

Repatriëren van IS-kinderen

**Een onderzoek naar de vraag in hoeverre de Nederlandse Staat een
inspanningsverplichting heeft om kinderen met een Nederlandse nationaliteit te
repatriëren uit Syrië en Irak**

Naam: Sanne van der Eerden

Studentnummer: 2007342

Administratienummer: 318471

Begeleider: Prof. Mr. Dr. I. Sumner

Voorwoord

Voor u ligt de masterscriptie ‘Repatriëren van IS-kinderen’. Deze masterscriptie is geschreven in het kader van de afronding van mijn master Rechtsgeleerdheid aan Tilburg University. Hiermee komt dan ook een einde aan mijn studietijd in Tilburg.

In deze masterscriptie heb ik willen onderzoeken in hoeverre de Nederlandse Staat een inspanningsverplichting heeft om kinderen met een Nederlandse nationaliteit te repatriëren uit Syrië en Irak. Ik ben gedurende heel 2020 bezig geweest met dit onderzoek en het schrijven van de masterscriptie. Uiteindelijk heb ik de onderzoeksvraag goed kunnen beantwoorden en ik ben dan ook tevreden met het resultaat.

Ik wil nog graag een moment nemen om mensen te bedanken voor de hulp die ik heb mogen ontvangen tijdens het schrijven van deze masterscriptie. Allereerst wil ik mijn scriptiebegeleider, prof. mr. dr. Sumner, bedanken voor de prettige begeleiding en de duidelijke feedback. Verder wil ik mijn familie bedanken. Zij hebben mij altijd gemotiveerd en gesteund.

Ik wens u veel leesplezier toe!

Sanne van der Eerden
Boxtel, oktober 2020.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Lijst met afkortingen	5
1.1 Probleemanalyse en onderzoeksdoel	7
1.1.1 <i>Probleemanalyse</i>	7
1.1.2 <i>Onderzoeksdoel en relevantie</i>	9
1.2 Onderzoeksvraag	9
1.3 Theoretisch en wetenschappelijk kader	10
1.3.1 <i>Operationalisering</i>	10
1.3.2 <i>Theoretisch kader</i>	11
1.4 Methodologie	13
1.5 Structuur van het onderzoek	15
Hoofdstuk 2: Het wettelijk kader	16
2.1 Inleiding	16
2.2 Internationaalrechtelijk kader	21
2.2.1 <i>IVRK</i>	21
2.2.2 <i>EVRM</i>	26
2.3 Recht op terugkeer	28
2.4 Rechtsmacht en effective control van de Staat	28
2.5 Conclusie	31
Hoofdstuk 3: Inspanningsverplichting volgens de Belgische rechter	34
3.1 Inleiding	34
3.2 Belgische beleid	34
3.3 Nederlands beleid	35
3.4 Uitspraak van de Belgische rechter	35
3.5 Verhouding tussen de beslissingen van de Belgische rechter en de Nederlandse rechter	37
3.6 Conclusie	38
Hoofdstuk 4: De inhoud van een eventuele inspanningsverplichting	40
4.1 Inleiding	40
4.2 Situatie ter plaatse	40
4.3 De reis	42
4.4 Aankomst in Nederland	44
4.4.1 <i>Kinderbeschermingsmaatregelen</i>	44
4.4.2 <i>Strafrechtelijke vervolging</i>	45

4.5 Conclusie.....	46
Hoofdstuk 5: conclusie.....	48
5.1 Inleiding.....	48
5.2 Wettelijk kader.....	48
5.3 Rechtsvergelijking.....	49
5.4 Aard van de inspanningsverplichting.....	49
5.5 Eindconclusie.....	50
Bibliografie	51
Jurisprudentielijst.....	61

Lijst met afkortingen

Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
BIC-model	Best Interest of the Child-Model
Brussel II bis-Vo	Brussel II bis-verordening
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GI	Gecertificeerde Instelling
HKV 1961	Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961
HKV 1996	Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Unie
IS	Islamitische Staat
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind
Jo.	Juncto
Kamerstukken II	Kamerstukken (Tweede Kamer)
KG	Kortgeding(rechter)
LAT	Landelijk Adviesteam minderjarige Terugkeerders
OVG Berlin-Brandenburg	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
NCTV	Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid
NGO	Non-gouvernementele organisatie
Nr.	Nummer
OM	Openbaar Ministerie
P.	Pagina
PYD	Syrisch-Koerdische Democratische Eenheidspartij
Red.	Redactie
Rb	Rechtbank
R.o.	Rechtsoverweging
RWN	Rijkswet op het Nederlanderschap
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdK	Raad voor de Kinderbescherming

SDF	Syrian Democratic Forces
VN	Verenigde Naties
Vzr.	Voorzieningenrechter
z.d.	Zonder datum

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Probleemanalyse en onderzoeksdoel

1.1.1 Probleemanalyse

Volgens de meest recente cijfers verblijven er 145 Nederlandse kinderen in strijdgebieden in Syrië en Irak. Een deel van deze kinderen verblijft in opvang- of detentiekampen in Syrië, waar ze leven onder zeer slechte omstandigheden. Er is een gebrek aan veiligheid, gezondheidszorg en onderwijs in dergelijke kampen.¹ De veiligheidssituatie verslechtert nog verder door de politieke spanningen in Syrië, aangezien de Amerikaanse troepen zich teruggetrokken hebben.² Hierdoor zou een langer verblijf van de kinderen in deze kampen de ontwikkeling van de kinderen kunnen schaden en bestaat er een risico dat kinderen opgroeien als een nieuwe generatie terroristen.³

Deze Nederlandse kinderen zijn mede in de opvang- of detentiekampen terecht gekomen doordat hun moeders uit eigen beweging vanuit Nederland naar Syrië en Irak zijn afgereisd. In deze landen had Islamitische Staat (IS) toentertijd de macht.⁴ De moeders sommeerden de staat om hen en de kinderen binnen vier weken te repatriëren. De rechtbank Den Haag en het gerechtshof Den Haag deden daar in 2019 uitspraak over.⁵ De Hoge Raad in 2020.⁶ Volgens de moeders is de situatie in de opvang- of detentiekampen erbarmelijk, waardoor een langer verblijf levensbedreigend is en slecht is voor de ontwikkeling van de kinderen.⁷

De rechtbank kwam tot de conclusie dat de staat zich actief in dient te zetten om de kinderen te repatriëren, maar benadrukt wel dat de staat niet gedwongen kan worden tot iets wat feitelijk onmogelijk is.⁸ Het gaat hier dan ook enkel om een inspanningsverplichting om de Nederlandse kinderen terug te halen naar Nederland. Verder betreft het een inspanningsverplichting jegens de kinderen en niet jegens hun moeders.⁹

¹ Kinderombudsman 2019.

² Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 3.2.

³ Kinderombudsman 2019; Melissen 24 november 2019.

⁴ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 2.2; Algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst z.d.

⁵ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 2.5; Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 1.4.

⁶ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 3.2.

⁸ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.24.

⁹ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.25.

Het Gerechtshof Den Haag concludeert echter dat de staat geen inspanningsverplichting heeft om de moeders maar ook niet om hun kinderen te repatriëren.¹⁰ De Hoge Raad bevestigt de uitspraak van het hof.¹¹

De vraag die vervolgens speelt is of de Staat een inspanningsverplichting heeft om, in ieder geval, de kinderen te repatriëren of niet. Bij de beantwoording van deze vraag dient onderzocht te worden of de Staat op grond van internationale verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK), een inspanningsverplichting heeft. Daarnaast speelt het probleem dat niet duidelijk is wat een inspanningsverplichting precies inhoudt. De onduidelijkheid of er een inspanningsverplichting is voor de Staat en wat deze verplichting precies inhoudt, is een probleem voor de kinderen en hun moeders. Zij zitten immers vast in opvang- of detentiekampen en leven daar onder erbarmelijke omstandigheden.¹² De onduidelijkheid over de inhoud van een dergelijke verplichting is ook zeker problematisch voor de Staat. Onduidelijk is immers hoe ver de Staat dient te gaan en hoe een operatie om kinderen te repatriëren feitelijk vormgegeven moet worden.

In dit onderzoek zal onderzocht worden of de Staat een inspanningsverplichting zou kunnen hebben om de kinderen die verblijven in Syrië en Irak en een Nederlandse nationaliteit hebben, te repatriëren. Dit wil ik onderzoeken door te achterhalen of uit internationale verdragen een dergelijke verplichting afgeleid kan worden. Ook zou ik de grondslag willen bestuderen van de uitspraak die de Belgische rechter heeft gedaan in vergelijkbare zaken. De Belgische rechter is immers tot de conclusie gekomen dat de Belgische Staat de kinderen en hun moeder dient te repatriëren.¹³ Daarnaast heb ik willen onderzoeken of zich in de geschiedenis vergelijkbare situaties hebben voorgedaan en of in die situaties de Staat eerder een verplichting heeft gehad om kinderen te repatriëren uit oorlogsgebieden, zoals Irak, Indonesië en Afghanistan. Na literatuuronderzoek te hebben verricht, kwam ik echter tot de conclusie dat vergelijkbare kwesties zoals die in dit onderzoek centraal staan zich niet eerder hebben voorgedaan. Hier ga ik in deze thesis dan ook niet verder op in. Dit is ook de reden waarom mijn onderzoeksvraag zich enkel toespitst op kinderen die zich bevinden in Syrië of Irak en niet in oorlogsgebieden

¹⁰ Hof Den Haag, 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.

¹¹ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

¹² Kinderombudsman 2019.

¹³ Bloemhof 2019.

in het algemeen. Het is een unieke situatie, die zich in de geschiedenis niet eerder heeft voorgedaan en zich mogelijk in de toekomst niet op dezelfde wijze zal voordoen.

Wanneer vervolgens de conclusie is dat Nederland deze verplichting heeft, wil ik verder onderzoeken hoe ver een dergelijke verplichting reikt. Daarin zal tevens naar voren komen wat de Hoge Raad heeft besloten en wat dit betekent voor de Staat.

1.1.2 Onderzoeksdoel en relevantie

Door middel van dit onderzoek wil ik erachter komen of de Staat een inspanningsverplichting heeft en wat deze verplichting vervolgens in zou kunnen houden. Wanneer er inderdaad sprake is van een dergelijke verplichting, dan zal dit met name voor de kinderen maar ook voor hun moeders van groot belang zijn. Voor de kinderen zal een kans op een terugkeer naar Nederland mogelijk groter zijn, waardoor hun ontwikkeling minder gevaar zal lopen. Daarnaast is dit onderzoek wetenschappelijk relevant omdat het internationaal publiekrecht en het familierecht samenkomen. Ik wil met name het internationaal publiekrecht gebruiken om te onderzoeken of er een inspanningsverplichting zou kunnen bestaan. Het familierecht ziet meer op de reikwijdte van de inspanningsverplichting.

1.2 Onderzoeksvraag

Het probleem is, kort samengevat, dat er verschillende Nederlandse kinderen vast zitten in opvang- of detentiekampen. Deze kinderen kunnen niet op eigen kracht terugkeren. De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat is dan ook:

“In hoeverre heeft de Nederlandse Staat een inspanningsverplichting om kinderen met een Nederlandse nationaliteit te repatriëren uit Syrië en Irak?”

Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- I. Volgt er uit het wettelijk kader een inspanningsverplichting om Nederlandse kinderen uit Syrië en Irak te repatriëren?
- II. In België heeft men geoordeeld dat de staat inderdaad een inspanningsverplichting heeft om kinderen uit Syrië te repatriëren. Hoe is de rechter tot deze beslissing gekomen? Hoe verhoudt de beslissing van de Belgische rechter zich ten opzichte van de beslissing van de Nederlandse rechter?

- III. Wanneer de Staat inderdaad een inspanningsverplichting zou hebben, in welke gevallen is er dan sprake van zo'n verplichting en hoe dient de Staat deze vorm te geven? Welke bevoegdheden heeft men om de kinderen te repatriëren en hoe ver reiken deze bevoegdheden?

1.3 Theoretisch en wetenschappelijk kader

1.3.1 Operationalisering

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, zullen de begrippen uit de onderzoeksvraag nader geoperationaliseerd moeten worden.

Onder kinderen worden minderjarigen verstaan. Op grond van art. 1:233 van het Burgerlijk Wetboek (BW) ben je minderjarig wanneer je de leeftijd van achttien jaar nog niet hebt bereikt. De minderjarigen die in deze onderzoeksvraag centraal staan, zijn de kinderen van de vrouwen die uit eigen beweging vanuit Nederland zijn afgereisd naar Syrië of Irak waar toentertijd IS de feitelijke macht had. Van deze kinderen is meer dan 70 procent jonger dan zes jaar. Alle andere kinderen zijn onder de twaalf jaar.¹⁴

In dit onderzoek gaat het enkel om Nederlandse kinderen. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen kinderen die in Nederland geboren zijn en kinderen die geboren zijn in Syrië of Irak. Kinderen die in Nederland geboren zijn en ten minste één juridisch ouder hebben die de Nederlandse nationaliteit bezit, worden op grond van art. 3 lid 1 Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) van rechtswege Nederlander. Zij kunnen dit bewijzen, aangezien dit in Nederland meestal geregistreerd staat. Zo kan de Nederlandse nationaliteit van het kind worden vastgesteld. Bij kinderen die in het buitenland zijn geboren, ligt dit anders. Zij kunnen wel van rechtswege de Nederlandse nationaliteit krijgen wanneer ten minste één van de juridische ouders de Nederlandse nationaliteit bezit (art. 3 lid 1 RWN). Het is voor deze kinderen echter moeilijk te bewijzen dat zij de Nederlandse nationaliteit bezitten. Een vader met de Nederlandse nationaliteit zal bijvoorbeeld een huwelijksakte moeten kunnen overleggen om aan te tonen dat hij de juridisch vader van het kind is. Wanneer de moeder de Nederlandse nationaliteit bezit, is er een geboorteakte nodig. Deze moeten vervolgens opgestuurd worden naar Nederland. Vanzelfsprekend is het moeilijk om deze aktes te verkrijgen in

¹⁴ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 1.1.

oorlogsgebieden, laat staat om ze vervolgens op te sturen. Er is hoogstwaarschijnlijk een gebrek aan infrastructuur en aan overheidsdiensten. Ook zal mogelijk de bewijskracht van dergelijke aktes discutabel zijn.¹⁵

Het gaat in dit onderzoek om de vraag of de Nederlandse Staat een inspanningsverplichting heeft. Met een inspanningsverplichting wordt bedoeld dat de Staat zich actief in moet zetten om, in dit geval, kinderen te repatriëren. De Staat moet alle mogelijkheden die er zijn om de kinderen naar Nederland te laten reizen, benutten.¹⁶ De rechtbank benadrukte dat de Staat zich tot het uiterste in dient te spannen om de kinderen te repatriëren, maar dat de Staat niet verplicht kan worden om iets te doen waar hij niet toe in staat is.¹⁷ De rechtbank eist dus niet dat de Staat grote veiligheidsrisico's neemt.¹⁸

1.3.2 Theoretisch kader

Zoals reeds genoemd, heeft de rechtbank Den Haag geoordeeld dat Nederland een inspanningsverplichting heeft om Nederlandse kinderen uit Syrië en Irak te repatriëren.¹⁹ De rechtbank neemt de internationaalrechtelijke beginselen mee in haar overweging. Van belang was onder andere artikel 2 IVRK, waaruit volgt dat kinderen niet verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de gedragingen van hun ouders. Daarnaast is artikel 3 IVRK van belang. Het belang van het kind dient op grond van die bepaling voorop te staan bij alle maatregelen die het kind betreffen. Tot slot, volgt uit artikel 6 IVRK dat ieder kind een recht op leven heeft. De rechter benadrukt dat dit artikel de opdracht geeft om de ontwikkeling van het kind en de mogelijkheden tot overleven in de ruimst mogelijke mate te waarborgen.²⁰ Verder kunnen artikel 37, artikel 39 en artikel 40 IVRK ook nog van belang zijn.²¹

Een vraag die speelt is of de eiseressen wel rechtstreeks een beroep op deze internationaalrechtelijke beginselen kunnen doen. De kinderen bevinden zich namelijk in het buitenland waar Nederland geen rechtsmacht heeft. De Staat kan er immers niet op worden aangesproken wanneer de rechten van Nederlandse kinderen in het buitenland worden geschonden. Dit geldt ook voor de rechten uit het EVRM. Met name artikel 2, artikel 3 en

¹⁵ Sandelowsky & Liefwaard 2019, p. 310.

