissie voor de rechten van het kind (CRC) [Algemeen commentaar nr. 6](#): Behandeling van niet-begeleide en van hun familie gescheiden kinderen buiten hun land van herkomst, CRC/GC/2005/6, 1 september 2005) en¹⁷
3. **Kindervluchtelingen** met inbegrip van asielzoekers, zoals gedefinieerd in het [VN-vluchtelingenverdrag](#) van 1951.

De UN CRC en de CMW in hun Gezamenlijk Algemeen Commentaar Nr. 3 (§ 9) omvatten onder **kinderen in de context van internationale migratie**:¹⁸

- Kinderen die met hun ouders of primaire verzorgers zijn gemigreerd,
- Kinderen die niet begeleid of gescheiden zijn,
- Kinderen die naar hun land van herkomst zijn teruggekeerd,
- Kinderen die geboren zijn uit migrerende ouders in landen van doorreis of bestemming, of
- Kinderen die in hun land van herkomst zijn gebleven terwijl een of beide ouders naar een ander land zijn gemigreerd, en ongeacht de migratie- of verblijfsstatus van henzelf of hun ouders (migratiestatus).

1.2 Leidende beginselen inzake de rechten van het kind

1.2.1 Het beginsel van het beste belang

Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ook migrantenkinderen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging (artikel 3 IVRK).

Het beginsel van het belang van het kind is een overkoepelend onderdeel van de materiële rechten en derhalve een fundamenteel interpretatief rechtsbeginsel. Het is van toepassing op alle officiële procedures betreffende kinderen en moet gebaseerd zijn op een beoordeling van alle elementen van de belangen van een kind in een specifieke situatie.

In CRC Algemeen Commentaar nr. 14 wordt bepaald dat de elementen waarmee rekening moet worden gehouden bij het beoordelen en bepalen van de belangen van een kind zijn:

- de opvattingen en de identiteit van het kind;
- de instandhouding van de familiale omgeving en het onderhouden van de relaties;
- de zorg, bescherming en veiligheid van het kind;
- situatie van kwetsbaarheid; en
- het recht van het kind op gezondheid en het recht op onderwijs.¹⁹

De relevantie en toepassing van elk van deze elementen varieert bij een dergelijke beoordeling van geval tot geval, en kunnen ook met elkaar in strijd zijn.²⁰

Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vereist het beginsel van het belang van het kind dat de extreme kwetsbaarheid van een kind, bijvoorbeeld in het geval van de detentie van een vijfjarige in de zaak *Mubilanzila Mayeka t. België* (hieronder), als eerste prioriteit in aanmerking wordt genomen. Dit betekent dat bij de beslissing over de plaatsing van een kind dat zich in een immigratieprocedure bevindt, de individuele omstandigheden van het kind doorslaggevend moeten zijn, en niet zijn migratiestatus.

Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België, EHRM, [verzoekschrift nr. 13178/03](#), arrest van 12 oktober 2006

Een vijfjarig kind werd door de autoriteiten op de luchthaven van Brussel aangehouden terwijl het met haar oom vanuit de Democratische Republiek Congo reisde, zonder reis- en immigratiedocumenten, om naar haar moeder in Canada te gaan, waar zij een vluchtelingenstatus had. Het kind

¹⁸ § 7 bepaalt: "Niet-begeleide kinderen' (ook wel niet-begeleide minderjarigen genoemd) zijn kinderen, zoals gedefinieerd in artikel 1 van het Verdrag (IVRK), die van beide ouders en andere verwanten gescheiden zijn en niet worden verzorgd door een volwassene die daar volgens de wet of het gewoonterecht verantwoordelijk voor is."; § 8 bepaalt: "Gescheiden kinderen' zijn kinderen, zoals gedefinieerd in artikel 1 van het Verdrag, die gescheiden zijn van beide ouders, of van hun vorige wettelijke of gebruikelijke primaire verzorger, maar niet noodzakelijkerwijs van andere verwanten. Dit kunnen dus ook kinderen zijn die door andere volwassen familieleden worden vergezeld."

¹⁹ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 3 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 22 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind over de algemene beginselen betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie](#), CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 november 2017, § 9.

²⁰ VN-Commissie voor de rechten van het kind, Algemeen commentaar nr. 14 over het recht van het kind dat zijn of haar belangen de eerste overweging vormen (art. 3, § 1 van het IVRK), VN Doc. CRC/C/GC/14, (29 mei 2013), § 52-79.

werd de toegang tot België geweigerd en zonder begeleiding van haar ouders twee maanden in een transitcentrum voor volwassenen vastgehouden, waarna uitzetting uit België werd bevolen. De Brusselse rechtbank van eerste aanleg oordeelde dat de detentie van het kind in strijd was met haar belangen en gelastte haar onmiddellijke vrijlating. Hoewel geen enkele volwassene in haar land van herkomst in staat of bereid was om voor het kind te zorgen, werd zij teruggestuurd naar de DRC. Het EHRM oordeelde unaniem dat de detentie van het kind in strijd was met haar belangen (artikel 3) en haar recht op de instandhouding van familiebetrekkingen (artikel 8). Het was van mening dat:

55. De situatie van het kind werd gekenmerkt door haar zeer jonge leeftijd, het feit dat zij een illegale immigrant in een vreemd land was en het feit dat zij niet vergezeld was van haar familie van wie zij was gescheiden, zodat zij in feite aan haar lot was overgelaten. Zij bevond zich dus in een uiterst kwetsbare situatie. Gelet op het absolute karakter van de door artikel 3 van het Verdrag verleende bescherming, is het van belang voor ogen te houden dat dit de beslissende factor is en voorrang heeft boven overwegingen betreffende de status van de tweede verzoeker als illegale immigrant. Zij behoort dus ontegenzeggelijk tot de categorie van zeer kwetsbare leden van de samenleving jegens wie de Belgische Staat in het kader van zijn positieve verplichtingen uit hoofde van artikel 3 van het Verdrag de plicht heeft passende maatregelen te nemen om haar verzorging en bescherming te bieden.

Zoals bevestigd in de [Gezamenlijk algemeen commentaar](#) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden (CMW) en de Commissie voor de rechten van het kind (nr. 4 CMC en nr. 23 CRC), mogen kinderen nooit worden vastgehouden vanwege de migratiestatus van henzelf of hun ouders (§ 5). Dit wordt ook benadrukt [in het standpunt van de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties \(UNHCR\) over detentie van vluchtelingen- en migrantenkinderen in migratiecontext](#) (januari 2017) en daarin wordt bepaald dat het belang van het kind altijd de eerste overweging moet zijn. [De Speciale rapporteur inzake foltering van de Verenigde Naties \(VN\) was van mening](#) dat detentie van kinderen in het kader van administratieve immigratiehandhaving nooit in het belang van het kind is en een wrede, onmenselijke of ontorende behandeling kan inhouden.²¹ Alternatieven voor detentie/zorgregelingen moeten daarom altijd worden onderzocht.

Bij alle handelingen betreffende kinderen moet afzonderlijk en voorafgaand aan een beslissing die gevolgen zal hebben voor het leven van dat kind, een beoordeling van de belangen van het kind worden verricht (Artikel 3 IVRK, Artikel 24.2 EU-Handvest²²).

In hun gezamenlijk algemeen commentaar verklaarden de CRC en de CMW dat:

“De staten die partij zijn [bij het IVRK en het CRMW] moeten de belangen van het kind beoordelen en bepalen in de verschillende fasen van de migratie- en asielpcedures die kunnen leiden tot de detentie of de uitzetting van de ouders wegens hun migratiestatus. Bij elke beslissing waarbij kinderen van hun gezin worden gescheiden, moeten procedures worden ingevoerd om de belangen van het kind te bepalen en moeten dezelfde normen worden toegepast bij de voogdij over kinderen, wanneer de belangen van het kind de eerste overweging moet zijn.”

De asielwetgeving van de EU bepaalt dat naar minder dwingende alternatieve maatregelen moet worden gezocht voordat wordt overgegaan tot detentie van migrerende kinderen.²⁴

Het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) heeft geoordeeld dat het belang van het kind een grondrecht is en niet slechts een algemeen rechtsbeginsel, hetgeen betekent dat het in rechte kan worden ingeroepen als een bron van materiële rechten, en niet louter als een interpretatiekader.²⁵ In een latere zaak benadrukte het Hof de noodzaak om het belang van het kind te beoordelen in *elke* aangelegenheid die een kind aangaat, en niet alleen met betrekking tot zaken die worden onderzocht.

²¹ Verslag van de Speciale Rapporteur inzake foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing [A/HRC/28/68](#), 5 maart 2015, § 80.

²² Het is belangrijk erop te wijzen dat het EU-Handvest van toepassing is binnen de werkingssfeer van het EU-recht en de omzetting van dat recht door de lidstaten in nationaal recht. Wanneer de lidstaten wetgeving inzake detentie van migranten ten uitvoer leggen overeenkomstig de EU-instrumenten, moet deze derhalve de bepalingen van het EU-Handvest weerspiegelen en eerbiedigen (zie artikel 52 van het EU-Handvest).

²³ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 3 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 22 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind over de algemene beginselen betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie](#), CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 november 2017, § 32(e).

²⁴ Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking) (hierna: EU-richtlijn opvangvoorzieningen), artikel 11(2).

²⁵ HvJEU, [M.A., B.T. en D.A. t. Secretary of State of the Home Department](#), Zaak nr. C-648/11, 6 juni 2013.