¹⁶ Rechtspraak.nl 2019.

¹⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.11 en 4.24.

¹⁸ Rechtspraak.nl 2019.

¹⁹ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.24.

²⁰ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.4.

²¹ Sandelowsky & Liefwaard 2019, p. 311.

artikel 5 EVRM zijn van belang.²² De rechtbank kijkt vervolgens of de Staat op grond van de zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit artikel 6:162 BW een inspanningsverplichting heeft. Bij de invulling van deze zorgvuldigheidsnorm zal acht geslagen moeten worden op de rechten die voortvloeien uit het IVRK en het EVRM.²³ Aangezien vaststaat dat kinderen in de opvang- of detentiekampen onder erbarmelijke omstandigheden leven, komt volgens de rechtbank de ontwikkeling van de kinderen in gevaar en kan het zelfs leiden tot levensbedreigende situaties.²⁴ Hierdoor worden de rechten die hierboven zijn genoemd, geschonden. De Staat dient daardoor de maatregelen die redelijkerwijs nodig en mogelijk zijn, te treffen om deze kinderen te beschermen.²⁵

Het gerechtshof Den Haag heeft daarentegen besloten dat de Staat geen inspanningsverplichting heeft om de kinderen te repatriëren. Het hof overweegt immers dat de verplichtingen die voortvloeien uit de bepalingen van het IVRK en het EVRM niet van toepassing zijn, aangezien de Staat geen enkele zeggenschap en effective control heeft in Syrië.²⁶ Daarnaast kijkt het hof naar de zorgvuldigheidsnorm. De rechten uit het IVRK en het EVRM kunnen wel een rol spelen in de belangenafweging in het kader van de zorgvuldigheidsbeoordeling, maar deze rol zal minder groot zijn. Nederland heeft er geen rechtsmacht en dus heeft de staat het niet zelf in de hand of grondrechten worden nageleefd.²⁷ Het hof erkent wel dat er fundamentele belangen van Nederlandse kinderen in het geding zijn, aangezien ze in opvang- of detentiekampen onder erbarmelijke omstandigheden leven.²⁸ Het hof komt echter tot de conclusie dat er aan de Staat geen inspanningsverplichting opgelegd kan worden, aangezien de handelswijze sterk afhangt van politieke afwegingen. Hierdoor dient de rechter terughoudend te zijn bij de beoordeling, waardoor het hof geen inspanningsverplichting wil opleggen.²⁹ Het geldende recht dat hier van belang is, zijn met name bepalingen van het IVRK en het EVRM mogelijk in combinatie met artikel 6:162 BW.

De Kinderombudsman heeft kritiek geleverd op het beleid dat gevoerd wordt. Zij wil dat Nederland zich actiever op gaat stellen, door bijvoorbeeld onderwijs en zorg te regelen in opvang- of detentiekampen. Daarnaast wil ze dat Nederland zich uiterst inspant om kinderen

²² Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.5.

²³ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.7.

²⁴ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.9.

²⁵ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.10.

²⁶ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 6.3.

²⁷ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.2.

²⁸ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.5.

²⁹ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.8.

alsnog terug naar Nederland te halen.³⁰ Volgens Sandelowsky-Bosman en Liefwaard kan men de vraag stellen of de verantwoordelijkheid van de Staat, die voortvloeit uit de verplichting tot bescherming van kinderrechten, niet verdergaat dan enkel regelgevende rechtsmacht. In General Comments van het VN-Kinderrechtencomité en het VN-mensrechtencomité, in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en in de literatuur zijn argumenten te vinden waaruit blijkt dat de Staat de kinderrechten ter plaatse moet respecteren en beschermen wanneer de Staat niet handhavend optreedt. Deze verantwoordelijkheid zou bestaan indien de band tussen de verdragsstaat en de kinderen wier rechten geschonden worden, voldoende nauw is.³¹ De minister van Justitie en Veiligheid stelt daarentegen dat Nederland doordat het geen effectief gezag heeft in Syrië en Irak ook geen verplichting heeft om kinderen te repatriëren uit deze landen. Volgens Sandelowsky-Bosman en Liefwaard bevat het internationale recht echter “handvatten om deze kinderen te beschermen en hun rechten te respecteren, zelfs nu de Nederlandse overheid handhavende rechtsmacht ter plaatse ontbeert”.³²

In Duitsland en België hebben de rechters anders besloten. In Duitsland is daarnaast ook het gehele beleid omtrent repatriëring anders. De Duitse overheid zou een actievere rol op zich nemen bij uitreizigers die aangeven terug te willen keren. België verleend minder steun bij het repatriëren van uitreizigers.³³ Toch hebben rechters in België dat de Staat een handelingsplicht heeft om kinderen te helpen bij hun terugkeer naar België.³⁴

1.4 Methodologie

De probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van het geldende recht, de rechtspraak en de literatuur. Het onderzoek zal een juridisch-dogmatisch onderzoek worden in combinatie met een rechtsvergelijkend en rechtshistorisch aspect. Juridisch dogmatisch onderzoek ziet op het in kaart brengen van het geldende recht.³⁵ Voor het onderzoek zijn zoals gezegd verschillende typen bronnen noodzakelijk. Allereerst het geldende recht. Hiervoor zijn met name de internationale verdragen van belang, zoals het IVRK en het EVRM. Om invulling te geven aan de bepalingen van deze verdragen, wil ik gaan kijken naar de General Comments, die zien op de relevante bepalingen van het IVRK en het EVRM, en in de rechtspraak. Dit zal dan

³⁰ Kinderombudsman 2019, p. 4.

³¹ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 315; zie General Comment nr. 22 van het VN-kinderrechtencomité.

³² Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 324.

³³ Bakker, Sciarone & De Roy van Zuijdewijn 2019.

³⁴ Bloemhof 2019.

³⁵ Van Dijck, Snel & van Golen 2018, p. 84.

voornamelijk rechtspraak zijn van het EHRM en van de Nederlandse rechter waar bepalingen van het IVRK en het EVRM aan de orde zijn. Ook wil ik de literatuur raadplegen om de verschillende interpretaties van de relevante bepalingen te bestuderen. Dit wil ik doen door te zoeken op deze specifieke bepalingen. Door de rechtspraak, General Comments en de relevante literatuur te bestuderen, wil ik onderzoeken of uit de bepalingen van internationale verdragen een inspanningsverplichting voort kan vloeien voor de Staat om de kinderen te repatriëren.

Zoals eerder aangegeven, wilde ik rechtshistorisch onderzoek doen. Ik zou in de rechtspraak willen onderzoeken of er eerder een inspanningsverplichting is geweest om kinderen uit oorlogsgebieden te repatriëren. Bijvoorbeeld ten tijde van de Irakoorlog (2003-2011), de Indonesische onafhankelijkheidsoorlog (1945-1949) en de oorlog in Afghanistan (2001-heden).³⁶ Dit wilde ik onderzoeken door rechtspraak ten tijde van deze oorlogen te analyseren. Tevens door in de literatuur te zoeken naar de situatie van de Nederlandse kinderen in deze oorlogen en of het een wens was van deze kinderen en hun families om terug te keren naar Nederland. Daarna wil ik bekijken of de Staat hieraan meewerkte en of de Staat een verplichting had om zich actief in te spannen om de kinderen terug te laten keren. Aangezien na een literatuuronderzoek is gebleken dat er geen vergelijkbare situaties zijn geweest in de geschiedenis waarbij de Staat mogelijk een inspanningsverplichting zou hebben, ga ik hier verder niet op in.

Tot slot, kent het onderzoek ook een rechtsvergelijkend onderdeel. Zoals benoemd, hebben rechters in België geoordeeld dat de staat een inspanningsverplichting zou hebben om de kinderen en hun moeders terug te halen.³⁷ In dit onderzoek zou ik willen kijken op welke grondslag deze rechters hun beslissing hebben gebaseerd. Dit zou uitkomst kunnen bieden voor de interpretatie van bepalingen van internationale verdragen. Voor de rechtsvergelijking zal dan allereerst het beleid in kaart moeten worden gebracht wat relevant is voor de uitspraken. Ik zal daarna de uitspraken en de grondslagen daarvan analyseren. Daarna wil de uitspraken van de Belgische rechter en die van de Nederlandse rechter met elkaar vergelijken. Ik heb gekozen om de vergelijking te maken met de uitspraak Belgische rechter, aangezien België een vergelijkbaar rechtssysteem kent en omdat de Belgische rechter anders heeft geoordeeld over de kwestie van de repatriëring van kinderen uit Syrië en Irak dan Nederland.

³⁶ NOS 2010; Ministerie van Defensie; NOS december 2019.

³⁷ Rb. Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C.

1.5 Structuur van het onderzoek

In dit inleidende hoofdstuk heb ik geschetst welk probleem er speelt, namelijk dat er kinderen met een Nederlandse achtergrond verblijven in opvang- of detentiekampen in Syrië en Irak. De moeders van deze kinderen kunnen een terugkeer niet zelf regelen, dus willen zij de Staat via de rechter verplichten om de kinderen te laten repatriëren. In het tweede hoofdstuk wil ik het internationaal wettelijk kader schetsen en onderzoeken of uit internationale verdragen zoals het EVRM en het IVRK een inspanningsverplichting volgt. In het derde hoofdstuk bespreek ik de uitspraken van de Belgische rechter. De Belgische rechter ging immers uit van een handelingsplicht voor de Staat. Hierbij wil ik nagaan wat de grondslag was voor deze beslissingen en daarbij zal ik de vergelijking maken met de uitspraak van de Nederlandse rechter. In het laatste hoofdstuk wil ik gaan onderzoeken hoe een inspanningsverplichting er in de praktijk uit zou zien, wanneer de Staat inderdaad een inspanningsverplichting zou hebben. De vraag is ook hoe ver een dergelijke verplichting reikt en hoe ver de Staat daarbij mag en moet gaan.

Hoofdstuk 2: Het wettelijk kader

2.1 Inleiding

Om te onderzoeken of uit het internationale recht een inspanningsverplichting voor de Staat voortvloeit, zal allereerst het wettelijke kader moeten worden geschetst. In dit hoofdstuk zal zodoende eerst het nationaal wettelijk kader uiteengezet worden, waarbij ook zal worden ingegaan op de bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Daarna volgt het internationaal wettelijk kader, wat voornamelijk is gericht op het IVRK en het EVRM. Hierbij zullen de belangrijkste bepalingen die betrekking hebben op het al dan niet aanwezig zijn van een inspanningsverplichting voor de Staat aan bod komen. Vervolgens wordt overwogen of de bepalingen die voortvloeien uit het wettelijk kader kunnen bijdragen aan het bestaan van een mogelijke inspanningsverplichting. Daarnaast ga ik in op rechtsmacht en effective control. Nederland kan de rechten van de kinderen niet waarborgen buiten het eigen grondgebied. De vraag die dan speelt is of de Staat dan wel aangesproken kan worden wanneer de rechten van Nederlandse kinderen geschonden worden buiten hun grondgebied. Tot slot volgt mijn conclusie waarin uiteen wordt gezet of uit het wettelijk kader mogelijk een inspanningsverplichting kan worden afgeleid om de kinderen uit Syrië en Irak te repatriëren.

De deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk:

“Volgt er uit het wettelijk kader een inspanningsverplichting om Nederlandse kinderen uit Syrië en Irak te repatriëren?”

2.2 Nationaal wettelijk kader

2.2.1 Bevoegdheid van de Nederlandse rechter

Allereerst zal vastgesteld moeten worden of de Nederlandse rechter bevoegd is uitspraak te doen in zaken betreffende de mogelijke terugkeer van Nederlandse kinderen uit oorlogsgebieden. Het gaat hier om een kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming. Onder de term ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ “wordt verstaan ouderlijk gezag en iedere overeenkomstige gezagsverhouding, met inbegrip van het omgangsrecht, en alle beslissingen daaromtrent, alsmede maatregelen van kindbescherming”.³⁸

³⁸ Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 108.

Wanneer het gaat om de vraag naar de bevoegdheid van de rechter in een situatie waar de ouderlijke verantwoordelijkheid een rol speelt, dan is onder andere de Brussel II bis-verordening van belang. Daarnaast kunnen ook het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (HKV 1996) en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (HKV 1961) een rol spelen.³⁹ De Brussel II bis-verordening kan enkel van toepassing zijn wanneer een zaak betreffende de ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ binnen de toepassingsgebieden van de verordening valt. Omdat het gaat om de mogelijke repatriëring van kinderen naar Nederland, valt het binnen het materiele toepassingsgebied van de Brussel II bis-verordening (artikel 1 lid 1 sub b jo. artikel 1 lid 2 Brussel II bis-Vo). Een dergelijke zaak valt echter in beginsel niet binnen het formele toepassingsgebied, aangezien de kinderen niet een gewone verblijfplaats in Nederland hebben.⁴⁰ In de jurisprudentie is de definitie van het begrip ‘gewone verblijfplaats’ uit de Brussel II bis-verordening verder gedefinieerd.⁴¹ Zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EG) heeft gedaan in de Tweede Finse zaak en in *Mecredi*.⁴² Dit begrip moet zo worden uitgelegd dat het gaat om de plaats waar “een zekere integratie van het kind in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking” wordt gebracht.⁴³ De HvJ EG benoemt verschillende factoren waar rekening mee gehouden moet worden bij de beoordeling of sprake is van een gewone verblijfplaats, zoals “de duur, regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf op het grondgebied van een lidstaat en van de verhuizing van het gezin naar die staat, de nationaliteit van het kind, de plaats waar en de omstandigheden waaronder het naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die Staat”.⁴⁴ Enkel de fysieke aanwezigheid in een bepaald land, in dit geval Syrië of Irak, is onvoldoende om te kunnen spreken van een gewone verblijfplaats.⁴⁵ In 2017 heeft het HvJ EG een andere uitspraak gedaan waarin het begrip ‘gewone verblijfplaats’ verder is gedefinieerd. Het begrip ‘gewone verblijfplaats’ moet zo worden uitgelegd dat wanneer “een kind overeenkomstig de gemeenschappelijke wens van zijn ouders ter wereld is gekomen in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin de ouders vóór de geboorte hun gewone verblijfplaats hadden”, en daar meerdere maanden ononderbroken heeft verbleven, dan kan dit als een gewone verblijfplaats gelden.⁴⁶ Daarnaast heeft het HvJ EG in 2018 verdere uitleg gegeven

³⁹ Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 249.

⁴⁰ Ibili 2019.

⁴¹ Sumner 2015.

⁴² HvJ EG 2 april 2009, C-523/07, NJ 2009, 457 (*Tweede Finse zaak*); HvJ EG 22 december 2010, C-497/10 (*Mecredi*).

⁴³ HvJ EG 2 april 2009, C-523/07, NJ 2009, 457 (*Tweede Finse zaak*), r.o. 44; HvJ EG 22 december 2010, C-497/10 (*Mecredi*), r.o. 47.

⁴⁴ HvJ EG 2 april 2009, C-523/07, NJ 2009, 457 (*Tweede Finse zaak*), r.o. 44.

⁴⁵ HvJ EG 2 april 2009, C-523/07, NJ 2009, 457 (*Tweede Finse zaak*), r.o. 38.

⁴⁶ HvJ EG 8 juni 2017, C-111/17, ECLI:EU:C:2017:436 (*OL t. PQ*), r.o. 70.

over dit begrip. Artikel 8 lid 1 van de Brussel II bis-verordening moet zo worden uitgelegd dat een kind daadwerkelijk fysiek aanwezig moet zijn geweest in een lidstaat voordat gesproken kan worden van een gewone verblijfplaats.⁴⁷

De ouders zijn veelal vrijwillig afgereisd naar deze oorlogsgebieden, 70% van de kinderen is jonger dan zes jaar waardoor zij weinig weet hebben van het leven in Nederland en verschillende kinderen zijn in dergelijke gebieden geboren.⁴⁸ Dit zou er mijns inziens op duiden dat de kinderen hun gewone verblijfplaats hebben in Syrië dan wel Irak. De kinderen die in deze gebieden geboren zijn, zijn daar geboren vanwege de wens van hun ouders. Dit zou er daarom ook op duiden dat deze kinderen hun gewone verblijfplaats hebben in Syrië of Irak. Ook kunnen de kinderen die geboren zijn in Syrië of Irak hun gewone verblijfplaats niet in Nederland hebben, aangezien ze daar nooit fysiek aanwezig zijn geweest. Dit is nog een element wat erop wijst dat de gewone verblijfplaats van de kinderen in Syrië of Irak ligt. Dit betekent zodoende dat de Brussel II bis-verordening niet van toepassing is, waardoor de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid niet kan baseren op deze verordening.

Daarnaast kunnen het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 nog van toepassing zijn. Bovengenoemde zaak valt binnen het materiele toepassingsgebied van dit verdrag (artikel 3 HKV 1996). Het formele toepassingsgebied van dit verdrag is niet expliciet in het verdrag opgenomen. In beginsel zal vereist zijn dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsluitende staat ten tijde van de beslissing.⁴⁹ Zowel Syrië als Irak zijn geen verdragsluitende Staten, waardoor ook het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 niet van toepassing is aangezien de Nederlandse kinderen niet hun gewone verblijfplaats in een verdragsluitende staat hebben.⁵⁰ Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 is dan ook niet van toepassing.

Aangezien zowel de Brussel II bis-verordening, Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 als het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 niet van toepassing zijn, zal bepaald moeten worden of uit het nationale recht een bevoegdheid kan voortvloeien voor de Nederlandse

⁴⁷ HvJ EG 17 oktober 2018, C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835 (*UD t. XB*), R.o. 53.

⁴⁸ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 2.2 en 4.2.

⁴⁹ De Boer 2012.

⁵⁰ Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen. Geraadpleegd via: <https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/007396>.

rechter. Hiervoor zijn de artikelen 1 tot en met 14 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van belang.

Artikel 2 Rv is niet van toepassing, want dit artikel ziet op dagvaardingsprocedures. Daarentegen is artikel 3 Rv wel van toepassing aangezien dit ziet op verzoekschriftprocedures. Artikel 3 Rv verwijst echter naar artikel 4 Rv en artikel 5 Rv. Deze twee artikelen vormen de uitzondering op de hoofdregel van artikel 3 Rv, waardoor eerst artikel 4 Rv en artikel 5 Rv moeten worden nagelopen. Artikel 4 Rv ziet op huwelijkszaken en is dus niet van toepassing. Artikel 5 Rv is wel relevant aangezien dit artikel ziet op zaken betreffende ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’. Op grond van artikel 5 Rv heeft de Nederlandse rechter in dergelijke zaken geen rechtsmacht wanneer het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft. Artikel 5 Rv geeft echter ook een uitzondering. Wanneer het gaat om een zaak betreffende de ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ waar de Nederlandse rechter niet bevoegd is, dan kan hij nog bevoegd zijn “wegens de verbondenheid van de zaak met de rechtssfeer van Nederland” en wanneer hij zich “in staat acht het belang van het kind naar behoren te beoordelen”. Het criterium van voldoende verbondenheid is bewust vaag gelaten, zodat de rechter beoordelingsruimte heeft. De rechter is dan ook vrij om te beoordelen of een zaak meer verbonden is met de rechtssfeer van een ander land.⁵¹ Het enkel hebben van de Nederlandse nationaliteit duidt niet op voldoende verbondenheid van de zaak met de rechtssfeer van Nederland, daar is meer voor nodig.⁵² In een vergelijkbare zaak heeft de rechter het hebben van de Nederlandse nationaliteit wel gezien als een belangrijke factor. Daarnaast werd in de overweging meegenomen of de kinderen de Nederlandse taal machtig waren en of en in hoeverre familieleden van deze kinderen een band met hen hadden opgebouwd. Op grond hiervan zag de rechter voldoende aanknopingspunten en achtte het in het belang van het kind dat de Nederlandse rechter zich bevoegd zou verklaren.⁵³ Dit zou erop kunnen duiden dat in de zaak die hier centraal staat, ook voldoende verbondenheid aangenomen kan worden. Dan moet het kind wel bijvoorbeeld de Nederlandse nationaliteit bezitten, Nederlands spreken en/of contact hebben met familie in Nederland. De rechter overweegt dit dus per geval. Daarnaast moet het in het belang van het kind zijn dat de Nederlandse rechter bevoegd is.⁵⁴ Het zal in zaken betreffende minderjarigen die vastzitten in opvang- of detentiekampen in Syrië en Irak in het belang van het kind zijn om de Nederlandse rechter bevoegd te verklaren. De

⁵¹ Parket bij de Hoge Raad 27 augustus 2019, ECLI:NL:PHR:2019:792, r.o. 2.3.

⁵² Ibili 2006.

⁵³ Rb. Den Haag, 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10609.

⁵⁴ Sumner 2013.

mogelijkheden voor een proces in Syrië of Irak zijn hoogstwaarschijnlijk beperkt, het zijn immers landen in oorlog. Mijns inziens is het daarom aannemelijk dat de Nederlandse rechter bevoegd is. Dit is naar mijn idee in het belang van het kind, al zal dit door de rechter per geval bekeken moeten worden.

Wanneer aan de twee voorwaarden is voldaan die door artikel 5 Rv worden geschetst, dan kan de Nederlandse rechter toch bevoegd zijn ondanks dat het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft. Wanneer echter niet aan de twee voorwaarden wordt voldaan, dan biedt artikel 9 Rv nog een andere grond waarop de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid kan baseren. Artikel 9 aanhef en onder b Rv benadrukt dat de Nederlandse rechter toch bevoegd kan zijn wanneer een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk blijkt. Dat kan zijn omdat het juridisch onmogelijk dan wel feitelijk onmogelijk is.⁵⁵ Artikel 9 aanhef en onder a Rv ziet enkel op de gevallen waar een partij op komt dagen en de bevoegdheid van een rechter niet betwist. Daarnaast ziet artikel 9 aanhef en onder c Rv op dagvaardingprocedures. Op grond van artikel 9 aanhef en onder b Rv kan de Nederlandse rechter dus bevoegd zijn wanneer een gerechtelijke procedure juridisch of feitelijk onmogelijk blijkt.

2.2.2 Kinderbeschermingsmaatregelen

Op grond van artikel 1:239 BW heeft de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) een taak om Nederlandse kinderen te beschermen.⁵⁶ De RvdK kan, met het oog op het bieden van bescherming aan kinderen, verschillende maatregelen opleggen. Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen kinderen die in Syrië of Irak nog onder gezag staan en kinderen die niet meer onder gezag staan. Voor kinderen die niet onder gezag staan in Syrië of Irak kan de RvdK een voogdijmaatregel ex artikel 1:241 BW aanvragen.⁵⁷ Het gaat dan om de voorlopige voogdij-maatregel ex artikel 1:241 BW. Het moet steeds gaan om acute noodsituaties, waarbij spoedig dient te worden ingegrepen om bescherming van de minderjarige te kunnen garanderen. De minderjarige zal onder de verantwoordelijkheid van een Gecertificeerde Instelling (GI) vallen.⁵⁸

Wanneer de kinderen terugkeren met hun ouder(s) dan zal de RvdK een verzoek indienen bij de kinderrechter voor een kinderbeschermingsmaatregel. De ouder(s) worden immers bij

⁵⁵ Sumner 2013, p. 176.

⁵⁶ Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid oktober 2019.

⁵⁷ Rijksoverheid (kinderbescherming), *Terugkerende kinderen uit voormalig IS-gebied*.

⁵⁸ Bruning, Liefwaard & Vlaardingbroek 2018, p. 377.

aankomst in Nederland aangehouden. Er wordt een jeugdbeschermer aangesteld van de GI van de plek waar het kind zal gaan wonen. De GI moet de veiligheid van het kind waarborgen en de benodigde zorg verlenen.⁵⁹ Er bestaan verschillende kinderbeschermingsmaatregelen: de ondertoezichtstelling, uithuisplaatsing en de gezagsbeëindigende maatregel.⁶⁰

Artikel 1:255 BW geeft de regeling omtrent de ondertoezichtstelling. Het doel van de ondertoezichtstelling is het wegnemen van een acuut gevaar en een ernstige bedreiging voor de minderjarige (art. 1:257 BW). Een minderjarige kan door de kinderrechter onder toezicht worden gesteld van een GI wanneer de minderjarige “zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd”. De kinderrechter zal moeten beoordelen wanneer hier sprake van is. Dit hangt af van de feitelijke omstandigheden in de zaak.⁶¹ Daarnaast wordt de zorg die noodzakelijk is om het gevaar weg te nemen, niet of niet voldoende door de ouders geaccepteerd. Ook moet de verwachting zijn dat de ouders binnen een aanvaardbaar te achten termijn in staat zijn het gezag weer uit te oefenen (artikel 1:255 lid 1 BW). Hoe lang die termijn is, hangt af van de ontwikkeling en de leeftijd van het kind.⁶² De maatregel die vaak samengaat met een maatregel van ondertoezichtstelling is de uithuisplaatsing ex artikel 1:265a BW. Een uithuisplaatsing kan enkel uitgesproken worden door de kinderrechter wanneer dit “noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid” (artikel 1:265b BW).

2.2 Internationaalrechtelijk kader

2.2.1 IVRK

Zoals in hoofdstuk 1 benoemd, betreft de rechtbank artikel 2, artikel 3, artikel 6, artikel 37, artikel 39 en artikel 40 van het IVRK in de belangenafweging bij de zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit artikel 6:162 BW.⁶³ In deze paragraaf zal ik deze bepalingen verder toelichten.

Artikel 2 IVRK beschermt kinderen tegen iedere vorm van discriminatie en bestraffing. De Staat moet verder passende maatregelen nemen om het kind hiertegen te beschermen (artikel 2 lid 2 IVRK).⁶⁴ In de relevante uitspraak van de rechtbank heeft de rechter onder dit artikel

⁵⁹ Rijksoverheid (kinderbescherming), *Terugkerende kinderen uit voormalig IS-gebied*.

⁶⁰ Richtlijnen jeugdhulp en jeugdbescherming 30 juni 2020.

⁶¹ Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2018, p. 394.

⁶² Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2018, p. 395.

⁶³ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

⁶⁴ Ruitenbergh 2015.

verstaan dat kinderen niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van hun ouders.⁶⁵ De Staat heeft dus een verplichting om maatregelen te nemen om te voorkomen dat kinderen bestraft worden voor een gedraging van hun ouders.⁶⁶ Dit zal in beginsel enkel gelden voor kinderen geboren in Nederland en dus de Nederlandse nationaliteit bezitten op grond van art. 3 lid 1 RWN. Wanneer kinderen niet in Nederland geboren zijn, zal door de ouders aangetoond moeten worden dat één van beide ouders de Nederlandse nationaliteit bezit. De vraag die hier speelt is of de Staat enkel een verplichting heeft om maatregelen te nemen voor kinderen die zich op Nederlands grondgebied bevinden, of ook voor kinderen die zich buiten Nederlands grondgebied bevinden. Artikel 2 lid 2 IVRK maakt hier geen onderscheid in. Artikel 2 lid 1 IVRK geeft aan dat dit artikel geldt voor ieder kind onder hun rechtsbevoegdheid. Je zou kunnen zeggen dat kinderen van ouders die hebben besloten naar Syrië of Irak te gaan, niet anders behandeld mogen worden dan kinderen die zich in Nederland bevinden.⁶⁷ Dat is immers wat artikel 2 IVRK verbiedt.