HvJEU, M.A., B.T. en D.A. t. Secretary of State of the Home Department, Zaak nr. C-648/11, 6 juni 2013

Naar aanleiding van een verzoek van drie minderjarige onderdanen van derde landen heeft het Hof artikel 6 van de Dublin II-verordening²⁶ betreffende het mechanisme om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek van niet-begeleide minderjarigen getoetst aan het beginsel van het belang van het kind:

57. *Tot die grondrechten behoort met name het in artikel 24(2) van het Handvest neergelegde recht, volgens hetwelk bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, de belangen van het kind een essentiële overweging vormen.*

59. *Hoewel het belang van de minderjarige enkel uitdrukkelijk wordt vermeld in artikel 6, eerste alinea, van Verordening nr. 343/2003, heeft artikel 24(2) juncto artikel 51(1) van het Handvest bijgevolg tot gevolg dat het belang van het kind ook een primaire overweging moet zijn bij alle beslissingen die de lidstaten op grond van artikel 6, tweede alinea, van Verordening nr. 343/2003 nemen.*

HvJEU, M.A. t. België, Zaak nr. C-112/20, 11 maart 2021

Een ouder van een Belgische minderjarige die illegaal in België verbleef, was het voorwerp van een terugkeerbesluit van de Belgische autoriteiten en stelde beroep in bij het HvJEU om de Terugkeerrichtlijn uit te leggen in het licht van het beginsel van het belang van het kind. Het Hof oordeelde dat de Terugkeerrichtlijn in overeenstemming met dit beginsel moet worden uitgevoerd en verklaarde:

36. *Daaruit volgt dat [Artikel 24(2) van het EU-Handvest] zelf in ruime bewoordingen is gesteld en van toepassing is op besluiten die – zoals het geval is bij een terugkeerbesluit tegen een onderdaan van een derde land, die ouder is van een minderjarig kind – niet gericht zijn tegen deze minderjarige, maar wel aanzienlijke gevolgen met zich meebrengen voor deze minderjarige.*

38. *Volgens dat artikel 3, lid 1, [van het IVRK] moet bij alle maatregelen betreffende kinderen rekening worden gehouden met de belangen van het kind. Bijgevolg heeft deze bepaling in het algemeen betrekking op alle beslissingen en alle handelingen die kinderen direct of indirect raken, zoals het Comité voor de Rechten van het Kind van de Verenigde Naties heeft opgemerkt [zie dienaangaande, Algemeen Commentaar nr. 14 (2013) van het Comité voor de Rechten van het Kind over het recht van het kind om zijn belangen de eerste overweging te laten vormen (artikel 3, lid 1), CRC/C/GC/14, punt 19].*

1.2.2 Het recht van het kind om te participeren en te worden gehoord

Het recht om te worden gehoord is zowel een materieel recht op zich als een noodzakelijk recht voor de interpretatie en tenuitvoerlegging van alle andere rechten, en is vastgelegd in internationale normen, waaronder het IVRK en het EU-Handvest.²⁷

In CRC Algemeen commentaar nr. 12 (2009) wordt bepaald dat staten moeten aannemen dat een kind bekwaam is om zijn eigen mening te vormen.²⁸ Dit recht moet worden toegepast in elke procedure die de status in een land of de rechten van het kind bepaalt of anderszins gevolgen heeft voor het kind, met inbegrip van zowel burger- als strafrechtelijke procedures.²⁹ Het geeft kinderen recht op bijstand (toegang tot een advocaat), op informatie, op vertolking indien nodig, en op andere procedurele rechten.

Het feit dat het kind zeer jong is, zijn mening niet mondeling kan uiten of zich in een kwetsbare situatie bevindt (bijvoorbeeld een beperking heeft, tot een minderheidsgroep behoort, migrant is), ontnemt hem niet het recht zijn mening te uiten en vermindert evenmin het gewicht dat aan de mening van het kind wordt toegekend bij het bepalen van zijn belangen.

De aanneming van specifieke maatregelen om de uitoefening van gelijke rechten voor kinderen in dergelijke situaties te waarborgen, moet afhankelijk worden gesteld van een individuele beoordeling

²⁶ Verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en mechanismen om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend.

²⁷ IVRK, artikel 12; EU-Handvest, artikel 24(1).

²⁸ CRC Algemeen commentaar. 12 (2009) over het recht van kinderen om te worden gehoord, [CRC/C/GC/12](#), § 20.

²⁹ CRC, artikel 12(2). Zie ook CRC Algemeen commentaar nr. 12, op. cit., § 26-27.

waarbij de kinderen zelf een rol krijgen in het besluitvormingsproces.³⁰ Deze verplichting geldt ook voor staten wanneer zij bepalen welke alternatieven voor detentie zij toepassen op een individueel migrantenkind, of wanneer zij deze alternatieven al dan niet toepassen.

Zie ook de Modules III. en IV. voor meer details.

1.2.3 Non-discriminatie

Overeenkomstig het EU- en het internationaal recht, met inbegrip van het Verdrag inzake de rechten van het kind, moeten de rechten van kinderen worden gewaarborgd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, etniciteit, inheemse status, afstamming, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of sociale afkomst, handicap, sociaaleconomische achtergrond, immigratiestatus, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, seksuele geaardheid en genderidentiteit/ -expressie of andere status van het kind of van zijn ouder(s) of voogd.³¹ Bovendien kunnen kinderen te maken krijgen met meervoudige en elkaar overlappende vormen van discriminatie op een combinatie van deze en andere gronden.³²

Staten moeten niet alleen duidelijk discriminerende wetten, beleidsmaatregelen en praktijken afschaffen, maar er ook voor zorgen dat schijnbaar neutrale maatregelen in werkelijkheid geen discriminerend effect hebben. De Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD) heeft verduidelijkt dat een verschillende behandeling op grond van staatsburgerschap of immigratiestatus discriminatie inhoudt indien de criteria voor een dergelijke differentiatie niet worden toegepast op grond van een legitiem doel en niet evenredig zijn aan de verwezenlijking van dit doel.³³ Aangezien volgens het internationaal recht de detentie van kinderen in de context van migratie niet als legitiem of proportioneel kan worden beschouwd, zou dit kunnen neerkomen op discriminatie op grond van staatsburgerschap of immigratiestatus.

1.2.4 De positieve verplichting om zorg en bescherming te bieden

Het is de plicht van de staat om kinderen in alle omstandigheden zorg en bescherming te bieden, ook wanneer hun familie daartoe niet bereid of in staat is. De plicht impliceert positieve verplichtingen voor de staat om de nodige maatregelen te nemen om het welzijn van kinderen te waarborgen. Deze verplichting is vervat in verschillende artikelen van het IVRK en heeft betrekking op uiteenlopende situaties, zoals kinderen ontdaan uit hun gezinsomgeving (art. 20), vluchtelingenkinderen (art. 22), en kinderen die het slachtoffer zijn van mishandeling (art. 39).

Artikel 24(1) van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) geeft elk kind ook "recht op die beschermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het in verband met zijn status van minderjarige recht heeft". Dit artikel houdt in dat bijzondere maatregelen moeten worden genomen ter bescherming van de persoonlijke vrijheid en veiligheid van ieder kind, naast de maatregelen die in het algemeen vereist zijn om het recht op vrijheid uit hoofde van artikel 9 voor een ieder te waarborgen.³⁴ Artikel 17 van het Europees Sociaal Handvest verplicht de staten te voorzien in economische en sociale bescherming voor kinderen; artikel 31 van het herziene Europees Sociaal Handvest verplicht de staten toegang te verschaffen tot huisvesting van passende kwaliteit; artikel 17 van het herzien Handvest voorziet in de noodzaak kinderen en jongeren te beschermen tegen verwaarlozing, geweld of uitbuiting, en te voorzien in bescherming en bijzondere bijstand van de staat voor kinderen en jongeren die tijdelijk of definitief verstoken zijn van steun van hun familie. Artikel 7 van het herziene Handvest bepaalt voorts dat kinderen en jongeren recht hebben op een bijzondere bescherming tegen de lichamelijke en morele gevaren waaraan zij zijn blootgesteld.

Alternatieven voor detentie zorgen ervoor dat deze verplichtingen worden nageleefd en dat de vrijheid en de veiligheid van kinderen, alsook hun welzijn, die anders door detentie zouden worden geschonden, worden gevrijwaard.

1.3 Leeftijdsbepaling

Leeftijdsbepaling verwijst naar procedures waarmee de autoriteiten de leeftijd van een migrant trachten vast te stellen om te bepalen of de betrokkene een kind is of kan zijn, in welk geval speciale procedures, regels, zorg en behandeling moeten worden toegepast.

³⁰ Zie CRC Algemeen commentaar nr. 14, op. cit., § 54; standpunten van de CRC in [Y.B. en N.S. t. België](#), CRC/C/79/D/12/2017, 22 maart 2017, § 8.7.

³¹ CRC, artikel 2. Algemeen commentaar 21 over kinderen in straitsituaties, VN DOC CRC/C/GC/21.

³² Algemeen commentaar 21 over kinderen in straitsituaties, VN DOC CRC/C/GC/21, para 26.

³³ CERD Algemene aanbeveling nr. 30 (2004) inzake discriminatie van niet-onderdanen, § 4.

³⁴ VN-Mensenrechtencommissie, Algemeen commentaar 32, § 42-44; CRC, Algemeen commentaar nr. 12, § 32-37.

Gezien de definitie van een kind en het recht van kinderen op bijzondere zorg en bescherming, is het belangrijk te zorgen dat alle personen die jonger zijn dan 18 jaar, als kinderen worden behandeld.

Leeftijdsbepaling met het oog op de vaststelling van iemands procedurele en materiële rechten mag alleen worden uitgevoerd wanneer er gerede twijfel bestaat over de vraag of een persoon al dan niet een kind is. In geval van twijfel, wanneer een persoon beweert een kind te zijn en dit feit niet gemakkelijk kan worden geverifieerd, moet de persoon als een kind worden behandeld, tenzij en totdat het tegendeel wordt bewezen.³⁵

Leeftijdsbepaling is van vitaal belang voor de bescherming van de rechten van het kind, aangezien de uitkomst van een dergelijke procedure bepaalt of de betrokkene krachtens de wet als kind bescherming geniet of daarvan wordt uitgesloten.³⁶ Met andere woorden, de vaststelling dat een kind in feite een kind is, activeert de toegang tot fundamentele rechten en bescherming krachtens de desbetreffende nationale en internationale wetgeving inzake mensenrechten.

Personen die beweren kinderen te zijn, moeten als zodanig worden behandeld totdat het tegendeel is bewezen.³⁷

Internationaal recht

In de context van migratie moet de staat, wanneer een kind zijn leeftijd moet bewijzen en het geen geboorteakte heeft, het kind onverwijld en kosteloos een geboorteakte verstrekken. Als er geen bewijs van leeftijd is door middel van een geboorteakte, moet de verantwoordelijke autoriteit alle documenten accepteren die de leeftijd kunnen aantonen, zoals geboorteaangiften, uittreksels uit geboorteregisters, doop- of gelijkwaardige documenten of schoolrapporten. Documenten moeten als authentiek worden beschouwd, tenzij er bewijs is van het tegendeel.³⁸ De autoriteiten moeten toestaan dat kinderen en ouders worden ondervraagd over hun leeftijd of dat leerkrachten of religieuze of gemeenschapsleiders die de leeftijd van het kind kennen, een verklaring afleggen. Alleen als deze maatregelen geen succes hebben, kan de ontwikkeling van het kind worden geëvalueerd om de leeftijd te bepalen.

In hun gezamenlijke algemene commentaar hebben de CMW en de CRC beginselen uiteengezet die moeten worden toegepast op de procedure voor leeftijdsbepaling.³⁹ De algemene beginselen van het IVRK, zoals het belang van het kind, vrije en geïnformeerde toestemming en non-discriminatie, zijn van toepassing, evenals alle relevante bepalingen van het Verdrag.⁴⁰ Volgens deze uitlegging hebben de staten de plicht leeftijdsbepalingsprocedures uit te voeren door middel van een holistische en multidisciplinaire aanpak die ervoor zorgt dat alle noodzakelijke waarborgen en onderzochte beginselen aanwezig zijn en de rechten van de verzoeker worden beschermd.

Leeftijdsbepaling moet daarom worden uitgevoerd op een wetenschappelijke, veilige, kind- en gendergevoelige, cultureel aangepaste en billijke manier, waarbij elk risico van schending van de lichamelijke integriteit van het kind wordt vermeden en de menselijke waardigheid naar behoren wordt geëerbiedigd.⁴¹ De instemming van het kind met de leeftijdsbepaling is altijd vereist.