Uit artikel 3 IVRK volgt dat bij alle maatregelen die kinderen betreffen het belang van het kind de eerste overweging vormt. Het verdrag noemt het dé eerste overweging. In de rechtspraak daarentegen vormt het belang van het kind een eerste overweging.⁶⁸ Bij het besluit van de Nederlandse Staat om de kinderen niet terug te halen en ook geen verdere bescherming te bieden, zullen de belangen van de kinderen in Syrië en Irak een eerste overweging moeten zijn. Daarnaast moet worden nagegaan wat ‘in het belang van het kind’ is. Kalverboer en Zijlstra hebben aan de hand van een literatuurstudie het Best Interest of the Child-Model (BIC-model) ontwikkeld.⁶⁹ Het uitgangspunt van het BIC-model is dat het kind een zo optimaal mogelijke kans krijgt op een goede ontwikkeling, wanneer de condities waar een omgeving aan moet voldoen voor een langere periode van goede kwaliteit zijn.⁷⁰ Om een kind zich goed te kunnen laten ontwikkelen, moeten er wel voldoende mogelijkheden zijn. Onder voldoende mogelijkheden verstaan we bijvoorbeeld goed onderwijs, band met familie, veiligheid en sociale banden.⁷¹ De condities waar een opvoedingsomgeving aan moet voldoen om het kind zo veel mogelijk kansen te bieden om zich te kunnen ontwikkelen, zijn in dit model opgenomen. Het BIC-model bestaat uit veertien omgevingscondities (zie afbeelding 1).⁷²

⁶⁵ Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.4.

⁶⁶ Liefwaard 2018.

⁶⁷ De Kinderombudsman 2018.

⁶⁸ Ruitenbergh 2015, p. 37.

⁶⁹ Beltman & Zijlstra 2013.

⁷⁰ Zijlstra 2015.

⁷¹ Kalverboer, Beltman, Van Os & Zijlstra 2017, p. 121.

⁷² Beltman & Zijlstra 2013.

Allereerst zal de actuele gezinssituatie onderzocht moeten worden. Adequate verzorging is hiervan de eerste conditie uit het BIC-model. Onder adequate verzorging wordt de zorg voor de gezondheid en fysieke gesteldheid van een kind verstaan. Het kind moet bijvoorbeeld onderdak, kleding, persoonlijke spullen, eten en inkomen hebben. Onder Veilige fysieke directe omgeving verstaan we dat er geen fysiek gevaar is voor het kind en dat er zowel thuis als in de buurt geen dreiging bestaat.⁷³ Een affectief klimaat houdt in dat ouders hun kinderen steunen en beschermen.⁷⁴ Kinderen worden gesteund om het IS-gedachtegoed aan te hangen, maar worden mijns inziens niet gesteund in het maken van hun eigen keuzes.⁷⁵ Een andere relevante omgevingsconditie is het adequaat voorbeeldgedrag door ouders. In de kampen waar de kinderen verblijven, ontbreekt dit volledig. Zo wordt het als een verplichting gezien dat de moeder haar kinderen opvoedt volgens de ideologie van IS.⁷⁶

- Gezin: actuele situatie
 - Fysiek welzijn
 - 1. Adequate verzorging
 - 2. Veilige fysieke directe omgeving
 - Opvoeding
 - 3. Affectief klimaat
 - 4. Ondersteunende flexibele opvoedingsstructuur
 - 5. Adequaaf voorbeeldgedrag ouders
 - 6. Interesse
- Toekomst en verleden
 - 7. Continuïteit in opvoeding en verzorging, toekomstperspectief
- Samenleving: actuele situatie
 - 8. Veilige fysieke wijdere omgeving
 - 9. Respect
 - 10. Sociaal netwerk
 - 11. Educatie
 - 12. Omgang met leeftijdsgenoten
 - 13. Adequaaf voorbeeldgedrag samenleving
- Toekomst en verleden
 - 14. Stabiliteit in levensomstandigheden, toekomstperspectief

Afbeelding 1: BIC-model

Daarnaast wordt de actuele situatie van de samenleving onderzocht. Daarbij dient gekeken te worden naar de veilige fysieke wijdere omgeving. Deze veilige fysieke wijdere omgeving ontbreekt, aangezien veiligheid in zowel de opvang- of detentiekampen als in de oorlogsgebieden niet gewaarborgd is. Zelfs moorden vinden plaats in het kamp Al Hol.⁷⁷ Daarnaast is er geen sprake van respect, een sociaal netwerk, onderwijs en omgang met leeftijdsgenoten.

Tot slot wordt er gekeken naar de toekomst en het verleden. Er moet nagegaan worden of er sprake is van enige continuïteit in de opvoeding en verzorging en of er stabiliteit is in de levensomstandigheden. Daarbij zal ook onderzocht moeten worden hoe dit er in de toekomst hoogstwaarschijnlijk uit zal gaan zien.⁷⁸ Continuïteit in de opvoeding en verzorging kan in de

⁷³ Zijlstra 2012, p. 20.

⁷⁴ Richtlijnen jeugdhulp en jeugdbescherming 16 juni 2020.

⁷⁵ Algemene inlichtingen- en Veiligheidsdienst 2017, p. 3.

⁷⁶ Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst 2017, p. 6.

⁷⁷ Algemeen Dagblad 2019.

⁷⁸ Zie afbeelding 1.

kampen niet geboden worden. Ook in de toekomst kan dit niet verbeterd worden, als de kinderen in de kampen zullen blijven. De omstandigheden zijn er immers slecht, waardoor enkel overleven van belang is. Daarmee hangt ook de stabiliteit in de leefomstandigheden samen. Ook dit kan nu en in de toekomst niet geboden worden.⁷⁹ Als al deze condities worden bekeken, dan kom je mijns inziens tot de conclusie dat het in het belang van het kind is om zo snel mogelijk te vertrekken uit dergelijke kampen. Het kind is het meest gebaat bij repatriëring, aangezien in zowel Syrië als Irak geen verbetering op zal treden door de situatie waarin zij verkeren.

Nederland wilde de kinderen echter niet repatriëren met het oog op de nationale veiligheid. Volgens een veiligheidsanalyse van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) is een deel van de minderjarigen geïndoctrineerd met antiwesterse denkbeelden. Hoe langer een kind echter in een bepaalde situatie leeft, hoe moeilijker dit gedrag te veranderen is. Volgens de RvdK is gedrag dat gebaseerd is op imitatie minder moeilijk af te leren dan gedrag gebaseerd op eigen overtuigingen. Dit is ook een argument om zo snel mogelijk over te gaan tot het weghalen van kinderen uit een dergelijke situatie. Ook hebben sommige minderjarigen vanaf negen jaar gevechtstraining gehad. Verder kan blootstelling aan geweld tot trauma's leiden. Ook in dit geval geldt dat hoe langer men wacht met het behandelen van een trauma, hoe groter de veiligheidsrisico's worden. Kinderen kunnen dus ook zelf het veiligheidsrisico vormen. Per individueel geval moet dan vastgesteld worden of kinderen de nationale veiligheid aan kunnen tasten of niet.⁸⁰ Daarnaast zou door het terughalen van minderjarigen de druk toenemen om ook de ouders terug te moeten halen.⁸¹ Bij het niet repatriëren zijn er ook allerlei nadelen aan verbonden als het gaat om de nationale veiligheid. Wanneer de opvang in opvang- of detentiekampen in Syrië beëindigd wordt, verdwijnt het zicht op de kinderen en hun moeders. De kinderen die in Nederland geboren zijn blijven de Nederlandse nationaliteit behouden en kunnen dus later gewoon weer terugkeren naar Nederland. Doordat ze vermoedelijk lange tijd in bijvoorbeeld Syrië of Irak geleefd hebben, kunnen ze geradicaliseerd zijn.⁸² Wanneer de beslissing om kinderen niet te repatriëren voornamelijk op deze overwegingen is gebaseerd, is het belang van het kind niet een van de eerste overwegingen. Er wordt bij de keuze voor het beleid om de kinderen niet te repatriëren niet ingegaan op de belangen van de kinderen. Zij worden echter wel ernstig in hun belangen

⁷⁹ Unicef 2019.

⁸⁰ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 320.

⁸¹ Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding december 2019, p. 1-2.

⁸² Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding december 2019, p. 3.

geschaad. Ze volgen zelden onderwijs, hebben geen toegang tot goede gezondheidszorg en leven er onder erbarmelijke omstandigheden. Op grond van artikel 3 lid 1 IVRK moet dit worden meegewogen in de belangenafweging, waarna dit afgezet moet worden tegen het belang van nationale veiligheid.⁸³ De nationale veiligheid kan dus wel degelijk de doorslag geven, zolang de belangen van de kinderen maar wel een eerste overweging vormen. Bij de keuze voor het beleid om kinderen te repatriëren is echter niet of nauwelijks naar de belangen van de kinderen gekeken, terwijl deze belangen op grond van artikel 3 lid 1 IVRK een eerste overweging moeten zijn.

Uit artikel 6 IVRK vloeit het recht op leven en ontwikkeling voort. Dit artikel betreft een plicht voor de Staat om zorg te dragen voor het welzijn en onderhoud van het kind.⁸⁴ Uit artikel 6 lid 2 IVRK volgt dat de staten “in de ruimst mogelijke mate de mogelijkheden van overleven en de ontwikkeling van het kind” moeten waarborgen. Hier lijkt een inspanningsverplichting uit voort te vloeien.⁸⁵ De overheid dient ervoor te zorgen dat kinderen kunnen overleven en moeten de ontwikkeling van kinderen stimuleren.⁸⁶ Deze bepaling noemt niet of dit enkel geldt voor kinderen die zich ook daadwerkelijk op het grondgebied van een Staat bevinden. De meeste kinderen bevinden zich in het kamp Al-Hol. Dit kamp is gelokaliseerd in het Noordoosten van Syrië. Hier worden zowel slachtoffers als aanhangers van IS opgevangen, waardoor er gevaar aanwezig blijft.⁸⁷ De omstandigheden waarin men leeft zijn erg slecht, wat ook erkend wordt door de Minister van Justitie en Veiligheid.⁸⁸ Vooral kinderen die niet afkomstig zijn uit Syrië en Irak zijn in gevaar. Zij zijn afgezonderd van de rest en hebben geen toegang tot de klinieken. Verder is er te weinig voedsel en water en is de hygiëne er slecht.⁸⁹ Dit brengt met name het leven van kinderen in gevaar. Daarnaast beschermt artikel 6 IVRK ook het recht op ontwikkeling van een kind. Volgens General Comment nr. 5 moet ontwikkeling in de zin van artikel 6 IVRK breed geïnterpreteerd worden, namelijk in de zin van mentale, spirituele, morele, psychologische, fysieke en sociale ontwikkeling.⁹⁰ Wanneer de Staat de kinderen in kampen laat zitten, zal deze bepaling dus geschonden worden.⁹¹ Ze volgen er immers geen onderwijs

⁸³ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 319

⁸⁴ Ruitenbergh 2015.

⁸⁵ Kalverboer & Winter 2007.

⁸⁶ Kinderombudsman 2018.

⁸⁷ Herschback 2019.

⁸⁸ Ministerie van Buitenlandse Zaken november 2019.

⁸⁹ Artsen zonder grenzen 2019.

⁹⁰ General Comment nr. 5, CRC/GC/2003/5.

⁹¹ Mehra 2019.

en doordat er vele IS-aanhangers woonachtig zijn in het kamp, worden kinderen beïnvloed door het gedachtegoed van IS. Dit schaadt hun ontwikkeling in ernstige mate.

Verder legt artikel 19 van het IVRK een verplichting op aan de Staat om kinderen te beschermen tegen elke vorm van mishandeling door hun ouders of door derden die belast zijn met de zorg over hen. Ook artikel 9 lid 1 IVRK kan een rol spelen wanneer de Staat enkel een inspanningsverplichting heeft om kinderen te repatriëren en niet hun moeders. Scheiding van ouder en kind mag alleen wanneer dit in het belang van het kind is.⁹²

Daarnaast bepaalt artikel 37 onder a van het IVRK dat “geen enkel kind wordt onderworpen aan foltering of aan een andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing”. Ook bepaalt artikel 37 onder b dat geen enkel kind op een onwettige of willekeurige manier van zijn of haar vrijheid wordt beroofd. In Syrië en Irak lijkt niet voldaan te worden aan deze artikelen van het IVRK.⁹³ In opvang- of detentiekampen kunnen kinderen niet ten volste van hun vrijheid genieten, aangezien zij vaak de kampen niet uit mogen. Verder bepaalt artikel 39 IVRK dat Staten alle passende maatregelen moeten nemen ter bevordering van het herstel en herintegratie in de maatschappij van een kind dat slachtoffer is van een gewapend conflict. Dit herstel is in de kampen niet mogelijk. Staten moeten echter alle passende maatregelen nemen om voor herstel te zorgen. De vraag is dan of Nederland niet meer moet doen. Tot slot bepaalt artikel 40 IVRK dat wanneer kinderen in aanraking komen met het strafrecht, ze worden behandeld op een manier die bij hun leeftijd past, er moet een eerlijk proces gekomen, de straf moet gericht zijn re-integratie en de menselijke waardigheid moet in acht genomen zijn. Dit lijkt in opvangkampen niet te gebeuren.⁹⁴ Kinderen kunnen er immers zonder reden gearresteerd en gemarteld worden.⁹⁵

2.2.2 EVRM

Artikel 2 van het EVRM regelt het recht op leven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft bepaald dat artikel 2 een positieve verplichting inhoudt om preventieve maatregelen te nemen om het leven van een individu te beschermen wanneer hij gevaar loopt door strafbare gedragingen van een ander individu. Het gaat dus specifiek om strafbare

⁹² Kinderombudsman 2018.

⁹³ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 311.

⁹⁴ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 311-312.

⁹⁵ Human Rights Watch 2019.

gedragingen door een individu en niet door een Staat. Een land schendt deze positieve verplichting wanneer zij weet hebben van de bedreiging van iemand leven maar daar geen passende maatregelen tegen nemen om het recht op leven te waarborgen.⁹⁶ De Nederlandse Staat weet van de gevaarlijke positie waar de Nederlandse kinderen zich in bevinden. In een ambtsbericht heeft de overheid bevestigd dat zij kennis heeft van de slechte omstandigheden waarin deze kinderen leven. Ze geven aan dat er baby's sterven en dat kinderen er ondervoed zijn. Wel is de toegang van hulpverleningsorganisaties er beperkt, waardoor er slechts beperkte informatie toegankelijk is.⁹⁷ Verder zijn er zeker twee Nederlandse kinderen in opvang- of detentiekampen overleden.⁹⁸ Ze voeren echter toch een passief beleid en doen niets om het recht op leven van deze kinderen te waarborgen.

Artikel 3 EVRM verbodt foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. De Staat heeft op grond van artikel 3 EVRM een positieve verplichting om kinderen hiertegen te beschermen.⁹⁹ In opvang- of detentiekampen zijn vrouwen en kinderen al eens geruild aan IS tegen gevangengenomen Koerden. Wanneer ze weer in handen vallen van IS, zullen ze waarschijnlijk nog meer worden blootgesteld aan geweld dan in de opvang- of detentiekampen.¹⁰⁰ Verder zouden kinderen er worden gemarteld nadat ze gearresteerd zijn om zo een betekenis te verkrijgen.¹⁰¹ Ook hiertegen zet de Staat zich niet actief in om kinderen te beschermen tegen deze onmenselijke behandelingen.

Artikel 5 EVRM geeft het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Vrijheid van een individu mag enkel worden ontnomen in de gevallen die artikel 5 EVRM noemt. Volgens Human Rights Watch worden kinderen gearresteerd op verdenking van IS-affiliatie. De kinderen worden zonder eerlijk proces veroordeeld tot een gevangenisstraf, wat een schending is van artikel 5 EVRM.¹⁰² Hoe langer kinderen in de opvang- of detentiekampen zitten, hoe groter de kans is dat ze opgepakt worden door de autoriteiten ter plaatse. Deze bepaling zou ook aanleiding kunnen geven om kinderen zo snel mogelijk weg te halen.

⁹⁶ EHRM 28 oktober 1998, 87/1997/871/1083, r.o. 116 (Osman/United Kingdom).

⁹⁷ Rijksoverheid 2019, p. 80.

⁹⁸ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 309.

⁹⁹ European Union agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2015, p. 114.

¹⁰⁰ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 309. Human Rights Watch 2019.

¹⁰¹ Human Rights Watch 2019.

¹⁰² Human Rights Watch 2019.

2.3 Recht op terugkeer

Artikel 3 lid 2 van het vierde protocol bij het EVRM geeft staatsburgers het recht om terug te keren naar hun land van herkomst. Dit gaat om een absoluut recht, waar geen beperkingen aan gesteld kunnen worden. Dit zou kunnen betekenen dat Staatsburgers door dit absolute recht aanspraak kunnen maken om geholpen te worden tijdens hun terugkeer. Anders kan dit recht immers niet effectief uitgeoefend worden.¹⁰³

Daarnaast geeft artikel 12 lid 4 IVBPR een vergelijkbaar recht, namelijk dat niemand toegang tot het eigen land mag worden ontnomen.¹⁰⁴ Op grond van General Comment nr. 27 wordt hiermee het land bedoeld waarmee een individu een nauwe band mee heeft.¹⁰⁵ Dit zou dan vooral van toepassing zijn op kinderen die in Nederland geboren zijn en wat minder op kinderen die in Syrië of Irak geboren zijn. De kinderen die hier niet geboren zijn, hebben immers geen nauwe band met Nederland aangezien zij nog nooit in Nederland zijn geweest, ze spreken de taal waarschijnlijk niet en kennen er niemand.

2.4 Rechtsmacht en effective control van de Staat

Om een beroep te doen op verplichtingen die voortvloeien uit bepalingen van het IVRK en EVRM moet Nederland wel een mogelijkheid hebben om aan de verplichtingen te voldoen. Het gerechtshof Den Haag was van mening dat in beginsel de verplichtingen die voortvloeien uit bepalingen van het IVRK en het EVRM niet van toepassing zijn, aangezien Nederland geen rechtsmacht en effective control heeft in Syrië en Irak.¹⁰⁶ Nederland heeft, met andere woorden, geen invloed op de eerbiediging van de rechten genoemd in dit hoofdstuk door Syrië en Irak. De vraag is of de Staat rechtsmacht heeft in de zin van artikel 1 EVRM en artikel 2 IVRK en dus toch aangesproken kan worden op eerbiediging van rechten en vrijheden van burgers, zelfs wanneer zij zich niet op Nederlands grondgebied bevinden.

In beginsel is het onrechtmatig om handhavend op te treden buiten het eigen grondgebied zonder handhavende rechtsmacht.¹⁰⁷ Het uitgangspunt is immers soevereiniteit op eigen grondgebied.¹⁰⁸ Artikel 1 EVRM stelt dat alle verdragsluitende partijen de rechten uit het EVRM moet verzekeren aan eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht. Dit betekent niet

¹⁰³ Lanotte & Haeck 2005, p. 92.

¹⁰⁴ Mehra 2019.

¹⁰⁵ General comment nr. 27, *CCPR/C/21/Rev.1/Add.9*.

¹⁰⁶ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 6.3.

¹⁰⁷ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 315.

¹⁰⁸ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.4.1.

per definitie dat iemand zich moet bevinden op het grondgebied van een staat. Artikel 1 EVRM is een resultaatverplichting. De verdragsstaten moeten de rechten en vrijheden uit het verdrag daadwerkelijk waarborgen. Dit houdt in dat een verdragsstaat actief moet optreden of juist niet moet ingrijpen in de vrijheidssfeer.¹⁰⁹ Het kan dus zo zijn dat Nederland zich actief moet inzetten om de rechten en vrijheden van haar burgers te waarborgen, zelfs wanneer zij zich niet bevinden op het grondgebied van Nederland of van een andere verdragsstaat van het EVRM.

In artikel 2 IVRK is geen territorialiteitsvereiste opgenomen. De werking van het IVRK is daarom begrensd door rechtsmacht. Rechtsmacht is niet beperkt tot de grenzen van een staat, maar kan ook daarbuiten treden.¹¹⁰ Uit General Comment nr. 22 volgt dat rechtsmacht ook buiten het grondgebied van een staat kan worden uitgeoefend, namelijk wanneer de Staat er effective control heeft.¹¹¹ Sandelowsky-Bosman en Liefwaard achten het aannemelijk dat een verdragsstaat kinderen onder zijn rechtsmacht kan laten vallen door hen een helpende hand te bieden wanneer ze de grens zo goed als bereikt hebben. Een mogelijkheid is dan om het begrip rechtsmacht zo op te rekken dat wanneer een Staat geen effective control uitoefent, maar kinderen wel een voldoende nauwe band met Nederland hebben, deze kinderen dan toch onder de rechtsmacht van Nederland te laten vallen. Een bredere uitleg van het begrip rechtsmacht zou in overeenstemming zijn met de bedoeling van het IVRK, namelijk om een kwetsbare groep te beschermen.¹¹² Deze bescherming zou dan zo breed mogelijk moeten zijn.

Het hof geeft echter als uitgangspunt voor het hebben van rechtsmacht dat een Staat “indirect een zekere feitelijke invloed zou kunnen uitoefenen op de positie van de vrouwen en kinderen”.¹¹³ Volgens de Hoge Raad heeft de Staat de mogelijkheid om feitelijke invloed uitoefenen op de positie van de kinderen en hun moeders. De Staat doet dit niet, maar deze enkele omstandigheid is niet voldoende om aan te nemen dat de Staat rechtsmacht uitoefent buiten zijn eigen grondgebied.¹¹⁴ De Hoge Raad bevestigt hiermee de uitspraak van het hof en stelt dus vast dat de kinderen en hun moeders zich niet rechtstreeks kunnen beroepen op de bovengenoemde mensenrechtenverdragen.¹¹⁵ De Hoge Raad heeft verder bevestigd dat, wanneer rechtsmacht ontbreekt, de Staat wel degelijk een bijzondere verantwoordelijkheid

¹⁰⁹ Jongbloed.nl z.d., p. 12-13.

¹¹⁰ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 316.

¹¹¹ Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 317; General comment nr. 22, *CCPR/C/21/Rev.1/Add.4*,

¹¹² Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019, p. 317.

¹¹³ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 6.3.

¹¹⁴ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.5.3.

¹¹⁵ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.7.2.

heeft om te beoordelen of een schending van mensenrechtenrechten meebrengt dat de Staat zich moet inspannen om de schending te beëindigen. Het enkel beroep doen op het gebrek aan rechtsmacht is niet voldoende.¹¹⁶

Ondanks het ontbreken van rechtsmacht kunnen de genoemde bepalingen ook indirect worden betrokken in de belangenafweging bij de zorgvuldigheidnorm die voortvloeit uit artikel 6:162 BW.¹¹⁷ Het hof betrok, in tegenstelling tot de rechtbank, naast de belangen van de kinderen ook de belangen van de vrouwen in de belangenafweging. De moeders wilden immers niet dat enkel hun kinderen gerepatriëerd zouden worden, maar wilden zelf ook teruggehaald worden. Omdat de moeders een gevaar vormen voor de nationale veiligheid, is het hof uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat de Staat geen inspanningsverplichting heeft. De nationale veiligheid is zeker een argument wat gebruikt kan worden om de moeders, en misschien de kinderen, niet te repatriëren. Het kamp Al-Hol, waar de meeste moeders en kinderen verblijven, ontwikkelt zich immers als ‘nieuw kalifaat’, waar verschillende vrouwen nog steeds leven naar de ideologie van IS. Zij beïnvloeden met hun levenswijze ook de gedachtegang van kinderen, waardoor zowel de moeders als hun kinderen een gevaar kunnen vormen voor de nationale veiligheid. Doordat de opvang- of detentiekampen een broeinest zijn voor jihadistische gedachtes, loopt de nationale veiligheid mogelijk meer gevaar wanneer kinderen op latere leeftijd terugkeren. Zij hebben dan namelijk jaren in een opvangkamp doorgebracht en zijn in die tijd blootgesteld aan deze extremistische ideologie.¹¹⁸ Daarnaast betreft het hof in zijn overweging dat de ambtenaren in Syrië grote veiligheidsrisico's lopen.¹¹⁹ Dit gaat dus boven de belangen van de kinderen en hun moeders. Het hof benoemt wel dat er verschillende mogelijkheden zijn, maar dat de afweging voor welke mogelijkheid gekozen wordt, een politieke afweging is. De Hoge Raad heeft dit nog eens bevestigd. De Staat heeft op het gebied van nationale veiligheid en buitenlands beleid een grote beleids- en beoordelingsruimte, aangezien het beleid sterk afhankelijk is van politieke afwegingen.¹²⁰ De rechter kan zodoende enkel beoordelen of een Staat in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelwijze (artikel 3:1 lid 2 Awb en artikel 3:4 Awb). Dit geldt ook wanneer er mensenrechten in het geding zijn. De belangen die voortvloeien uit het IVRK en het EVRM zullen echter wel meegenomen kunnen worden in de belangenafweging. Zoals benoemd is de nationale veiligheid zeer belangrijk in de

¹¹⁶ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.10.2.

¹¹⁷ Zoals de rechtbank deed in Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

¹¹⁸ Algemeen Dagblad 2019.

¹¹⁹ Spronken 2019.

¹²⁰ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.10.3.

belangenafweging. Het gevaar voor de nationale veiligheid is volgens de Hoge Raad niet gelegen in de terugkeer van de kinderen maar in de mogelijke terugkeer van hun ouders. De terugkeer van enkel de kinderen zou minder risico's opleveren voor de nationale veiligheid dan wanneer deze kinderen niet zo snel mogelijk terugkeren. De moeders hebben echter ingezet op een terugkeer van de kinderen en henzelf. Vandaar dat ook het gevaar dat de terugkeer van de moeders met zich meebrengt, in de belangenafweging moet worden betrokken.¹²¹ Wanneer dit afgezet wordt tegen de belangen die voortvloeien uit de mensenrechtenverdragen, kan ervoor zorgen dat het belang van de nationale veiligheid prevaleert boven de andere belangen.

2.5 Conclusie

Aangezien zowel de Brussel II-bis Verordening, Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 niet van toepassing zijn, komt het voor de bevoegdheidsvraag aan op het nationale recht. Op grond van artikel 5 Rv kan de Nederlandse rechter bevoegd zijn wanneer het in het belang van het kind is om de Nederlandse rechter bevoegd te verklaren. Mijns inziens is dit in deze kwestie het geval. Wanneer de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind bevoegd zou zijn, dan zou dat gaan om de Syrische of de Iraakse rechter. Deze rechters bevinden zich in oorlogsgebieden, waardoor mij het wel degelijk in het belang van het kind lijkt om de Nederlandse rechter bevoegd te verklaren. Daarnaast vereist artikel 5 Rv dat er sprake moet zijn van een nauwe verbondenheid van de zaak met de rechtssfeer van Nederland. De meeste kinderen zijn wel degelijk nauw verbonden met de rechtssfeer van Nederland. Ze bezitten de Nederlandse nationaliteit, spreken vaak de Nederlandse taal en zijn misschien deels in Nederland opgevoed. Aan de twee voorwaarden die artikel 5 Rv stelt, zou dus voldaan kunnen worden. De Nederlandse rechter zou daarom bevoegd kunnen zijn. Wanneer niet aan de voorwaarden van artikel 5 Rv is voldaan, dan biedt artikel 9 Rv een alternatief. Wanneer een gerechtelijke procedure onmogelijk blijkt, dan kan de Nederlandse rechter toch bevoegd zijn (art. 9 aanhef en onder b Rv).

De artikelen die in dit hoofdstuk aan de orde zijn geweest hebben veelal geen rechtstreekse werking, waardoor ze betrokken worden in de belangenafweging bij de zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit artikel 6:162 BW. Iedere bepaling afzonderlijk kan eraan bijdragen dat er een inspanningsverplichting bestaat om in elk geval de kinderen te repatriëren. Het belang van de nationale veiligheid wordt afgezet tegen de belangen die voortvloeien uit bovengenoemde

¹²¹ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.17.4.

bepalingen. Zo is men bang dat het repatriëren van kinderen vaak gepaard gaat met de terugkeer van hun moeders, of dat de kinderen een gevaar voor de maatschappij kunnen vormen. Samen zou dit ervoor kunnen zorgen dat de nationale veiligheid in gevaar komt. De moeders sympathiseren zich nog vaak met IS. Dit beïnvloedt de kinderen ook. Doordat de moeders terug willen keren met hun kinderen, moet ook het gevaar voor de nationale veiligheid die de moeders met zich meebrengen in de belangenafweging worden betrokken. Verder leven de kinderen in opvang- of detentiekampen waar veel IS-aanhangers leven, waardoor ze opgroeien met de ideeën van IS. Het is dus vanzelfsprekend dat de nationale veiligheid een grote rol speelt in de belangenafweging. Op grond van artikel 3 IVRK zullen de belangen van de kinderen echter een eerste overweging moeten zijn. De kinderen leven er onder zeer slechte omstandigheden, wat zelfs gevaar voor de levens van deze kinderen met zich meebrengt, ze worden opgepakt zonder geldige reden en ze worden gemarteld. Bovendien krijgen de kinderen er geen onderwijs en worden de kinderen er onderworpen aan het gedachtegoed van IS, wat zeer schadelijk is voor hun ontwikkeling. Door het BIC-model te gebruiken werd dit bevestigd. Dit afgezet tegen het belang van de nationale veiligheid zou ertoe kunnen leiden dat de Staat wel degelijk een inspanningsverplichting heeft. Daarnaast zou het zo snel mogelijk repatriëren van kinderen op lange termijn een goede uitwerking kunnen hebben op de nationale veiligheid. De kinderen die in Nederland geboren zijn en dus de Nederlandse nationaliteit bezitten, kunnen immers jaren later alsnog terugkeren naar Nederland aangezien zij in het bezit zijn van deze nationaliteit. Dit zou mogelijk schadelijker zijn, aangezien ze jarenlang zijn beïnvloed door het gedachtegoed van IS.