³⁴ UN Human Rights Committee, General Comment No. 32, paras. 42–44; CRC, General Comment No. 12, paras. 32–37.

³⁵ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind \(CRC\) over de verplichtingen van staten betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van oorsprong, doorgang, bestemming en terugkeer](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017, § 4; [CRC Algemeen commentaar nr. 6 \(2005\)](#), CRC/GC/2005/6, § 31(A); zie ook [VN-Commissie voor de rechten van het kind, verslag van de Algemene Discussiedag 2012 van 28 september 2012, "The Rights of All Children in the Context of International Migration"](#), § 49; [PACE-resolutie 2020 \(2014\)](#), § 9.4.

³⁶ Zie CRC, [N.B.F. t. Spanje](#), CRC/C/79/D/11/2017, Goedkeuring van standpunten, 27 september 2018, § 12.3.

³⁷ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) CMW en nr. 23 CRC](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §5-13 CRC Algemeen commentaar nr. 6 (2005), CRC/GC/2005/6, §61-63; zie ook VN-Commissie voor de rechten van het kind, verslag van de [Algemene Discussiedag 2012 van 28 september 2012, "The Rights of All Children in the Context of International Migration"](#), § 32 PACE-resolutie 2020 (2014), § 9.4. Zie CRC, [N.B.F. t. Spanje](#), CRC/C/79/D/11/2017, Goedkeuring van standpunten, 27 september 2018, § 12.4. Zie CRC Algemeen commentaar nr. 24 over de rechten van kinderen in het jeugdrechtsysteem, CRC/C/GC/24, § 44-45. Zie ook CRC, R.K. t. Spanje, CRC/C/82/D/27/2017, Goedkeuring van standpunten, § 10.a); M.T. t. Spanje, CRC/C/82/D/17/2017, Goedkeuring van standpunten, § 14.a).

³⁸ Zie CRC, [N.B.F. t. Spanje](#), CRC/C/79/D/11/2017, Goedkeuring van standpunten, 27 september 2018, § 12.4. Zie [CRC Algemeen commentaar nr. 24 over de rechten van kinderen in het jeugdrechtsysteem](#), CRC/C/GC/24, § 44-45. Zie ook CRC, R.K. t. Spanje, CRC/C/82/D/27/2017, Goedkeuring van standpunten, § 10.a); [M.T. t. Spanje](#), CRC/C/82/D/17/2017, Goedkeuring van standpunten, § 14.a).

³⁹ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden \(CMW\) en nr. 23 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind \(CRC\) over de verplichtingen van staten betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van oorsprong, doorgang, bestemming en terugkeer](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017.

⁴⁰ Voor meer informatie over de algemene beginselen van het IVRK zie Sectie II: *Leidende beginselen inzake de rechten van het kind*, van deze Module.

⁴¹ Zie CRC aanbevelingen in [N.B.F. t. Spanje](#), CRC/C/79/D/11/2017, Goedkeuring van standpunten, 27 september 2018, § 12.4; [CRC Algemeen commentaar nr. 6 \(2005\)](#), CRC/GC/2005/6, § 31(A).

Bovendien mag een medisch onderzoek alleen worden uitgevoerd met volledige eerbiediging van de waardigheid van de betrokkene en met zo weinig mogelijk invasief onderzoek dat wordt uitgevoerd door gekwalificeerde medische beroepsbeoefenaren. De CRC heeft de staten opgeroepen "af te zien van het gebruik van medische methoden die onder meer gebaseerd zijn op de analyse van botten en gebitselementen, die onnauwkeurig kunnen zijn, met ruime foutenmarges, en die ook traumatisch kunnen zijn en tot onnodige gerechtelijke procedures kunnen leiden."⁴²

Het is van fundamenteel belang dat identificatiemaatregelen zoals leeftijdsbepaling niet alleen het fysieke voorkomen van de betrokkene onderzoeken of in aanmerking nemen, maar ook diens psychologische rijpheid.⁴³ Dit kan van persoon tot persoon sterk verschillen, vooral wanneer rekening wordt gehouden met de doorleefde trauma's en ervaringen die vaak aanwezig zijn bij asielzoekers. Dit stelt autoriteiten en beroepsbeoefenaren in staat een "geïnformeerde" schatting te maken van iemands leeftijd en uiteindelijk toegang te krijgen tot het eigen recht en de eigen status.⁴⁴

Zoals hieronder wordt beschreven, bepaalt de CRC in zijn Algemeen Commentaar nr. 6 ook dat het belang van het kind een leidend beginsel moet zijn om te bepalen wanneer en hoe het leeftijdsbepalingsproces voor niet-begeleide en van hun familie gescheiden kinderen moet worden uitgevoerd. Dit vloeit voort uit de kwetsbare omstandigheden die inherent zijn aan de situatie van deze groep kinderen,⁴⁵ en hun behoeften aan bescherming moeten daarom voorrang krijgen.

CRC, Algemeen commentaar nr. 6: Behandeling van niet-begeleide en van hun familie gescheiden kinderen buiten hun land van herkomst, CRC/GC/2005/6, 2005

31. Het belang van het kind moet ook een leidend beginsel zijn bij het bepalen van de prioriteit van de behoeften aan bescherming en de chronologie van de maatregelen die ten aanzien van niet-begeleide en van hun familie gescheiden kinderen moeten worden genomen. Dit noodzakelijke initiële beoordelingsproces houdt met name het volgende in:

- (i) Prioritaire identificatie van een kind als gescheiden of niet-begeleid onmiddellijk bij aankomst in de havens van binnenkomst of zodra hun aanwezigheid in het land aan de autoriteiten bekend wordt (art. 8). Dergelijke identificatiemaatregelen omvatten leeftijdsbepaling [...]

Het voordeel van de twijfel rond de leeftijdsbepaling, dat moet worden gegeven aan eenieder die beweert een kind te zijn, is een ander vast beginsel waarbij het beginsel van het belang van het kind een fundamentele rol speelt. In hun Gezamenlijk Algemeen commentaar en hun aanbevelingen benadrukken de CRC en de CMW het belang van het vermoeden van minderjarigheid, dat behouden moet blijven totdat het tegendeel is bewezen, en zijn zij van mening dat alle documenten die ter documentatie worden aangeboden als echt moeten worden beschouwd, tenzij er bewijs is van het tegendeel.⁴⁶ Zij bevestigen voorts dat wanneer een persoon weigert een medisch onderzoek te ondergaan om zijn leeftijd te bepalen, deze persoon niet uitsluitend op grond van deze weigering voor meerderjarig mag worden verklaard of geacht.⁴⁷ Het vermoeden van minderjarigheid blijft dus gehandhaafd, zelfs wanneer een persoon dergelijke tests weigert.

Vanwege dit vermoeden van minderjarigheid en de relevantie en het belang van de procedure voor de leeftijdsbepaling, bepaalt de CRC dat essentiële waarborgen, namelijk de toewijzing van vertegenwoordiging door een advocaat, moeten worden genomen om de naleving van het beginsel van het belang van het kind te waarborgen, en wel als volgt:

⁴² [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind \(CRC\) over de verplichtingen van staten betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van oorsprong, doorgang, bestemming en terugkeer](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017, § 4; CRC, [N.B.F. t. Spanje](#), CRC/C/79/D/11/2017, Goedkeuring van standpunten, 27 september 2018, § 12.4.

⁴³ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind \(CRC\) over de verplichtingen van staten betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van oorsprong, doorgang, bestemming en terugkeer](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017, § 4; CRC aanbevelingen in [N.B.F. t. Spanje](#), CRC/C/79/D/11/2017, Goedkeuring van standpunten, 27 september 2018, § 12.4; [A.L. t. Spanje](#), CRC/C/81/D/16/2017, Goedkeuring van standpunten, 31 mei 2019, § 12.7; [J.A.B. t. Spanje](#), CRC/C/81/D/22/2017, Goedkeuring van standpunten, 31 mei 2019, § 13.6; [R.K. t. Spanje](#), CRC/C/82/D/27/2017, Goedkeuring van standpunten, 18 september 2019, § 9.7.

⁴⁴ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden \(CMW\) en nr. 23 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind \(CRC\) over de verplichtingen van staten betreffende de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van oorsprong, doorgang, bestemming en terugkeer](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017, § 4.

⁴⁵ [CRC Algemeen commentaar nr. 6](#) (2005): Behandeling van niet-begeleide en van hun familie gescheiden kinderen buiten hun land van herkomst, CRC/GC/2005/6, § 3.

⁴⁶ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden \(CMW\) en nr. 23 \(2017\)](#), op. cit., § 4; CRC, [N.B.F. t. Spanje](#) op. cit., § 12.4; CRC, [J.A.B. t. Spanje](#) op. cit., § 13.4.

⁴⁷ *Ibidem*.

CRC Aanbevelingen in N.B.F. t. Spanje, CRC/C/79/D/11/2017, 27 september 2018

12.8. [...] Het Comité is van mening dat de staten die partij zijn voor alle jongeren die beweren minderjarig te zijn, zo spoedig mogelijk na aankomst kosteloos een gekwalificeerde wettelijke vertegenwoordiger moeten aanwijzen die over de nodige talenkennis beschikt. Het Comité is van mening dat de toewijzing van een vertegenwoordiger voor deze personen bij de leeftijdsbepaling neerkomt op het verlenen van het voordeel van de twijfel en een essentiële waarborg vormt voor de eerbiediging van hun belangen en hun recht om te worden gehoord. Gebeurt dit niet, dan betekent dit een schending van de artikelen 3 en 12 van het Verdrag, aangezien het proces van leeftijdsbepaling het uitgangspunt vormt voor de toepassing van het Verdrag. Het ontbreken van een tijdige vertegenwoordiging kan leiden tot een aanzienlijke onrechtvaardigheid.

Ten slotte, de fundamentele rol van de procedure voor leeftijdsbepaling bij het activeren van de toegang tot het genot van alle overblijvende kinderrechten en waarborgen, is het "daarom absoluut noodzakelijk dat er een behoorlijke procedure is om de leeftijd van een persoon vast te stellen, alsook de mogelijkheid om de uitkomst aan te vechten door middel van een beroepsprocedure."⁴⁸ Doeltreffende rechterlijke toetsing en de mogelijkheid om tegen een dergelijke beslissing in beroep te gaan, zijn van cruciaal belang gezien de implicaties van een beslissing die een kind de status van minderheid kan weigeren.

EU-wetgeving

Op EU-niveau weerspiegelt de herschikte EU-richtlijn asielpcedures (2013/32/EU van 2013) alle door het IVRK geboden waarborgen en verankert zij het vermoeden van minderjarigheid, en stelt zij voorts eisen aan de wijze waarop leeftijdsbepaling moet worden uitgevoerd.

Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking) (EU-richtlijn asielpcedures), doc. nr. 32013L0032

Artikel 25

(...)

5. De lidstaten kunnen in het kader van de behandeling van een verzoek om internationale bescherming besluiten om door middel van een medisch onderzoek de leeftijd van een niet-begeleide minderjarige vast te stellen, wanneer zij, nadat er een algemene verklaring is afgelegd of ander relevante aanwijzingen zijn overgelegd, twijfels hebben over diens leeftijd. Als de lidstaten daarna nog steeds twijfels hebben over de leeftijd van de verzoeker, gaan zij ervan uit dat de verzoeker minderjarig is.

Bij elk medisch onderzoek wordt de waardigheid van de persoon ten volle gerespecteerd; het is het minst ingrijpende onderzoek en het wordt verricht door gekwalificeerde medische beroepsbeoefenaars en dat in de mate van het mogelijke een betrouwbaar resultaat biedt.

Wanneer een dergelijk medisch onderzoek wordt verricht, zorgen de lidstaten ervoor dat:

- (a) de niet-begeleide minderjarige, voordat het verzoek om internationale bescherming wordt behandeld, in een taal die hij begrijpt of waarvan redelijkerwijze kan worden aangenomen dat hij deze begrijpt, in kennis wordt gesteld van het feit dat mogelijk een medisch onderzoek zal worden verricht om zijn leeftijd vast te stellen. Daarbij wordt onder meer informatie verstrekt over de onderzoeksmethode en over de mogelijke gevolgen van het medische onderzoek voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming, alsook over de gevolgen indien de niet-begeleide minderjarige weigert het medische onderzoek te ondergaan;
- (b) de niet-begeleide minderjarige en/of zijn vertegenwoordiger ermee instemt dat een medisch onderzoek wordt verricht om de leeftijd van de betrokken minderjarige vast te stellen, en dat
- (c) de beslissing tot afwijzing van een verzoek om internationale bescherming door een niet-begeleide minderjarige die heeft geweigerd een medisch onderzoek te ondergaan, niet enkel op die weigering wordt gebaseerd.

Het feit dat een niet-begeleide minderjarige heeft geweigerd een medisch onderzoek te ondergaan, belet de beslissingsautoriteit niet een beslissing over het verzoek om internationale bescherming te nemen.

Overeenkomstig het vereiste van doeltreffende rechterlijke toetsing verstrekt het Europees Ondersteuningsbureau voor asielzaken (EASO) praktische richtsnoeren waarin wordt bepaald dat de autoriteiten aan een verzoeker tegen wie een besluit tot betwisting van de minderjarigheid is genomen,

⁴⁸ CRC Aanbevelingen in [N.B.F. t. Spanje](#), op. cit., § 12.3.

redenen moeten geven en informatie moeten verstrekken over de wijze waarop dat besluit kan worden aangevochten.⁴⁹ In deze richtsnoeren is voorts bepaald dat een beslissing inzake leeftijdsbepaling los van en voorafgaand aan een beslissing inzake internationale bescherming moet worden genomen. Tenzij er een afzonderlijk recht bestaat om een besluit van een leeftijdsbepaling aan te vechten, wordt voorzien in een andere mogelijkheid om het resultaat van dit besluit aan te vechten via de gewone gerechtelijke weg met de steun van wettelijke vertegenwoordigers.

Hieronder volgt een samenvatting van de belangrijkste aanbevelingen van het EASO:⁵⁰

1. Het belang van het kind moet niet alleen in acht worden genomen wanneer een kind als zodanig is geïdentificeerd, maar ook wanneer er twijfel bestaat over de vraag of de verzoeker wellicht een kind is.
2. Leeftijdsbepaling moet geen routinepraktijk zijn. De noodzaak van de beoordeling moet naar behoren worden gemotiveerd op basis van gegronde twijfels over de opgegeven leeftijd.
3. De toepassing van het beginsel van het belang van het kind vereist een leeftijdsbepaling waarbij het kind centraal staat en die is aangepast aan de specifieke behoeften van de verzoeker, onder meer door rekening te houden met zijn geslacht, het betwiste leeftijdsbereik en zijn culturele achtergrond.
4. Het voordeel van de twijfel moet worden gegeven zodra er twijfel rijst over de beweerde leeftijd, tijdens de leeftijdsbepaling en tot de definitieve resultaten worden verstrekt. De verzoeker moet als een kind worden beschouwd en behandeld, tenzij en totdat hij meerderjarig blijkt te zijn.
5. Het kind, of het vermoedelijke kind, moet een voogd/vertegenwoordiger krijgen die ervoor zorgt dat het kind aan de bepaling kan deelnemen, op een kindvriendelijke, gendergevoelige en aan de leeftijd aangepaste manier over de procedure voor leeftijdsbepaling is geïnformeerd in een taal die het kind kan begrijpen en die de bepalingprocedure ook daadwerkelijk volledig begrijpt. Deze informatie is van essentieel belang om het kind in staat te stellen zijn standpunten, wensen en meningen kenbaar te maken en met kennis van zaken te beslissen om aan het proces deel te nemen.
6. De procedure voor leeftijdsbepaling moet worden uitgevoerd door middel van een holistische en multidisciplinaire aanpak die ervoor zorgt dat alle noodzakelijke waarborgen en onderzochte beginselen aanwezig zijn en de rechten van de verzoeker worden beschermd.
7. Aangezien geen enkele thans beschikbare methode de exacte leeftijd van een persoon kan bepalen, kan de leeftijd in kwestie worden teruggebracht door een combinatie van methoden waarbij niet alleen de lichamelijke ontwikkeling maar ook de rijpheid en de psychologische ontwikkeling van de verzoeker worden beoordeeld.
8. Voor de leeftijdsbepaling mogen geen methoden worden gebruikt waarbij naaktheid of het onderzoeken, observeren of meten van genitaliën of intieme delen wordt gebruikt.

In deze richtsnoeren wordt ook benadrukt dat het voordeel van de twijfel bij leeftijdsbepalingsprocedures een essentieel beginsel en waarborg is, aangezien met geen van de huidige methoden voor leeftijdsbepaling een specifieke leeftijd met zekerheid kan worden vastgesteld.⁵¹

Volgens het EU-recht moet bij de bepaling van de leeftijd van een persoon het beginsel van het voordeel van de twijfel worden toegepast. Totdat de leeftijdsbepaling is voltooid en zolang er twijfel blijft bestaan, moet de betrokkene het voordeel van de twijfel worden gegund en als een kind worden behandeld.

In overeenstemming met CRC Algemeen commentaar nr. 6 en de EU-richtlijn asielprocedures moet, indien er na de leeftijdsbepaling onzekerheid blijft bestaan, de betrokkene het voordeel van de twijfel worden gegund. Als er een mogelijkheid is dat de betrokkene een kind is, moet hij als zodanig worden behandeld.

1.4 Het recht op vrijheid

Eenieder heeft recht op vrijheid en veiligheid, uit hoofde van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) (artikel 5), het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) (artikel 6) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) (artikel 9). **Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve op wettige en uitputtende gronden en in overeenstemming met bij wet bepaalde procedures.**

Op het niveau van de Raad van Europa voorziet het EVRM in het beperkte aantal uitzonderingen op de algemene toepassing van artikel 5 in de rechtmatige detentie van migranten, of "immigratiede-

⁴⁹ EASO Practical Guides Series, *Practical Guide on Age Assessment (2e editie)*, 2018, p. 37.

⁵⁰ *ibid*, p. 11-12.

⁵¹ *ibid*, p. 22.

tentie", en alleen om te voorkomen dat zij zonder toestemming het land binnenkomen of in afwachting van hun uitzetting of uitlevering (artikel 5.1.f). In overeenstemming hiermee heeft het EHRM de beperkte reikwijdte van immigratiedetentie krachtens artikel 5(1)(b) uitgelegd met als enig doel te voldoen aan een verplichting uit hoofde van het wettelijke kader inzake migratie:

O.M. t. Hongarije, EHRM, verzoekschrift nr. 9912/15, arrest van 5 juli 2016

42. Het Hof herinnert eraan dat bewaring krachtens artikel 5 § 1 onder (b), slechts is toegestaan "om de nakoming te verzekeren" van de bij de wet voorziene verplichting. Hieruit volgt dat er op zijn minst sprake moet zijn van een niet-nakoming van een op de betrokkene rustende verplichting en dat de aanhouding en de detentie tot doel moeten hebben de nakoming van die verplichting te verzekeren en geen bestraffend karakter mogen hebben. Zodra aan de desbetreffende verplichting is voldaan, houdt de grondslag voor detentie op grond van artikel 5, § 1 (b) op te bestaan (zie Vasileva t. Denemarken, nr. 52792/99, § 36, 25 september 2003; Göthlin t. Zweden, nr. 8307/11, § 57, 16 oktober 2014). Bovendien mag aan deze verplichting geen ruime interpretatie worden gegeven. Zij moet specifiek en concreet zijn, en de aanhouding en de detentie moeten werkelijk noodzakelijk zijn om de verwezenlijking ervan te waarborgen (zie Iliya Stefanov t. Bulgarije, nr. 65755/01, § 72, 22 mei 2008).

Zowel volgens het recht en de normen van de EU als volgens internationale normen moet vrijheidsbeneming voldoen aan procedurele waarborgen en andere waarborgen inzake de mensenrechten om rechtmatig en niet willekeurig te zijn. De Werkgroep inzake willekeurige detentie (Working Group on Arbitrary Detention - WGAD) beveelt aan dat "de waarborgen tegen willekeurige aanhouding en detentie worden uitgebreid tot alle vormen van vrijheidsbeneming, met inbegrip van (...) detentie van migranten en asielzoekers."⁵²

1.5 Detentie

Detentie van migranten, hetzij bij binnenkomst, hetzij in afwachting van uitzetting, mag niet willekeurig zijn en moet te goeder trouw worden uitgevoerd op basis van een rechtsgrondslag. Volgens het internationale en het Europese recht en de internationale en Europese normen moet detentie bij immigratiecontrole veeleer de uitzondering dan de regel zijn, en een maatregel die pas in laatste instantie wordt opgelegd wanneer andere **minder restrictieve alternatieven**, to be imposed only where other **less restrictive alternatives**, zoals meldingsplicht of verblijfsbeperkingen, niet haalbaar zijn na een grondige beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden in het individuele geval.⁵³ Detentie moet worden gerechtvaardigd als redelijk, noodzakelijk en evenredig in het licht van de omstandigheden en opnieuw worden beoordeeld naarmate deze verder loopt in de tijd.⁵⁴

Volgens de internationale mensenrechtenwetgeving wordt vrijheidsbeneming niet uitsluitend gedefinieerd aan de hand van de door het nationale recht opgelegde indeling, maar wordt rekening gehouden met de realiteit van de aan de betrokkene opgelegde beperkingen. Zo kunnen personen die zijn ondergebracht in een inrichting die als "opvangcentrum", "centrum voor bewaring" of "accommodatiecentrum" wordt aangemerkt en ogenschijnlijk niet als "detentie" wordt aangemerkt, naar gelang van de aard en de duur van de beperkingen van hun bewegingsvrijheid, het cumulatieve effect ervan en de wijze waarop zij ten uitvoer zijn gelegd, uit hoofde van de internationale mensenrechtenwetgeving worden beschouwd als zijnde van hun vrijheid benomen.⁵⁵ De [VNMR-richtsnoeren inzake detentie](#) die van toepassing zijn op asielzoekers gaan uit van dezelfde benadering (blz. 9, § 7).