Dit alles zou er dan ook toe kunnen leiden dat de Staat, op grond van de bepalingen van het IVRK en het EVRM, een inspanningsverplichting heeft om de kinderen te repatriëren. Er bestaat echter ook een mogelijkheid dat de Staat geen inspanningsverplichting heeft. De belangen van de kinderen moeten dan echter op grond van artikel 3 IVRK wel een eerste overweging zijn geweest. De nationale veiligheid kan dan nog steeds zwaarder wegen, dan de schendingen van bepalingen van het IVRK en het EVRM. Dit is een beleidsoverweging die de Staat mag maken. Wanneer de risico's die de moeders met zich meebrengen niet in de belangafweging zouden worden betrokken en zij ook niet zouden inzetten op een terugkeer samen met hun kinderen, dan zou de terugkeer van enkel de kinderen nauwelijks gevaar opleveren voor de nationale veiligheid. Hierdoor lijken de belangen van de kinderen die voortvloeien uit het IVRK en het EVRM zwaarder te wegen, aangezien er weinig gevaar is voor de nationale veiligheid. Mijns inziens volgt uit de bepalingen van het IVRK en het EVRM een

inspanningsverplichting om de kinderen te repatriëren, tenzij de Staat aan kan tonen dat de kinderen een groot risico vormen voor de nationale veiligheid. Dit zal dus veelal op individueel niveau vastgesteld moeten worden. In het algemeen levert de terugkeer van kinderen immers nauwelijks gevaar op voor de nationale veiligheid, maar wanneer er in een individueel geval wel sprake van is, kan alsnog worden afgezien van het repatriëren van het kind. Wanneer dat niet het geval is, lijkt mij dat er voldoende grond is om de kinderen te repatriëren. Op deze manier staan de belangen van het kind voorop, maar wanneer de repatriëring van een kind een groot gevaar met zich meebrengt, dan kan alsnog de nationale veiligheid de belangrijkste overweging zijn in de belangenafweging.

Hoofdstuk 3: Inspanningsverplichting volgens de Belgische rechter

3.1 Inleiding

In België waren de rechtbank van eerste aanleg in Brussel en het hof van beroep in Brussel van mening dat er geen inspanningsverplichting bestond voor de Belgische Staat.¹²² Later, in 2019, heeft de Nederlandstalige kortgedingrechter alsnog besloten dat België enkel de kinderen moest ondersteunen om terug te kunnen keren.¹²³ Het zou hier niet gaan om een inspanningsverbintenis maar meer om een resultaatsverbintenis.¹²⁴ In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de grondslagen van de uitspraken die de Belgische rechter heeft gedaan. Alvorens dit te doen, zal eerst ingegaan worden op het beleid ten aanzien van terugkeerders van België en Nederland. Dit geeft een beter beeld van de context waarbinnen een eventuele inspanningsverplichting is bepaald.

De deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk:

“In België heeft men geoordeeld dat de staat inderdaad een inspanningsverplichting heeft om kinderen uit Syrië te repatriëren. Hoe verhoudt deze uitspraak zich tot de uitspraak van de Nederlandse rechter?”

3.2 Belgische beleid

België kent relatief het hoogste aantal uitreizigers van alle Europese landen. Het standpunt van de Belgische Staat is ongeveer dezelfde als die van de Nederlandse Staat, namelijk dat er geen actieve steun wordt verleend bij de terugkeer van strijders of hun vrouwen.¹²⁵ Verder verblijven er ongeveer 137 kinderen met de Belgische nationaliteit in Syrië.¹²⁶ In 2017 heeft de Belgische ministerraad beslist dat kinderen jonger dan tien jaar een recht krijgen om terug te keren naar België. Via een DNA-test kan vastgesteld worden dat het kind afstamt van in ieder geval één ouder met de Belgische nationaliteit.¹²⁷ In de praktijk lijkt het er echter op dat een terugkeer op een dergelijke wijze nog niet heeft plaatsgevonden. Implementatie is immers lastig.¹²⁸ In een eerder stadium heeft de Brusselse rechtbank geoordeeld dat de Belgische Staat wellicht een morele plicht heeft om de kinderen te repatriëren. De morele plicht is echter moeilijk juridisch

¹²² Rechtbank Brussel (KG) (NL) 19 juli 2018, nr. 18/28/C; Hof van Beroep Brussel 12 september 2018, NR. 2018/KR/45.

¹²³ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C.

¹²⁴ Rooms & Verhaeghe 2019.

¹²⁵ Bakker, Sciarone & De Roy van Zuijdewijn 2019, p. 21.

¹²⁶ Bakker, Sciarone & De Roy van Zuijdewijn 2019, p. 22.

¹²⁷ Nieuwsblad.be 2017.

¹²⁸ Bakker, Sciarone & De Roy van Zuijdewijn 2019, p. 22.

af te dwingen aangezien de Belgische Staat geen rechtsmacht heeft in Syrië en Irak. Wanneer volwassenen terugkeren dan worden zij preventief in detentie geplaatst.¹²⁹ In 2015, na de aanslagen in Parijs, zijn nieuwe terreurwetten ingevoerd. Nieuw in deze wetten is dat afreizen naar jihadistische gebieden strafbaar is, alsmede het deelnemen aan de strijd of zich erop voorbereiden. De straf kan oplopen tot een levenslange gevangenisstraf.¹³⁰

3.3 Nederlands beleid

In 2013 werden jihadisten niet vervolgd. Zij werden juist begeleid bij hun re-integratie. Dit beleid is veranderd vanwege de grote dreiging die jihadisten met zich meebrachten. Wanneer er een vermoeden bestaat dat iemand is uitgereisd, dan wordt een strafrechtelijk onderzoek gestart en wanneer dit redelijkerwijs mogelijk is, wordt een uitreiziger aangehouden.¹³¹

Nederland maakt verder geen onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de terugkeer en vervolging. Beiden worden gezien als een potentiële dreiging voor de samenleving en worden dus ook vervolgd. Kinderen daarentegen worden in eerste instantie gezien als slachtoffer. Aan zowel mannen, vrouwen als kinderen wordt echter geen bijstand verleend.¹³²

3.4 Uitspraak van de Belgische rechter

Op 19 juli 2018 deed de rechtbank van eerste aanleg te Brussel uitspraak in een zaak waar twee Belgische moeders met kinderen de Belgische Staat hadden gesommeerd.¹³³ Zij verbleven in een Koerdisch kamp in Syrië. De rechtbank was van oordeel dat er geen inspanningsverplichting bestond. De Belgische Staat had immers geen controle over het gebied waar de vrouwen en kinderen zich bevonden. Ook kon men daar geen gezag uitoefenen. Daarnaast vallen de vrouwen en kinderen niet onder Belgische rechtsmacht in de zin van, onder andere, artikel 2 IVRK en artikel 1 EVRM. De Belgische Rechter benoemt verder dat het recht van een eenieder om een land te verlaten in de zin van artikel 12 lid 2 van het Internationale Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) niet gegarandeerd kan worden omdat België in Syrië geen rechtsmacht heeft. Verder is onvoldoende aangetoond dat de Belgische Staat enige vorm van gezag heeft in of rond het kamp Al Hol. Daarnaast was volgens de rechtbank onvoldoende aangetoond dat de moeders en hun kinderen zich in een gevaarsituatie zouden bevinden.¹³⁴

¹²⁹ Bakker, Sciarone & De Roy van Zuidewijn 2019, p. 23.

¹³⁰ Jager 2017.

¹³¹ Jager 2017.

¹³² *Kamerstukken II* 2017/18, 32317, 512.

¹³³ Zie Rb. Brussel (KG) (NI.) 19 juli 2018, nr. 18/28/C.

¹³⁴ Wouters & Wauters 2019, p. 81.

Op 12 september 2018 deed het Hof van beroep te Brussel uitspraak. Ook het hof oordeelde dat de Belgische Staat geen inspanningsverplichting had om de kinderen te repatriëren. Het hof noemde het gebrek aan rechtsmacht als voornaamste argument om geen inspanningsverplichting toe te kennen.¹³⁵ Daarnaast vreesde het hof ervoor dat er mogelijk vermoeden is van “inmenging in de rechtsmacht van een ander land” wanneer contact zou worden gelegd met de Koerden.¹³⁶

In 2019 kwam er een verandering in opvatting. Een Brusselse kortgedingrechter besliste dat de Belgische Staat kinderen in staat moest stellen om onder begeleiding terug naar België te keren.¹³⁷ De kinderen moeten hiervoor de benodigde documenten krijgen en er moest hen consulaire bijstand verleend worden. Het recht op consulaire bijstand staat open voor personen die onmenselijk behandeld worden, in het bijzonder voor minderjarigen (artikel 3 en artikel 4 IVRK en artikel 3 EVRM).¹³⁸ Uit cumulatie van verschillende juridische bepalingen, onder andere artikel 2, artikel 3, artikel 4, artikel 5, artikel 6 en artikel 8 van het IVRK, volgt volgens de kortgedingrechter dat deze met zich mee brengen dat er een positieve handelingsplicht bestaat voor de Belgische Staat. Dit houdt een handelswijze in “die iedere normale zorgvuldige staat, geplaatst in dezelfde omstandigheden in acht zou nemen”.¹³⁹ Daarnaast gaat de kortgedingrechter in op de nauwe band met de Belgische Staat. De meeste kinderen hebben een sterke band met België die niet geëvenaard wordt door een band met een ander land. De kinderen bevinden zich in zeer nadelige omstandigheden voor hun ontwikkeling en hebben door de sterke band enkel in België een stabiel ontwikkelingsperspectief op langere termijn. Op grond hiervan moeten de benodigde documenten worden versterkt, waardoor de kinderen onder begeleiding naar België kunnen afreizen en België kunnen betreden.¹⁴⁰ De kortgedingrechter benadrukt echter wel dat de Belgische Staat geen rechtsmacht heeft in Syrië, waardoor de Staat de kinderen enkel kan begeleiden of de begeleiding kan toevertrouwen aan een NGO of vertrouwenspersoon.¹⁴¹

¹³⁵ Hof van Beroep Brussel 12 september 2018, NR. 2018/KR/45.

¹³⁶ Wouters & Wauters 2019, p. 82.

¹³⁷ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C.

¹³⁸ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C, r.o. 3.5.1.8.

¹³⁹ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C, r.o. 3.5.6.5.

¹⁴⁰ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C, r.o. 3.5.6.6.

¹⁴¹ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C r.o. 3.5.7.

Tot slot gaat de kortgedingrechter nog in op de situatie van kinderen die niet in België geboren zijn, maar hoogstwaarschijnlijk wel een Belgische ouder hebben. Door middel van een DNA-test ter plaatste zou de afstammingsband vastgesteld kunnen worden.¹⁴²

3.5 Verhouding tussen de beslissingen van de Belgische rechter en de Nederlandse rechter

In de uitspraken van de Nederlandse rechters ging het om de vraag of de Nederlandse Staat een inspanningsverplichting heeft om kinderen te repatriëren. Een inspanningsverplichting kan niet gezien worden als een resultaatsverplichting, maar de Nederlandse Staat moet er – wanneer er een inspanningsverplichting zou bestaan - wel alles aan doen en alle hulp accepteren om de kinderen te repatriëren.¹⁴³ De Belgische rechter vindt echter dat er enkel een positieve handelingsverplichting bestaat voor de Belgische Staat.¹⁴⁴ Wat inhoudt dat de Staat de documenten moet verstrekken die nodig zijn om terug te kunnen keren naar België. De kinderen mogen enkel begeleid worden, aangezien België er geen rechtsmacht heeft.¹⁴⁵ Er zit zodoende een verschil tussen de verplichtingen die beide rechters op kunnen leggen.

Het gerechtshof Den Haag vindt verder dat er geen inspanningsverplichting opgelegd kan worden, aangezien de handelswijze van de Staat sterk afhangt van politieke afwegingen. De rechter dient hierdoor terughoudend te zijn bij de beoordeling of er sprake is van een inspanningsverplichting. Zo is het hof tot de conclusie gekomen dat er geen inspanningsverplichting bestaat.¹⁴⁶ Het hof van beroep in Brussel is een andere mening toe bedaan. In een soortgelijke zaak heeft het hof in Brussel immers geoordeeld dat een bevel aan de Belgische Staat om reis- en identiteitsdocumenten te verschaffen niet betekent dat een rechter doet aan beleidsvoering. Het hof heeft enkel een dergelijke maatregel opgelegd om een einde te maken aan de schending van subjectieve rechten van kinderen.¹⁴⁷

De Brusselse kortgedingrechter ging in op het gebrek aan effectieve control in het gebied waar de vrouwen en kinderen zich bevonden. Daarnaast zou de Belgische Staat daar geen gezag uit kunnen oefenen. Ook vallen de vrouwen en kinderen niet onder Belgische rechtsmacht in de zin van, onder andere, artikel 2 IVRK en artikel 1 EVRM.¹⁴⁸ Dit was een reden waardoor in

¹⁴² Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C, r.o. 3.5.8.

¹⁴³ Rb. Den Haag (vzr.), 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.25.

¹⁴⁴ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C, r.o. 3.5.6.5.

¹⁴⁵ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C r.o. 3.5.7.

¹⁴⁶ Hof Den Haag, 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.8.

¹⁴⁷ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C, r.o. 3.5.6.7.