Hoewel er bekende en gemakkelijk herkenbare vormen of plaatsen van detentie zijn, zoals gevangenissen en penitentiaire inrichtingen, kunnen andere plaatsen die bedoeld zijn om de bewegingsvrijheid van een persoon voor immigratiedoeleinden te beperken, zoals transitzones, zeer gemakkelijk tot gevolg hebben dat een persoon van zijn vrijheid wordt beroofd, hetgeen in strijd is met de wetgeving inzake mensenrechten en vaak op een door de autoriteiten verholen wijze gebeurt. Dergelijke voorwaarden zijn door het HvJEU in de volgende zaken aan de orde gesteld in het kader van de Terugkeerrichtlijn en de Opvangrichtlijn van de EU:

⁵² Mensenrechtenraad, Verslag van de werkgroep inzake willekeurige detentie, [A/HRC/22/44](#), 24 december 2012, § 82(b).

⁵³ HvJEU, zaak *Hassen El Dridi*, zaak nr. C-61/11, 28 april 2011, § 39; HvJEU, zaak *Bashir Mohamed Ali Madi*, zaak nr. C-146/14, 5 juni 2014, § 64; [Rahimi t. Griekenland](#), EHRM, verzoekschrift nr. 8687/08, arrest van 5 april 2011, § 109.

⁵⁴ Mensenrechtencommissie, [Algemeen commentaar 35](#), § 18 [A. t. Australië](#), MRR, Mededeling nr. 560/1993, standpunten van 3 april 1997, VN doc. CCPR/C/59/D/560/1993, § 9.3-9.4 [Samba Jalloh t. Nederland](#), MRR, Mededeling nr. 794/1998, standpunten van 26 maart 2002, VN doc. CCPR/C/74/D/794/1998, § 8.2; [Nystrom t. Australië](#), MRR, Mededeling nr. 1557/2007, standpunten van 18 juli 2011, VN doc. CCPR/C/102/D/1557/2007, § 7.2 en 7.3; [Saadi t. Verenigd Koninkrijk](#), EHRM, verzoekschrift nr. 13229/03, arrest van 29 januari 2008, § 74; [Baban t. Australië](#), MRR, Mededeling 1014/2001, standpunten van 18 september 2003, VN doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, § 7.2; [Bakhtiyari t. Australië](#), MRR, Mededeling 1069/2002, Standpunten 6 november 2003, VN doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, § 9.2-9.3; VNMR, [Richtsnoeren voor de toepasselijke criteria en normen inzake de detentie van asielzoekers en alternatieven voor detentie](#) (2012), richtsnoer 4.3 en bijlage A (met een beschrijving van alternatieven voor detentie).

⁵⁵ Zie *Amuur t. Frankrijk*, EHRM, [verzoekschrift nr. 19776/92](#), Arrest van 25 juni 1996.

HvJEU, FMS e.a. t. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság en Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, Gevoegde zaken C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, 14 mei 2020

4. Richtlijn 2008/115 en richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming moeten aldus worden uitgelegd dat de aan een derdelander opgelegde plicht om permanent te verblijven in een transitzone die zich op een beperkt en afgesloten terrein bevindt, waarbinnen deze derdelander slechts beperkte bewegingsmogelijkheden heeft en bewaakt wordt, en welk terrein hij in welke richting dan ook niet op rechtmatige wijze vrijwillig kan verlaten, een vrijheidsbeneming is die kenmerkend is voor "detentie" in de zin van deze richtlijnen.

Kinderen bevinden zich door hun leeftijd in een kwetsbare situatie wanneer het gaat om vrijheidsberoving. In de migratiecontext worden zij onevenredig zwaar getroffen en bevinden zij zich in situaties met meervoudige kwetsbaarheid. Uit onderzoek blijkt de zware impact van detentie op de psychosociale ontwikkeling en het welzijn van kinderen, de ernstige verstoring van hun onderwijs en hun risico om verhandeld, uitgebuit of misbruikt te worden.⁵⁶

De Internationale Detentie Coalitie (IDC) wijst op onderzoek waaruit blijkt dat depressies, angsten, PTSS en zelfmoordgedachten alarmerend vaak voorkomen bij kinderen in detentie.⁵⁷

De VN Commissie voor de Rechten van het Kind, de Speciale Rapporteur van de VN inzake de mensenrechten van migranten⁵⁸ en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa maken allemaal duidelijk dat detentie van migrantenkinderen **niet in hun belang** is en dat detentie van kwetsbare personen, waaronder niet-begeleide kinderen, verboden is volgens het internationaal recht.

Staten hebben een positieve verplichting om niet-begeleide migrantenkinderen te beschermen en op te vangen krachtens artikel 3 EVRM en artikel 20 CRC.⁶⁰ De plicht om in het belang van het kind te handelen, vereist in de situatie van niet-begeleide minderjarigen een alomvattende beoordeling van de identiteit van het kind op een kindvriendelijke manier, met inachtneming van factoren als leeftijd, nationaliteit en culturele en andere achtergrond.

De staten zijn verplicht een bevoegde voogd en, indien nodig, een wettelijke vertegenwoordiger aan te wijzen voor asiel-, administratieve of gerechtelijke procedures. Het kind moet ook zo spoedig mogelijk bij de bevoegde schoolautoriteiten worden aangemeld en er moet voor een passende opvangregeling worden gezorgd.⁶¹

De CRC en de CMW hebben benadrukt dat: "De staten die partij zijn [bij het IVRK en het CMW] moeten de belangen van het kind beoordelen en bepalen in de verschillende fasen van de migratie- en asielprocedures die kunnen leiden tot de detentie of de uitzetting van de ouders wegens hun migratiestatus. Bij elke beslissing waarbij kinderen van hun gezin worden gescheiden, moeten procedures worden ingevoerd om de belangen van het kind te bepalen en moeten dezelfde normen worden toegepast bij de voogdij over kinderen, wanneer de belangen van het kind de eerste overweging moet zijn."⁶²

⁵⁶ Alice Farmer, "The impact of immigration detention on children", in *Forced Migration Review*, Volume 44, september 2013, p. 14-16; Save the Children Action Network, [5 Harmful Long-term Effects of Family Detention on Children](#), 3 juli 2018.

⁵⁷ Internationale Detentie Coalitie (IDC), [Captured Childhood](#), Melbourne, 2012.

⁵⁸ Verklaring van 16 mei 2016.

⁵⁹ [Resoluties 1707](#)(2010) en [1810](#)(2011).

⁶⁰ Sh.D. e.a. t. Griekenland, Oostenrijk, Kroatië, Hongarije, Noord-Macedonië, Servië en Slovenië, EHRM, verzoekschrift vr. 14165/16, arrest van 13 september 2019, § 52-62 [Khan t. Frankrijk](#), EHRM, verzoekschrift nr. 12267/16, arrest van 28 februari 2019 [Rahimi t. Griekenland](#), EHRM, verzoekschrift nr. 8687/08, arrest van 5 juli 2011.

CRC, [Algemeen commentaar nr. 6 \(2005\) Behandeling van onbegeleide en gescheiden kinderen buiten hun land van herkomst](#), CRC/GC/2005/6, 1 september 2005, § 19-22; CMW & CRC, [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind over de verplichtingen van staten met betrekking tot de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van herkomst, doorreis, bestemming en terugkeer](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 november 2017, § 11 en 17; IOM, [Unaccompanied Children on the Move – The work of the International Organization for Migration \(IOM\)](#), 2011, p.16-20.

⁶¹ [Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 3 \(2017\) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 22 \(2017\) van de Commissie voor de rechten van het kind over de verplichtingen van staten met betrekking tot de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie](#), § 32(e).

1.6 Procedurele rechten van migrantenkinderen

De belangrijkste procedurele rechten van kinderen omvatten:

- > Recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter
- > Benoeming van een voogd
- > Recht op een openbare hoorzitting
- > Juridische bijstand en vertegenwoordiging
- > Toegang tot informatie
- > Recht op privacy
- > Recht op vertolking
- > Recht op een effectief rechtsmiddel

De procedurele rechten van migrantenkinderen zullen meer in detail worden behandeld in Module III van deze reeks. In dit hoofdstuk wordt een kort overzicht gegeven van de bestaande procedurele rechten van migrantenkinderen in verband met de context en de besprekingen van deze Module.

1.7 Het recht op een gezinsleven

Het gezinsleven is een hoeksteen van de bescherming van de mensenrechten. Internationale en EU-instrumenten benadrukken het belang van het recht op een gezinsleven en op eenheid van het gezin, en de noodzaak dit recht te beschermen; alle individuen, ook migranten, zijn houders van dit recht uit hoofde van de wet. De UVRM bepaalt dat het gezin de natuurlijke en fundamentele eenheid van de samenleving is en recht heeft op bescherming door de samenleving en de staat. Het IVBPR en het EVRM bieden soortgelijke garanties en waarborgen de bescherming tegen willekeurige of onrechtmatige inmenging in het gezinsleven.⁶³ Het gebrek aan onafhankelijkheid en de inherente kwetsbaarheid van kinderen, met name in migratiecontexten, maken het effectief genieten van een gezinsleven niet alleen belangrijk, maar essentieel.⁶⁴ De schadelijke gevolgen van immigratiedetentie voor kinderen die uit onderzoek blijken, laten er geen twijfel over bestaan dat detentie het recht op gezinsleven aantast.

Zoals hierboven besproken, moeten, indien een kind bij de migratie betrokken is, ten aanzien van het kind en het gezin niet tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen worden toegepast. De CRC en de CMW hebben bevestigd dat "wanneer kinderen worden begeleid, de noodzaak om het gezin bijeen te houden geen geldige reden is om de vrijheidsberoving van een kind te rechtvaardigen. Wanneer het in het belang van het kind is om het gezin bij elkaar te houden, strekt de dwingende vereiste om het kind niet van zijn vrijheid te beroven zich uit tot de ouders van het kind en vereist het van de autoriteiten dat zij niet tot vrijheidsbeneming strekkende oplossingen voor het gehele gezin kiezen."⁶⁵ Het EHRM heeft immers geoordeeld dat het vasthouden van het kind, ook al is het samen met zijn ouder of familie, "waardoor het wordt onderworpen aan de voor dat soort instelling kenmerkende vrijheidsbenemende levensomstandigheden, kan worden beschouwd als een inmenging in de daadwerkelijke uitoefening van zijn gezinsleven".⁶⁶

RvE, Legal and Practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 7 december 2017

69. In het geval van gezinnen met kinderen is de kwestie van alternatieven ook aan de orde gesteld in verband met artikel 8 van het Verdrag. Aangezien detentie ook kan worden beschouwd als een inmenging in het recht op eerbiediging van het gezinsleven, moet elke maatregel die inbreuk maakt op dit recht, verenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 8 § 2. Bijgevolg zijn de autoriteiten verplicht rekening te houden met de belangen van de kinderen wanneer zij beoordelen of een maatregel evenredig is om het nagestreefde doel te bereiken. In het licht van de bekrachtiging door het Hof van het belang van het kind in de context van de detentie van migrantenkinderen, is sindsdien geconcludeerd dat de bescherming van het belang van het kind vereist dat gezinnen zoveel mogelijk bij elkaar worden gehouden en dat alternatieven worden overwogen, zodat de detentie van kinderen werkelijk een laatste maatregel is. Het Hof heeft dus geoordeeld dat detentie een maatregel is die niet in verhouding staat tot het nagestreefde doel, aangezien er geen reëel risico op onderduiken bestaat.

⁶³ Artikel 16.3 van het UVRM, artikel 17 van het IVBPR, artikel 8 van het EVRM.

⁶⁴ Helsinki Foundation for Human Rights, [Best interest behind bars](#), maart 2019, p. 2.

⁶⁵ Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 (2017) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 (2017) van de Commissie voor de rechten van het kind over de verplichtingen van staten met betrekking tot de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van herkomst, doorreis, bestemming en terugkeer, op. cit., § 11.

⁶⁶ *Popov t. Frankrijk*, EHRM, [verzoekschriften nrs. 39472/07 en 39474/07](#), arrest van 19 januari 2012, § 134.

II. Alternatieven voor detentie

Op grond van internationale en regionale wetgeving inzake mensenrechten, onder meer op het niveau van de EU en de Raad van Europa, zijn staten verplicht te voorzien in alternatieven voor detentie. In de context van de bescherming van kinderen heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zeer duidelijk gesteld **dat het eerbiedigen van de belangen van het kind vereist dat staten alternatieven voor detentie aannemen**. Wanneer de autoriteiten nalaten alle alternatieven voor detentie te onderzoeken, zal de detentie van een kind als willekeurig worden beschouwd en dus neerkomen op een schending van zijn recht op vrijheid en veiligheid (*Rahimi t. Griekenland*, EHRM, verzoekschrift nr. 8687/08, arrest van 5 april 2011, § 109). In sommige gevallen kan er ook sprake zijn van een schending van het absolute verbod op onmenselijke of vernederende behandeling.

Internationaal recht

Krachtens het internationaal recht dienen staten **een duidelijk kader te bieden voor de uitvoering van alternatieven voor detentie**, en ervoor te zorgen dat de toepassing ervan strookt met de waarborgen op het gebied van de mensenrechten, waaronder de beginselen van noodzakelijkheid, evenredigheid en non-discriminatie. Het besluit om personen vast te houden "moet rekening houden met minder ingrijpende middelen om hetzelfde doel te bereiken, zoals meldingsplicht, borgstelling of andere voorwaarden om onderduiken te voorkomen; en moet op gezette tijden opnieuw worden geëvalueerd en aan rechterlijke toetsing worden onderworpen."⁶⁷

PACE, Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe, Resolutie 1707 (2010)

9. (...) de Vergadering roept de lidstaten van de Raad van Europa op (...) hun verplichtingen uit hoofde van de internationale mensenrechten- en vluchtelingenwetgeving volledig na te komen, en spoort hen ertoe aan:
- 9.3. alternatieven voor detentie te overwegen en:
- 9.3.1. te voorzien in een vermoeden ten gunste van de vrijheid in het nationale recht;
 - 9.3.2. het kader voor de uitvoering van alternatieven voor detentie te verduidelijken en in de nationale wetgeving en praktijken een passend juridisch-institutioneel kader op te nemen om ervoor te zorgen dat eerst alternatieven worden overwogen, indien vrijlating of tijdelijke toelating niet wordt verleend;
- (...).

PACE, The alternatives to the immigration detention of children, Aanbeveling 2056 (2014), definitieve versie

2. De Vergadering beklemtoont dat staten die kinderen in immigratiedetentie stellen, handelen in strijd met het beginsel van het belang van het kind en de rechten van het kind schenden. Zij beroven kinderen van hun fundamenteel recht op vrijheid en brengen hen in gevaar van ernstige en levenslange lichamelijke, geestelijke en ontwikkelingsschade. Zij kunnen ook een schending inhouden van andere fundamentele kinderrechten, zoals het recht op gezin, gezondheid, onderwijs en spel. De Vergadering is van mening dat, om een einde te maken aan deze onmenselijke praktijk, de Raad van Europa een belangrijke rol te spelen heeft bij het bevorderen van alternatieven voor de immigratiedetentie van kinderen.

Deze norm wordt ook versterkt door de Vergadering van de Raad van Europa (PACE) in haar [verslag van 2017](#) waarin wordt bepaald dat "aangezien kinderen niet van hun verzorgers mogen worden gescheiden, ook voor de ouders naar alternatieve maatregelen moet worden gezocht. Staten moeten alternatieven voor detentie uitvoeren die de bescherming van de rechten, de waardigheid en het welzijn van kinderen waarborgen".⁶⁸

De [Speciale rapporteur van de VN voor de mensenrechten van migranten](#) heeft de staten in 2020 opgeroepen om een einde te maken aan de detentie van migrantenkinderen door het accent te verleggen van handhaving en dwang naar een op mensenrechten gebaseerde aanpak, die de **rechten en het welzijn van kinderen bevordert en voorziet in alternatieve opvang en verzorging** voor alle migrantenkinderen en hun gezinnen.

⁶⁷ Mensenrechtencommissie, [Algemeen commentaar 35](#), § 18; [Baban t. Australia](#), MRR, op. cit., § 7.2; [Bakhtiyari t. Australia](#), MRR, op. cit., § 9.2-9.3; zie VNMR, Richtsnoeren voor de toepasselijke criteria en normen inzake de detentie van asielzoekers en alternatieven voor detentie (2012), richtsnoer 4.3 en bijlage A (met een beschrijving van alternatieven voor detentie).

⁶⁸ PACE, *A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, oktober 2017.

MRR, Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants: Ending immigration detention of children and providing adequate care and reception for them, A/75/183, 20 juli 2020

82. Detentie van kinderen om redenen die verband houden met hun migratiestatus of die van hun ouders of voogden is altijd een schending van de rechten van het kind en kan een wrede, onmenselijke of ontorende behandeling van migrantenkinderen inhouden. Immigratiedetentie van kinderen en hun gezinnen heeft een diepgaande impact op de ontwikkeling van de fysieke, sociale, emotionele en cognitieve vaardigheden van kinderen, waardoor hun grondrechten en hun toekomst worden ontnomen.

86. (...) Meer specifiek wordt er bij de staten op aangedrongen om:

- (a) In de nationale wetgeving een uitdrukkelijk verbod op immigratiedetentie op te nemen voor alle migrantenkinderen jonger dan 18 jaar, met inbegrip van niet-begeleide kinderen en kinderen met hun familie. Er moeten beleidskaders en kwaliteitsborgingsprocessen worden vastgesteld om ervoor te zorgen dat het verbod daadwerkelijk wordt toegepast en dat migrantenkinderen de grootste bescherming krijgen;
- (c) de bestaande nationale stelsels voor kinderbescherming en -welzijn te versterken en niet-begeleide migrantenkinderen zonder enige discriminatie in deze stelsels te integreren, ongeacht de migratiestatus van het kind. Instanties voor kinderbescherming en welzijn, en niet de immigratieautoriteiten, moeten de primaire verantwoordelijkheid dragen voor de zorg en veiligheid van migrantenkinderen. De instanties voor kinderbescherming moeten van meet af aan op de hoogte worden gebracht en worden betrokken bij de identificatie van een niet-begeleid of gescheiden migrantenkind;
- (e) de eenheid van het gezin gedurende de asiel- en andere migratiegerelateerde procedures te bevorderen, zich te onthouden van elk beleid dat kan leiden tot systematische scheiding van gezinnen en passende maatregelen te nemen om scheiding van gezinnen in de context van internationale migratie te voorkomen en erop te reageren;
- (f) te zorgen voor alternatieve opvangregelingen, bij voorkeur in familieverband, voor migrantenkinderen zonder ouderlijke zorg, en tegelijkertijd de opsporing van de familie en gezinshereniging te vergemakkelijken, in het belang van het kind;
- (h) positieve actie te ondernemen om obstakels uit de weg te ruimen, teneinde de toegang van migrantenkinderen tot gezondheidszorg, onderwijs, passende huisvesting en andere rechten en essentiële diensten te waarborgen. Dergelijke maatregelen kunnen bestaan in het herzien van wet- en regelgeving, het wegnemen van administratieve belemmeringen, het ontwikkelen van firewalls tussen openbare dienstverleners en immigratiehandhavingsautoriteiten, het verstrekken van tijdelijke documentatie om de toegang tot diensten te vergemakkelijken, het leveren van concrete inspanningen om taal- en andere toegangsbelemmeringen weg te nemen, het waarborgen van de betaalbaarheid van diensten en het vergroten van het bewustzijn van de mensenrechten en de aanspraken van migrantenkinderen en hun gezinnen;

(...).

De [Speciale rapporteur van de VN voor foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing](#) heeft ook bevestigd dat **detentie van kinderen nooit in het belang** van het kind is en dat het een wrede, onmenselijke of ontorende behandeling kan zijn.⁶⁹

MRR, Verslag van de Speciale Rapporteur inzake foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, A/HRC/28/68, 5 maart 2015

80. In het kader van de administratieve handhaving van de immigratiewetgeving is het thans duidelijk dat vrijheidsbeneming van kinderen op grond van hun migratiestatus of die van hun ouders nooit in het belang van het kind is, de noodzakelijkheidsvereiste te boven gaat, kennelijk onevenredig is en een wrede, onmenselijke of ontorende behandeling van migrantenkinderen kan inhouden. [...]

De vrijheidsbeneming van kinderen die uitsluitend is gebaseerd op met immigratie verband houdende gronden, gaat de noodzakelijkheidsvereiste te boven omdat de maatregel niet absoluut noodzakelijk is om de verschijning van kinderen in een immigratieprocedure te waarbor-

⁶⁹ HRC, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, [A/HRC/28/68](#), 5 Maart 2015, para. 80.

gen of om een uitzettingsbevel ten uitvoer te leggen. [...]

De staten moeten in hun wetgeving, beleid en praktijken duidelijk maken dat het beginsel van het belang van het kind voorrang heeft boven migratiebeleid en andere administratieve overwegingen. [...]