¹⁴⁸ Rb. Brussel (KG) (NL) 19 juli 2018, nr. 18/28/C.

deze eerste uitspraak geen inspanningsverplichting op werd gelegd aan de Staat. Het gerechtshof Den Haag heeft ook het gebrek aan effective control en rechtsmacht meegenomen in de overweging. Het hof vond dat in beginsel de verplichtingen die voortvloeien uit bepalingen van het IVRK en het EVRM niet van toepassing zijn, aangezien Nederland geen rechtsmacht en effective control heeft in Syrië en Irak.¹⁴⁹ De Hoge Raad heeft dit ook bevestigd. Wanneer de Nederlandse vrouwen kinderen toch onder rechtsmacht van de Nederlandse Staat zouden vallen, dan zou een algemene uitzondering gemaakt worden op de hoofdregel dat de Staat enkel rechtsmacht heeft over zijn grondgebied. Door het gebrek aan rechtsmacht kunnen de vrouwen en kinderen zich niet direct beroepen op de mensenrechtenverdragen.¹⁵⁰ Een andere Belgische rechter heeft bevestigd dat de Staat inderdaad geen rechtsmacht heeft. Dit staat er volgens deze rechter echter niet aan in de weg om alsnog een bepaalde inspanningsverplichting op te leggen. Wel is het zo dat de Belgische Staat enkel een begeleidende rol kan hebben.¹⁵¹ De Hoge Raad heeft echter vastgesteld ook wanneer de Staat geen rechtsmacht heeft, de Staat nog wel gehouden is om te beoordelen of de omstandigheden van het geval ertoe nopen om zich toch in te spannen om schending van mensenrechten te beëindigen. In dit geval gaat het om een politieke afweging, waardoor de Hoge Raad hierin terughoudend wil zijn.¹⁵²

3.6 Conclusie

Het verschil zit mijns inziens niet in de grondslag die beide rechters hebben gebruikt voor hun uitspraak. Zowel de Hoge Raad in Nederland als de Rechtbank Brussel erkennen dat door de vrouwen en kinderen in Syrië en Irak niet te repatriëren, daardoor verschillende mensenrechten worden geschonden en dat dit ook in stand wordt gelaten.¹⁵³ Ook benadrukken beide rechters dat er een gebrek aan rechtsmacht en aan effective control bestaat. Zowel de Nederlandse Staat als de Belgische Staat hebben geen rechtsmacht in Syrië en in Irak. Meer specifiek hebben ze geen rechtsmacht in de opvang- of detentiekampen waar de vrouwen en kinderen vaak verblijven. In een eerste uitspraak van een Belgische kortgedingrechter was het gebrek aan rechtsmacht ook een reden om geen inspanningsverplichting op te leggen aan de Belgische Staat. In een latere uitspraak van de Belgische rechter is nogmaals bevestigd dat de Belgische Staat geen rechtsmacht heeft. In tegenstelling tot de vorige uitspraak stond dit er niet aan in de weg om alsnog een inspanningsverplichting op te leggen. De Belgische Staat zou dan enkel een

¹⁴⁹ Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 6.3.

¹⁵⁰ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

¹⁵¹ Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C r.o. 3.5.7.

¹⁵² HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

¹⁵³ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148; Rechtbank Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C.

begeleidende rol vervullen. De Nederlandse Hoge Raad besloot dat het ontbreken van rechtsmacht ervoor zorgt dat er in beginsel geen inspanningsverplichting werd opgelegd. Al laat de Hoge Raad dit wel deels open. Zo is, volgens de Hoge Raad, de Staat nog gehouden om te beoordelen of de omstandigheden van het geval ertoe nopen om zich in te spannen om schending van mensenrechten van de vrouwen en kinderen te beëindigen. Mijns inziens, wil daarom het gebrek aan rechtsmacht niet zeggen dat er geen inspanningsverplichting opgelegd kan worden. De Hoge Raad besloot geen inspanningsverplichting op te leggen aangezien de beslissing om de kinderen al dan niet te repatriëren rust op politieke afwegingen, waardoor de Hoge Raad terughoudend optreedt. Mijns inziens zou de uitspraak van de Belgische rechter, die deels op dezelfde gronden is gebaseerd als de uitspraak van de Nederlandse rechter, als voorbeeld gezien kunnen worden. Eigenlijk bevestigt de Nederlandse Hoge Raad de uitspraak van de Belgische rechter voor een groot gedeelte. Het voornaamste verschil is dat de Hoge Raad zich terughoudend op wil stellen.

Een ander verschil komt tot uiting in de aard van de inspanningsverplichting. Door het gebrek aan rechtsmacht beoogt de Belgische rechter met een inspanningsverplichting enkel een verplichting op te leggen om de kinderen te begeleiden. Een actieve rol is dan dus niet mogelijk. Volgens de Nederlandse rechter zou het, wanneer hier sprake van zou zijn, echter om een inspanningsverplichting gaan. Dit houdt in dat de Nederlandse Staat zich actief in moet zetten om de Nederlandse kinderen te repatriëren. Alles wat voor de Staat mogelijk was, moest gedaan worden om de kinderen te repatriëren. Het ging niet om een resultaatverplichting, dus als het redelijkerwijs niet mogelijk was dan zou toch aan de inspanningsverplichting voldaan zijn.

Hoofdstuk 4: De inhoud van een eventuele inspanningsverplichting

4.1 Inleiding

Wanneer de conclusie zou zijn dat er een inspanningsverplichting bestaat voor de Nederlandse Staat om de kinderen te repatriëren, dan is het ook van belang te weten hoe een dergelijke verplichting mogelijk vormgegeven dient te worden en welke mogelijkheden de betrokken partijen hebben om aan die inspanningsverplichting te voldoen. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de mogelijkheden die er in Syrië en Irak zijn om de terugkeer mogelijk te maken. Daarnaast zal de reis en de begeleiding tijdens deze reis besproken worden. Tot slot, zal ingegaan worden op de aankomst in Nederland. Meer specifiek op de kinderbeschermingsmaatregelen, maar ook de mogelijke strafrechtelijke vervolging.

De deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk:

“Wanneer de Staat inderdaad een inspanningsverplichting zou hebben, in welke gevallen is er dan sprake van zo’n verplichting en hoe dient de Staat deze vorm te geven? Welke bevoegdheden heeft men om de kinderen te repatriëren en hoe ver reiken deze bevoegdheden?”

4.2 Situatie ter plaatse

De Nederlandse Staat heeft zoals gezegd geen rechtsmacht in Syrië en Irak en zal dus afhankelijk zijn van andere partijen om een mogelijke inspanningsverplichting na te komen.¹⁵⁴ De meeste kinderen verblijven in het kamp Al-Hol in Noord-Syrië.¹⁵⁵ De Koerden hebben er de leiding, maar het kamp wordt gerund door de ‘Syrian Democratic Forces (SDF).¹⁵⁶ Voor het repatriëren van deze kinderen zal dus onderhandeld moeten worden met zowel de SDF als de Koerdische autoriteiten. De Koerdische autoriteiten staan het over het algemeen niet toe dat kinderen alleen reizen, wat de situatie bemoeilijkt. De kinderen kunnen zodoende dus vaak niet van hun moeders gescheiden worden, wanneer de moeders dit al toe zouden staan.¹⁵⁷

Voordat de kinderen naar Nederland teruggehaald kunnen worden zal er onderhandeld moeten worden. Ook hier kan onderhandeld worden door het Rode Kruis.¹⁵⁸ Het Rode Kruis omschrijft

¹⁵⁴ Zie paragraaf 2.5.

¹⁵⁵ Van der Wal 2019.

¹⁵⁶ Algemeen Dagblad 2019.

¹⁵⁷ Library of congress Law 2019.

¹⁵⁸ Rode Kruis 2019.

zijn rol als die van een neutrale intermediair.¹⁵⁹ Ze hebben het recht om tussen partijen te komen wanneer een internationaal humanitair recht geschonden is.¹⁶⁰ Dit valt binnen het mandaat zoals volgt uit de Verdragen van Genève.¹⁶¹ Verder is deze rol ook vastgelegd in de Statuten van het Internationale Rode Kruis.¹⁶² De kinderen die in de opvang- of detentiekampen in Syrië en Irak verblijven, bevinden zich niet binnen het bereik van de Nederlandse overheid. Ook is de toegang tot deze gebieden beperkt, waardoor het bereiken van de kinderen moeilijk is. Verder verleent de Nederlandse Staat geen consulaire bijstand in zowel Syrië als in Irak, aangezien deze landen aangemerkt zijn als onveilig. Voor de kinderen wordt hier geen uitzondering op gemaakt.¹⁶³ Ook heeft de Nederlandse overheid geen diplomatieke betrekkingen met Syrië.¹⁶⁴ Er kan wel een beroep op consulaire bijstand worden gedaan, wanneer de moeders of hun kinderen zich melden bij een Nederlandse diplomatieke vertegenwoordiger in de omliggende landen.¹⁶⁵ Voor de moeders en hun kinderen zijn deze omliggende landen echter moeilijk te bereiken. Bronnen binnen de kampen vergelijken de kampen met een gevangenis. Zo kan de mate van beperking worden geduid. Ook worden vaak identiteitsdocumenten ingenomen waardoor de bewegingsvrijheid nog verder beperkt wordt.¹⁶⁶

In een uitspraak van de Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (OVG Berlin-Brandenburg) is de Duitse overheid verplicht om een moeder en haar kinderen te repatriëren. De rechtbank kwam in deze uitspraak tot de conclusie dat het niet onmogelijk is voor de Staat om de moeder en haar kinderen te repatriëren, mede vanwege de afspraken met de non-gouvernementele organisaties (NGO's). De Duitse Staat voerde aan dat zij geen consulaire bijstand kon verlenen ter plaatse, maar dat is door de OVG Berlin-Brandenburg ter zijde geschoven.¹⁶⁷ Het Rode Kruis is een NGO waar afspraken mee gemaakt zijn. Het niet kunnen voorzien in consulaire bijstand is dus niet altijd een reden om af te zien van een inspanningsverplichting, mede vanwege de aanwezigheid van NGO's in de desbetreffende landen.

¹⁵⁹ Rode Kruis 2019.

¹⁶⁰ Royal Higher Institute for Defence z.j.

¹⁶¹ Rode Kruis 2019.

¹⁶² International Committee of the Red Cross 2008.

¹⁶³ Kamerstukken II 2017/18, 32 317, 512, p. 1-2.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2018/19, 2531.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2018/19, 29 754 492.

¹⁶⁶ Ministerie van Buitenlandse Zaken juli 2019, p. 79.

¹⁶⁷ Library of congress Law 2019.

Ook op andere vlakken is de situatie complex. Zoals in onder andere paragraaf 2.2.1 is benoemd, dient er onderscheid gemaakt te worden tussen de kinderen die in Nederland geboren zijn en kinderen die geboren zijn in Syrië en Irak. De Nederlandse nationaliteit van deze laatste groep kinderen zal nog aangetoond moeten worden. Volgens de Nederlandse Staat is de situatie in Syrië dermate onveilig dat dit zeer moeilijk is.¹⁶⁸

Daarnaast is het juridisch gezien lastig om kinderen van hun ouders te scheiden. Het actief terughalen van kinderen heeft dan ook vaak het gevolg dat ook de moeders mee terugkeren, tenzij de moeders geen gezag meer hebben over de kinderen. De moeders zullen in Nederland wel tegen strafvervolging aanlopen.¹⁶⁹

4.3 De reis

4.3.1 Politieke situatie

Het opvangkamp Al Hol wordt bewaakt door de SDF. De SDF is ook een deelnemer aan het conflict.¹⁷⁰ Het kamp bevindt zich in het Noordoosten van Syrië. Dit gebied wordt aangemerkt als Koerdisch gebied.¹⁷¹ Het Koerdisch gebied, ook wel federatie genoemd, bestaat uit twee kantons, namelijk Kobani en Jazira. De Syrisch-Koerdische Democratische Eenheidspartij (Partiya Yekîtiya demokrat, PYD) regeert over dit gebied. Daarnaast heeft de SDF een groot deel van het noordoosten van Syrië in handen.¹⁷² De SDF is een Koerdisch-Arabisch militie die in Syrië de belangrijkste strijd tegen IS leverde.¹⁷³ Het kamp waar de meeste vrouwen kinderen verblijven, Al Hol, staat onder controle van de Koerdische autoriteiten. De SDF bewaakt het kamp.¹⁷⁴

De Verenigde Staten heeft de Koerden jarenlang gesteund in hun strijd tegen IS in Syrië. In 2019 trok de Verenigde Staten zich terug uit Syrië, nadat IS was verslagen. Turkije wil vervolgens een ‘veilige zone’ creëren langs de grens, waar veel Syrische vluchtelingen opgevangen kunnen worden. In de veilige zone moeten de Syrisch-Koerdische strijders vertrekken. De Verenigde Staten heeft vervolgens laten weten niet te zullen helpen verdedigen

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2018/19, 29 754 492.

¹⁶⁹ Kamerstukken II 2018/19, 29 754 492.

¹⁷⁰ Ministerie van Buitenlandse Zaken juli 2019, p. 80.

¹⁷¹ Ministerie van Buitenlandse Zaken juli 2019, p. 79.

¹⁷² Ministerie van Buitenlandse Zaken juli 2019, p. 60.

¹⁷³ Trouw 2020; Geerdink 2020.

¹⁷⁴ Geerdink 2020.

tegen aanvallen van de Turken.¹⁷⁵ Al Hol ligt echter niet in de veilige zone die is gecreëerd door Turkije. Veel Koerdische strijders zijn opgeroepen mee te vechten tegen de Turken, waardoor de bewaking minder omvangrijk is.¹⁷⁶

4.3.2 Mogelijke routes

De opvang- en detentiekampen zijn op het moment van schrijven nog bereikbaar over de weg. Daarnaast bevinden de belangrijkste kampen, Al Hol en Al Roj, zich ver van het strijdgebied af. Het grootste kamp, Al Hol, bevindt zich op anderhalf uur rijden van het strijdgebied en Al Roj op bijna drie uur. De grensovergangen met Irak zijn nog steeds in handen van de Koerden. Aangezien de Koerden graag willen dat de kampen leeggehaald worden, zullen ze hoogstwaarschijnlijk behulpzaam zijn bij het doorlaten van Nederlanders.¹⁷⁷ De moeders zullen dan met hun kinderen mee moeten gaan, omdat de Koerden niet enkel de kinderen willen laten gaan.¹⁷⁸ Wanneer de moeders nog gezag hebben over de kinderen, zullen zij immers mee moeten. Aangezien ze geen toestemming willen geven om enkel de kinderen te repatriëren.¹⁷⁹ De moeders en kinderen die nog verblijven in Al Roj zullen zelf naar Al Hol moeten komen, om vervolgens via Al Hol naar de Irakese grens te gaan.¹⁸⁰

Wanneer het niet mogelijk is om naar Al Hol te komen, dan is er de mogelijkheid dat de Koerden de vrouwen en kinderen vervoeren van Al Hol naar Al Roj. Al Roj ligt dicht bij de grens naar Irak. In Irak zou Nederlandse Staat de vrouwen en kinderen mogelijk op kunnen halen. Nederlandse militairen zouden kunnen zorgen voor begeleiding.¹⁸¹ Er is een Nederlandse trainingsmissie in Irak, waardoor er Nederlandse militairen aanwezig zijn.¹⁸² De militairen mogen echter enkel een begeleidende rol vervullen. Dit heeft te maken met het gebrek aan rechtsmacht van de Nederlandse Staat.¹⁸³ Ook de woordvoerder van de SDF, Kino Gabriel, benadrukt dat repatriëring nog mogelijk is en dat dit over de weg naar Irak plaats kan vinden.¹⁸⁴

Een derde mogelijkheid om de kinderen te repatriëren zou via Chinook transportvliegtuigen zijn. Deze helikopters kunnen landen naast het kamp Al Hol. Doordat dit kamp zo dichtbij de

¹⁷⁵ RTL Nieuws 2019.