De staten moeten de voorkeur geven aan maatregelen die de zorg voor en het welzijn van het kind bevorderen boven vrijheidsbeneming. Inrichtingen waar migrantenkinderen worden opgevangen, moeten aan alle noodzakelijke materiële voorwaarden voldoen en een adequate regeling bieden om een omvattende bescherming tegen mishandeling en foltering te waarborgen, en hun holistische ontwikkeling mogelijk te maken. Migrantenkinderen moeten worden gescheiden van kinderen die zijn beschuldigd van of veroordeeld voor strafbare feiten en van volwassenen. De Speciale Rapporteur merkt echter op dat het scheiden van migrantenkinderen van niet-verwante volwassenen soms zelf tot schade kan leiden doordat kinderen belangrijke interacties wordt ontnomen; niet-begeleide migrantenkinderen moeten derhalve ruime mogelijkheden tot bredere menselijke interactie en lichamelijke activiteit worden geboden. Wanneer kinderen worden begeleid, is de noodzaak om het gezin bijeen te houden geen voldoende reden om de vrijheidsbeneming van een kind te legitimeren of te rechtvaardigen, gezien de schadelijke gevolgen die dergelijke maatregelen hebben voor de emotionele ontwikkeling en het fysieke welzijn van kinderen.

Wanneer het in het belang van het kind is om het gezin bij elkaar te houden, strekt de dwingende vereiste om het kind niet van zijn vrijheid te beroven zich uit tot de ouders van het kind en vereist van de autoriteiten dat zij alternatieve maatregelen voor detentie voor het gehele gezin kiezen.

De CMW en de CRC roepen staten ook op om te zorgen voor de uitvoering van alternatieven voor detentie voor gezinnen met kinderen, omdat het niet legitiem is om de detentie van kinderen te rechtvaardigen door hen niet te willen scheiden van hun familie wanneer zij worden begeleid (Gezamenlijke algemene opmerkingen nrs. 4 en 23, 2017).

Gezamenlijk algemeen commentaar nr. 4 (2017) van de Commissie inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 (2017) van de Commissie voor de rechten van het kind over de verplichtingen van staten met betrekking tot de mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in landen van herkomst, doorreis, bestemming en terugkeer, 16 november 2017

11. (...) De staten moeten oplossingen aannemen die voldoen aan de belangen van het kind en aan zijn recht op vrijheid en op een gezinsleven, door middel van wetgeving, beleid en praktijken die kinderen in staat stellen bij hun familieleden en/of voogden te blijven in een niet tot vrijheidsbeneming strekkende, gemeenschapsgerichte context terwijl hun immigratiestatus wordt opgelost en de belangen van de kinderen worden beoordeeld, alsook vóór terugkeer. Wanneer kinderen niet begeleid zijn, hebben zij recht op speciale bescherming en bijstand van de staat in de vorm van alternatieve zorg en onderdak overeenkomstig de Richtsnoeren voor alternatieve zorg voor kinderen. Wanneer kinderen worden begeleid, is de noodzaak om het gezin bijeen te houden geen geldige reden om de vrijheidsberoving van een kind te rechtvaardigen. **Wanneer het in het belang van het kind is om het gezin bij elkaar te houden, strekt de dwingende vereiste om het kind niet van zijn vrijheid te beroven zich uit tot de ouders van het kind en vereist het van de autoriteiten dat zij niet tot vrijheidsbeneming strekkende oplossingen voor het gehele gezin kiezen.**
12. Bijgevolg moet immigratiedetentie voor kinderen en gezinnen bij wet worden verboden en moet de afschaffing ervan in beleid en praktijk worden gewaarborgd. Middelen voor detentie moeten worden ingezet voor niet tot vrijheidsbeneming strekkende oplossingen die worden uitgevoerd door competente kindbeschermingsactoren die in contact treden met het kind en, in voorkomend geval, met zijn gezin. De maatregelen die aan het kind en het gezin worden aangeboden, mogen geen enkele vorm van vrijheidsberoving van het kind of het gezin inhouden en moeten gebaseerd zijn op een ethiek van zorg en bescherming, niet op handhaving. Zij moeten zich richten op het oplossen van zaken in het belang van het kind en alle materiële, sociale en emotionele omstandigheden bieden die nodig zijn voor een omvattende bescherming van de rechten van het kind, rekening houdend met de holistische ontwikkeling

⁷⁰ In *C. v. Australia* (CCPR/C/76/D/900/1999, 13 November 2002), the UN Human Rights Committee (HRC) found a violation of Artikel 9.1 ICCPR on the basis that the State did not consider less intrusive means "which would take account of the author's deteriorating condition. In these circumstances, whatever the reasons for the original detention, continuance of immigration detention for over two years without individual justification and without any chance of substantive judicial review was (...) arbitrary and constituted a violation of Artikel 9, paragraph 1" (para. 8.2).

van kinderen. Onafhankelijke overheidsinstanties en maatschappelijke organisaties moeten regelmatig toezicht kunnen houden op deze voorzieningen of maatregelen. Kinderen en gezinnen moeten toegang hebben tot effectieve rechtsmiddelen in geval van enige vorm van immigratiedetentie.

Om te voldoen aan de strikte voorwaarden van **noodzakelijkheid en evenredigheid van de detentie** overeenkomstig het recht op vrijheid van artikel 9 IVBPR, moet worden aangetoond dat andere, minder ingrijpende maatregelen zijn overwogen en ontoereikend zijn bevonden.⁷⁰

In haar [Algemeen commentaar nr. 35](#) is de MRR ook uitvoerig ingegaan op de betekenis van “willekeurig” in vreemdelingendetentie, overeenkomstig artikel 9 van het IVBPR, en heeft bepaald dat “kinderen niet van hun vrijheid mogen worden beroofd, behalve als laatste redmiddel en voor de kortst mogelijke passende duur, waarbij hun belangen voorop staan wat betreft de duur en de omstandigheden van de bewaring, en tevens rekening wordt gehouden met de extreme kwetsbaarheid en de zorgbehoefte van niet-begeleide minderjarigen” (§ 18).

Het EHRM heeft geoordeeld dat bij de toepassing van artikel 5.1(f) EVRM in het bijzonder rekening moet worden gehouden met alternatieven voor detentie voor personen of groepen in kwetsbare situaties, opdat de detentie te goeder trouw en vrij van willekeur geschiedt. In het geval van niet-begeleide migrantenkinderen heeft het Hof in de zaak *Rahimi t. Griekenland* geoordeeld dat **alternatieven voor detentie moeten worden overwogen**.⁷¹

In [Bilalova e.a. t. Polen](#) constateerde het EHRM een schending van het recht op vrijheid op grond van artikel 5(1)(f), omdat het van oordeel was dat Polen de alternatieven voor de detentie van de kinderen niet correct had onderzocht.⁷²

Bilalova e.a.t. Polen, EHRM, verzoekschrift nr. 23685/14, arrest van 26 maart 2020:

78. Het Hof merkt op dat op het tijdstip waarop de autoriteiten besloten hun detentie met drie opeenvolgende maanden te verlengen, de minderjarige verzoekers reeds bijna twee maanden in hetzelfde centrum werden vastgehouden. Hoewel de materiële omstandigheden van de opvang van de betrokken partijen correct lijken te zijn geweest (...), was deze structuur ongetwijfeld een plaats van opsluiting die in vele opzichten vergelijkbaar was met penitentiaire inrichtingen (...). Het Hof herinnert er in dit verband aan dat, in soortgelijke gevallen met het onderhavige die het heeft moeten kennen, het in strijd met het Verdrag gevallen heeft vastgesteld van detentie - in structuren die vergelijkbaar zijn met die waarin de minderjarige verzoekers werden vastgehouden - van jonge minderjarigen die door hun ouders werden vergezeld voor perioden van veel kortere duur dan die in de onderhavige zaak (...).
79. Het Hof merkt op dat uit haar inmiddels vaste rechtspraak op dit gebied blijkt dat de opsluiting van jonge kinderen in dergelijke structuren in beginsel moet worden vermeden en dat alleen plaatsing voor korte tijd in passende omstandigheden verenigbaar zou kunnen zijn met het Verdrag, mits de autoriteiten echter aantonen dat zij pas hun toevlucht tot deze ultieme maatregel hebben genomen nadat zij concreet hadden vastgesteld dat er geen andere maatregel mogelijk was die minder inbreuk maakte op de vrijheid (...).
80. In casu is het Hof, gelet op de door de nationale autoriteiten ter ondersteuning van de bestreden maatregel aangevoerde redenen, van oordeel dat het niet over voldoende informatie beschikt om zich ervan te kunnen vergewissen dat zij daadwerkelijk hebben onderzocht of de detentie van de minderjarige verzoekers in de huidige omstandigheden een laatste middel was waarvoor geen alternatieve maatregel kon worden aangewend (...).

Artikel 31 van het [Verdrag](#) van 1948 Betreffende de status van vluchtelingen en het protocol van 1967 daarbij (Vluchtelingenverdrag) en de bijbehorende normen en richtsnoeren, is een vermoeden tegen detentie vastgelegd, alsmede het beginsel dat detentie moet worden gerechtvaardigd als zijnde noodzakelijk in een bepaald geval. Het bepaalt dat **de detentie van asielzoekers en vluchtelingen:**

- > nooit automatisch mag zijn,
- > alleen als laatste redmiddel mag worden gebruikt wanneer er aanwijzingen zijn dat andere, minder ingrijpende beperkingen in de specifieke omstandigheden van het geval ontoereikend zouden zijn,
- > nooit als straf mag worden gebruikt.

De **VNMRR-richtsnoeren inzake de toepasselijke criteria en normen betreffende de detentie van asielzoekers en alternatieven voor bewaring** ([“VNMRR-richtsnoeren inzake detentie”](#))

⁷¹ [Rahimi t. Griekenland](#), EHRM, verzoekschrift nr. 8687/08, arrest van 5 april 2011.

⁷² [Bilalova e.a. t. Polen](#), EHRM, verzoekschrift nr. 23685/14, arrest van 26 maart 2020.

bepalen dat “alternatieven voor detentie moeten worden overwogen” (Richtsnoer 4.3).⁷³

Volgens het [Standpunt van de VNMRR over detentie van vluchtelingen- en migrantenkinderen in migratiecontext](#) moet het belang van het kind altijd voorop staan en mag een kind nooit worden vastgehouden omwille van zijn migratiestatus of die van zijn ouders. Alternatieven voor detentie/opvangregelingen moeten altijd worden onderzocht.⁷⁴

UNHCR, Option Paper 1 - Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families, 2014, p. 2

- Asielzoekende, vluchtelingen- en migrantenkinderen mogen in beginsel niet worden vastgehouden; de detentie wordt slechts gehanteerd als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur (artikel 37(b), IVRK). Het best gewaarborgd in nationale wetgeving.
- Het belang van het kind moet de eerste overweging zijn (art. 3, IVRK).
- Er moet voorrang worden gegeven aan opvangoplossingen in familieverband en slechts in zeer beperkte gevallen aan institutionele zorg.
- Ieder kind heeft recht op de grootst mogelijke mate van lichamelijke en geestelijke gezondheid (art. 24, IVRK).
- Ieder kind heeft een fundamenteel recht om te overleven en zich zo goed mogelijk te ontwikkelen (art. 6, IVRK). Ieder kind heeft recht op onderwijs (art. 28, IVRK; art. 22, Vluchtelingenverdrag van 1951).
- Ieder kind heeft recht op rust en vrije tijd, op deelneming aan spel (art. 31, IVRK) en op het beleven van zijn cultuur (art. 30, IVRK).

VNMRR, Refugee Children: Guidelines on Protection and Care, 1994, p. 37

Alternatieve accommodatie

Indien vluchtelingenkinderen worden vastgehouden op luchthavens, in detentiecentra voor immigranten of in gevangenissen, mogen zij niet worden vastgehouden onder omstandigheden die aan gevangenissen doen denken. Er moeten speciale regelingen worden getroffen voor woonverblijven die geschikt zijn voor kinderen en hun gezinnen. Er moet alles aan worden gedaan om hen uit hun detentie vrij te laten en in andere huisvesting onder te brengen. Gezinnen moeten te allen tijde bijeen worden gehouden, zowel tijdens hun detentie als bij hun vrijlating.

PACE, A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children, oktober 2017

Benadrukt moet worden dat de opsluiting van vluchtelingenkinderen in gesloten kampen ook detentie vormt. De VNMRR stelt een reeks alternatieve maatregelen voor asielzoekers voor, waaronder huisvesting in open centra, deponering of inlevering van documenten, periodieke rapportageverplichtingen, het stellen van een borg/garantie, gestructureerd gemeenschapstoezicht en/of case-managementprogramma's (VNMRR 2012: 41). De voorgestelde alternatieven zijn niet uitputtend. **Er worden opties aangegeven die de overheidsinstanties een zekere mate van controle verschaffen over de verblijfplaats van asielzoekers, terwijl asielzoekers toch een elementaire bewegingsvrijheid behouden. Alternatieven voor detentie moeten wettelijk worden geregeld om willekeurige beperkingen van de vrijheid of de bewegingsvrijheid te voorkomen (VNMRR 2012: 22). Benadrukt moet worden dat migranten, en met name kinderen, toegang moeten krijgen tot rechtsbijstand, zelfs wanneer alternatieven van toepassing zijn.**

EU-wetgeving

De lidstaten van de EU hebben de positieve verplichting om eerst minder dwingende maatregelen te onderzoeken en toe te passen. Het ontbreken van alternatieven voor detentie in de nationale wetgeving of het nationale beleid kan niet als excuus worden gebruikt om in een individueel geval tot detentie over te gaan. Volgens het EU-recht moet detentie immers een laatste redmiddel zijn en moeten eerst alle alternatieven worden uitgeput, tenzij die alternatieven in het individuele geval niet doeltreffend kunnen worden toegepast: artikel 8.2 van de herschikte Richtlijn opvangvoorzieningen

⁷³ VNMRR, *Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, 2012, Terminology, § 7. Daarnaast heeft de VNMRR twee “option papers” uitgebracht waarin het regeringen adviseert over alternatieven voor detentie van kinderen ([option paper 1](#)) en volwassenen ([option paper 2](#)). Zie <https://www.refworld.org/docid/5523e8d94.html> en <https://www.refworld.org/docid/5523e9024.html>.

⁷⁴ Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen van de VN (UNHCR), *UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context*, januari 2017.

(2013/33/EU), artikel 18.2 van de Verordening van Dublin, artikel 15.1 van de Richtlijn terugkeer.

De herschikte Richtlijn opvangvoorzieningen verplicht de lidstaten er specifiek toe in hun nationale wetgeving regels vast te stellen voor alternatieven voor bewaring (artikel 8.4).

Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking) (EU-richtlijn opvangvoorzieningen), Doc. nr. 32013L0033

Artikel 8

Bewaring

- (...) 2. In de gevallen waarin zulks nodig blijkt en op grond van een individuele beoordeling van elk geval, mogen de lidstaten een verzoeker in bewaring houden wanneer andere, minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast.
- (...) 4. De lidstaten zorgen ervoor dat in het nationale recht regels worden vastgesteld over alternatieven voor bewaring, zoals het zich regelmatig melden bij de overheid, het stellen van een borgsom of een verplichting om op een bepaalde plaats te blijven.

Artikel 11

Bewaring van kwetsbare personen en van verzoekers met bijzondere opvangbehoeften

1. De gezondheid, met inbegrip van de geestelijke gezondheid, van verzoekers die in bewaring worden gehouden en kwetsbare personen zijn, is een primaire bezorgdheid van de nationale autoriteiten. Ingeval kwetsbare personen in bewaring worden gehouden, zorgen de lidstaten ervoor dat zij regelmatig worden gecontroleerd en de bijstand krijgen die gezien hun specifieke situatie en hun gezondheid noodzakelijk is.
2. Bewaring van minderjarigen is een maatregel die pas in laatste instantie wordt genomen en nadat is gebleken dat andere, minder dwingende maatregelen, niet doeltreffend kunnen worden toegepast. Deze bewaring moet zo kort mogelijk zijn en alles moet in het werk worden gesteld om de bewaring op te heffen en de minderjarige te plaatsen in een voor minderjarigen geschikte accommodatie. Het belang van de minderjarige, als bedoeld in artikel 23, lid 2, moet voorop staan bij de lidstaten. In bewaring gehouden minderjarigen moeten kunnen deelnemen aan vrijetijdsactiviteiten, met inbegrip van spel- en recreatieve activiteiten die passen bij hun leeftijd.
3. Niet-begeleide minderjarigen worden alleen in uitzonderlijke omstandigheden in bewaring gehouden. Alles wordt in het werk gesteld om de bewaring van niet-begeleide minderjarigen zo spoedig mogelijk op te heffen. Niet-begeleide minderjarigen worden nooit in een gevangenis in bewaring gehouden.

Zij worden zoveel als mogelijk ondergebracht in instellingen met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de noden van personen van hun leeftijd. Zij worden zoveel als mogelijk ondergebracht in instellingen met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de noden van personen van hun leeftijd.

De EU-terugkeerrichtlijn legt de lidstaten de wettelijke verplichting op om naar behoren rekening te houden met de beginselen van het belang van het kind (artikel 5) en om immigratiedetentie van kinderen en gezinnen slechts toe te passen als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur (artikelen 15 en 17).

Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (EU-terugkeerrichtlijn), doc. nr. 32008L0115

Artikel 5

Non-refoulement, belang van het kind, familie- en gezinsleven en gezondheidstoestand

Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn houden de lidstaten rekening met:

- (a) het belang van het kind;
- (b) het familie- en gezinsleven;
- (c) de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land, en eerbiedigen zij het beginsel van non-refoulement.

Artikel 15

Bewaring

1. Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kunnen de lidstaten de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien:
 - (a) er risico op onderduiken bestaat, of
 - (b) de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

De bewaring is zo kort mogelijk en duurt niet langer dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.

Artikel 17

Bewaring van minderjarigen en gezinnen

1. Niet-begeleide minderjarigen en gezinnen met minderjarigen worden slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring gesteld.
2. In bewaring gestelde gezinnen krijgen, in afwachting van verwijdering afzonderlijke accommodatie, waarbij voldoende privacy is gegarandeerd.
3. In bewaring gestelde minderjarigen wordt de mogelijkheid geboden tot vrijetijdsbesteding, 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.

Het is belangrijk te begrijpen dat zelfs in het geval dat detentie (bewaring) kan worden gerechtvaardigd door de verplichting om aan het EU-acquis te voldoen, de EU-lidstaten de EU-wetgeving niet kunnen gebruiken om de mensenrechtenverplichtingen te schenden waartoe zij uit hoofde van andere internationale instrumenten, met name het IVRK en het EVRM, verplicht zijn.

Stuurcomité voor de mensenrechten (CDDH), Raad van Europa, *Practical Guidance on Alternatives to Immigration Detention: Fostering Effective Results*, juni 2019

De noodzaak om alternatieven te onderzoeken is van bijzonder belang ten aanzien van personen in een kwetsbare situatie. Er moet naar behoren rekening worden gehouden met de bijzondere behoeften van de betrokken personen, waarbij ervoor moet worden gezorgd dat zij toegang hebben tot passende bescherming en zorg. De volgende groepen zijn specifiek behandeld door een of meer internationale instanties in niet-uitputtende, indicatieve lijsten:

- Kinderen
- Asielzoekers
- Mensen met gezondheidsaandoeningen
- LGBTI-persoon
- Staatlozen
- Slachtoffers van mensenhandel
- Zwangere vrouwen
- Slachtoffers van foltering, mishandeling en/of huiselijk geweld

Migrantenkinderen krijgen vaak te maken met meervoudige discriminatie.

Commission Members

April 2022 (for an updated list, please visit www.icj.org/commission)

President:

Prof. Robert Goldman, United States

Vice-Presidents:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Justice Radmila Dragicevic-Dicic, Serbia

Executive Committee:

Sir Nicolas Bratza, United Kingdom

(Chair) Dame Silvia Cartwright, New Zealand

Justice Martine Comte, France

Ms. Nahla Haidar El Addal, Lebanon

Mr. Shawan Jabarin, Palestine

Justice Sanji Monageng, Botswana

Ms. Mikiko Otani, Japan

Mr. Belisário dos Santos Júnior, Brazil

Prof. Marco Sassòli, Italy/Switzerland

Ms. Ambiga Sreenevasan, Malaysia

Other Commission Members:

Professor Kyong-Wahn Ahn, Republic of Korea

Justice Chinara Aidarbekova, Kyrgyzstan

Justice Adolfo Azcuna, Philippines

Ms Hadeel Abdel Aziz, Jordan

Mr Reed Brody, United States

Justice Azhar Cachalia, South Africa

Prof. Miguel Carbonell, Mexico

Justice Moses Chinhengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, United States

Justice Martine Comte, France

Mr Marzen Darwish, Syria

Mr Gamal Eid, Egypt

Mr Roberto Garretón, Chile

Ms Nahla Haidar El Addal, Lebanon

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Ms Gulnora Ishankanova, Uzbekistan

Ms Imrana Jalal, Fiji

Justice Kalthoum Kennou, Tunisia

Ms Jamesina Essie L. King, Sierra Leone

Prof. César Landa, Peru

Justice Ketil Lund, Norway

Justice Qinisile Mabuza, Swaziland

Justice José Antonio Martín Pallín, Spain

Prof. Juan Méndez, Argentina

Justice Charles Mkandawire, Malawi

Justice Yvonne Mokgoro, South Africa

Justice Tamara Morschakova, Russia

Justice Willly Mutunga, Kenya

Justice Egbert Myjer, Netherlands

Justice John Lawrence O'Meally, Australia

Ms Mikiko Otani, Japan

Justice Fatsah Ouguergouz, Algeria

Dr Jarna Petman, Finland

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Mr Alejandro Salinas Rivera, Chile

Prof. Marco Sassoli, Italy-Switzerland

Mr Michael Sfard, Israel

Justice Ajit Prakash Shah, India

Justice Kalyan Shrestha, Nepal

Ms Ambiga Sreenevasan, Malaysia

Justice Marwan Tashani, Libya

Mr Wilder Tayler, Uruguay

Justice Philippe Texier, France

Justice Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Justice Stefan Trechsel, Switzerland

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia



International
Commission
of Jurists

Rue des Buis 3
P.O. Box 1270
1211 Geneva 1
Switzerland

t + 41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org