¹⁷⁶ Swolfs 2019.

¹⁷⁷ Melissen 24 november 2019.

¹⁷⁸ Fogteloo 2019.

¹⁷⁹ Hof Den Haag, 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.5.

¹⁸⁰ Melissen 24 november 2019.

¹⁸¹ Melissen 24 november 2019.

¹⁸² NOS 2020.

¹⁸³ Zie paragraaf 2.5.

¹⁸⁴ Van der Steen 2019.

Irakese grens ligt, is dit mogelijk met helikopters.¹⁸⁵ De Amerikaanse ambassadeur in Nederland heeft aangegeven dat de Verenigde Staten hulp aanbiedt bij het repatriëren van de Nederlandse vrouwen en kinderen.¹⁸⁶ Mocht het Nederlandse leger deze helikopters niet tot hun beschikking hebben, dan zouden de Verenigde Staten hier mogelijk mee kunnen helpen.¹⁸⁷ De SDF-woordvoerder geeft aan dat repatriëring ook mogelijk is door dergelijke helikopters.¹⁸⁸

4.4 Aankomst in Nederland

4.4.1 Kinderbeschermingsmaatregelen

Er is een Landelijk Adviesteam minderjarige Terugkeerders (LAT) opgericht.¹⁸⁹ Dit LAT bestaat uit verschillende deskundigen, zoals psychiaters, pedagogen en duidingsexperts op het gebied van jihadisme en radicalisering. Zij doen vooronderzoek en brengen vervolgens advies uit aan de RvdK. Het vooronderzoek richt zich vooral op de vraag of sprake is van een veilige opvoedsituatie na de terugkeer van de kinderen. De RvdK treedt na het vooronderzoek door het LAT in overleg met de gemeente waar het kind zal gaan wonen, de politie, de reclassering en het Openbaar Ministerie (OM). Eventueel kunnen GI's en pleegzorginstellingen bij het overleg worden betrokken.¹⁹⁰ De RvdK stelt voor ieder kind een terugkeerplan op.¹⁹¹ In dit terugkeerplan worden de rollen van de betrokken organisaties besproken.¹⁹² Wanneer uit het vooronderzoek volgt dat de opvoedsituatie onveilig is, bijvoorbeeld door opvoeding met een gewelddadige ideologie, dan zal de RvdK de kinderen niet bij de betreffende ouder of verzorger plaatsen.¹⁹³

De RvdK kan een kinderbeschermingsmaatregel verzoeken bij de kinderrechter. Wanneer de rechter een dergelijke kinderbeschermingsmaatregel uitspreekt, dan wordt een jeugdbeschermer van een GI aangesteld uit het gebied waar het kind zal gaan wonen.¹⁹⁴ Wanneer het gezag niet meer bij de ouders ligt, kan het kind zonder toestemming van de ouders naar Nederland worden gebracht. In paragraaf 2.2.2 zijn de kinderbeschermingsmaatregelen verder uitgewerkt die in deze zaken getroffen kunnen worden. Het gaan dan allereerst om een

¹⁸⁵ NOS 2020.

¹⁸⁶ NOS november 2019.

¹⁸⁷ Melissen 24 november 2019.

¹⁸⁸ Van der Steen 2019.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 32 317, 512, p. 1-2.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 17 januari 2020, 2710452, p. 2.

¹⁹¹ Platform JEP.

¹⁹² Kinderbescherming 2019.

¹⁹³ *Kamerstukken II* 17 januari 2020, 2710452, p. 2.

¹⁹⁴ Kinderbescherming 2019.

voogdijmaatregel ex artikel 1:241 BW. Deze maatregel is van belang voor kinderen die niet onder gezag staan ten tijde van terugkeer.¹⁹⁵ Wanneer de kinderen wel onder gezag staan, dan zal ook een kinderbeschermingsmaatregel worden verzocht. De ouder(s) worden aangehouden bij aankomst in Nederland. De kinderbeschermingsmaatregelen die dan worden verzocht zijn de ondertoezichtstelling, de uithuisplaatsing en de gezagsbeëindigende maatregel.¹⁹⁶

De ondertoezichtstelling wordt geregeld in artikel 1:255 BW. Met deze kinderbeschermingsmaatregel wordt het wegnemen van een acuut gevaar en een ernstige bedreiging voor de minderjarige beoogd (artikel 1:257 BW). Artikel 1:255 lid 1 BW geeft aan wanneer een minderjarige onder toezicht gesteld kan worden van een GI.¹⁹⁷ Een ondertoezichtstelling gaat vaak samen met de uithuisplaatsing ex artikel 1:265a BW. Artikel 1:265b BW geeft aan dat de uithuisplaatsing uitgesproken kan worden wanneer dit “noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid”. Deze situatie is anders wanneer een kind niet onder gezag staat. In deze gevallen kan een voorlopige voogdij-maatregel ex artikel 1:241 BW worden opgelegd. Voorwaarde voor deze maatregel is dat het moet gaan om een acute noodsituatie. De minderjarige komt onder de verantwoordelijkheid van de GI te vallen.¹⁹⁸ In 2019 is de voorlopige voogdij-maatregel al eens uitgesproken over twee Nederlandse kinderen van wie de moeder was overleden en de locatie van de vader onbekend was.¹⁹⁹

4.4.2 Strafrechtelijke vervolging

Zoals benoemd in paragraaf 5.2 is het lastig om de kinderen te scheiden van hun moeders of vaders. Het gevolg is dat deze ouders mogelijk ook terug keren naar Nederland. Zij lopen dan wel tegen strafrechtelijke vervolging aan. De volwassen terugkeerders zullen daarom direct aangehouden worden bij aankomst in Nederland.²⁰⁰ De minderjarigen zullen echter in beginsel worden gezien als slachtoffer.²⁰¹ Er zal wel rekening gehouden moeten worden met het feit dat minderjarigen zijn geïndoctrineerd met antiwesterse denkbeelden en zo een risico

¹⁹⁵ Rijksoverheid (kinderbescherming), *Terugkerende kinderen uit voormalig IS-gebied*.

¹⁹⁶ Richtlijnen jeugdhulp en jeugdbescherming 30 juni 2020.

¹⁹⁷ Zie paragraaf 2.2.2.

¹⁹⁸ Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2018, p. 377.

¹⁹⁹ Boersema 2019.

²⁰⁰ Bakker, Sciarone, De Roy van Zuijdewijn 2019, p. 6.

²⁰¹ International Committee of the Red Cross 2019.

voor de Nederlandse samenleving met zich mee kunnen brengen.²⁰² Zo zijn er beelden dat kinderen in opvang- of detentiekampen slogans van IS roepen en zijn ze opgevoed volgens de sharia.²⁰³ Bovendien zijn ze gewend geraakt aan de gruwelijkheden die plaatsvinden. Daarnaast heeft een deel van de minderjarigen gevechtstraining gehad. Dit gaat voornamelijk om jongens vanaf 9 jaar. Deze gevechtstraining kan veiligheidsimplicaties op korte en lange termijn opleveren. Minderjarigen vanaf 9 jaar worden daarom “door de AIVD meegeteld in de totale aantallen personen uit Nederland die met jihadistische intenties zijn uitgereisd”.²⁰⁴

Voor minderjarigen vanaf twaalf jaar staat er strafrechtelijke vervolging open op grond van artikel 77a Sr. Wanneer een kind wordt verdacht van het plegen van een strafbaar feit, dan wordt door het OM een proces-verbaal opgemaakt. Kinderen die twaalf jaar en ouder zijn worden in staat van beschuldiging gesteld door het OM vanwege het mogelijk deelnemen aan een terroristische organisatie. De RvdK vervult een adviserende rol bij het zoeken naar een passende strafafdoening.²⁰⁵

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal hoe een inspanningsverplichting eruit zou zien, wanneer de Staat een dergelijke verplichting zou hebben. Allereerst is een inspanningsverplichting iets anders dan een resultaatverplichting. Bij een inspanningsverplichting dient de Staat zich maximaal in te spannen om de kinderen te repatriëren. Wanneer dit echter niet lukt ondanks deze maximale inspanningen, kan nog steeds voldaan zijn aan de inspanningsverplichting.

Bij het vervullen van een mogelijke inspanningsverplichting ontstaat het probleem dat de Nederlandse Staat geen rechtsmacht heeft in Syrië en Irak. Door het gebrek aan rechtsmacht zal de Staat geen actieve rol kunnen vervullen. Vandaar dat onderhandeld zal moeten worden met de Koerdische autoriteiten en de SDF over de repatriëring van de kinderen. Bij de onderhandelingen kan het Rode Kruis optreden als neutrale intermediair, zoals ook is vastgelegd in de Verdragen van Genève.

²⁰² Burgemeester Den Haag 2017, p. 5; Nu.nl 2017.

²⁰³ Ibrahim & François 2020.

²⁰⁴ Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid 2018, p. 2.

²⁰⁵ Kinderbescherming 2019.

Door de Nederlandse Staat wordt verder geen consulaire bijstand verleend in Syrië. Een Duitse rechter heeft echter bepaald dat het niet kunnen geven van consulaire bijstand er niet voor zorgt dat niet voldaan kan worden aan een inspanningsverplichting. Er zijn immers NGO's die een dergelijke rol op zich kunnen nemen. Voor de Nederlandse Staat zou het dus ook mogelijk zijn om aan een eventuele inspanningsverplichting te voldoen. Het niet kunnen geven van consulaire bijstand is zo geen reden om geen inspanningsverplichting aan te nemen.

Wanneer er een inspanningsverplichting zou zijn voor de Nederlandse Staat dan kan een terugkeer naar Nederland in verschillende fases worden ingedeeld. Allereerst zal in Syrië of Irak, waar de kinderen verblijven, het nodige geregeld moeten worden. Zo zal allereerst de Nederlandse nationaliteit vastgesteld moeten worden van de kinderen die niet in Nederland geboren zijn. Daarnaast zullen reisdocumenten verschaft moeten worden. De reis naar Nederland kan vervolgens plaatsvinden op verschillende manieren zoals in paragraaf 5.3.2 geschetst, al zal dit in de praktijk een ingewikkelde operatie zijn. Bij thuiskomst zullen de teruggekeerde ouders strafrechtelijk vervolgd worden. Jegens de minderjarigen zal een kindbeschermingsmaatregel worden verzocht bij de kinderrechter. Minderjarigen vanaf twaalf jaar kunnen ook strafrechtelijk vervolgd worden op grond van artikel 77a Sr. Deze minderjarigen worden door het OM dan ook in staat van beschuldiging gesteld vanwege het mogelijk deelnemen aan een terroristische organisatie.

Hoofdstuk 5: conclusie

5.1 Inleiding

In dit onderzoek is getracht de volgende onderzoeksvraag te beantwoorden:

“In hoeverre heeft de Nederlandse Staat een inspanningsverplichting om kinderen met een Nederlandse nationaliteit te repatriëren uit Syrië en Irak?”

Door juridisch-dogmatisch onderzoek in combinatie met een rechtsvergelijkend en rechtshistorisch aspect is geprobeerd de onderzoeksvraag te beantwoorden. In dit hoofdstuk geef ik antwoord op de deelvragen. Tot slot zal de onderzoeksvraag beantwoordt worden.

5.2 Wettelijk kader

Uit de bepalingen van het IVRK en het EVRM die in dit onderzoek besproken zijn, kan een inspanningsverplichting voortvloeien om de Nederlandse kinderen te repatriëren. Met name artikel 3 IVRK is van belang. Het belang van het kind moet een eerste overweging zijn. In dit onderzoek is meermaals geschetst onder welke omstandigheden de kinderen leven in de kampen in Syrië en Irak. Daartegenover staat een ander zwaarwegend belang, namelijk die van de nationale veiligheid. Het is mijns inziens wel degelijk mogelijk dat het belang van de nationale veiligheid zwaarder weegt, zeker gezien de veiligheidsrisico's die repatriëring van kinderen met zich meebrengen. De belangen van de kinderen zullen dan echter wel een eerste overweging moeten zijn geweest en er zal gemotiveerd moeten worden, waarom het belang van de nationale veiligheid in dat geval zwaarder weegt. Daarnaast speelt ook mee dat deze belangenafweging er een is van politieke aard, waardoor de rechter in veel gevallen terughoudend zal zijn. Wanneer echter alle bepalingen van het IVRK en het EVRM uit paragraaf 2.2 erbij betrokken worden, dan is het wel degelijk mogelijk dat de belangen van de kinderen zwaarder wegen. De schendingen van deze mensenrechten zijn namelijk groot en dat in combinatie gezien met artikel 3 IVRK kan zeker leiden tot de conclusie dat uit deze artikelen een inspanningsverplichting voortvloeit. Het gevaar voor de nationale veiligheid is daarentegen ook niet in alle gevallen even groot. Daarom is mijns inziens de beste oplossing om de mogelijkheid tot repatriëring per geval te bekijken en dus een belangenafweging te maken op individueel niveau.

5.3 Rechtsvergelijking

De uitspraken van de Belgische rechter en de Nederlandse rechter kennen vele gelijknissen. Rechter van beide landen noemen het gebrek aan rechtsmacht en effective control als een reden om geen inspanningsverplichting op te leggen aan de Staat. Een Belgische rechter heeft, in een latere uitspraak, het gebrek aan rechtsmacht van de Belgische Staat bevestigd maar besloot uiteindelijk toch een inspanningsverplichting op te leggen aan de Belgische Staat. De Belgische Staat kon door het gebrek aan rechtsmacht wel enkel een begeleidende rol vervullen.

De Hoge Raad in Nederland besloot geen inspanningsverplichting op te leggen. Al laat de Hoge Raad dit deels open. Zo is, volgens de Hoge Raad, de Staat nog gehouden om te beoordelen of de omstandigheden van het geval ertoe nopen om zich in te spannen om schending van mensenrechten van de vrouwen en kinderen te beëindigen. Mijns inziens, wil daarom het gebrek aan rechtsmacht niet zeggen dat er geen inspanningsverplichting opgelegd kan worden. De Hoge Raad stelde zich echter terughoudend op vanwege de politieke aard van het besluit om de kinderen niet te repatriëren.

Mijns inziens, overlappen de uitspraken van de Belgische en de Nederlandse rechter voor een groot gedeelte. De Hoge Raad laat immers een opening door te stellen dat er omstandigheden kunnen bestaan die ertoe kunnen nopen om kinderen en hun moeders alsnog te repatriëren. Zelfs wanneer rechtsmacht ontbreekt kan zo dus een inspanningsverplichting opgelegd worden, zoals door de Belgische rechter al is gedaan.

5.4 Aard van de inspanningsverplichting

Ook bij de aard van de inspanningsverplichting speelt het gebrek aan rechtsmacht mee. De Nederlandse Staat mag geen actieve rol vervullen, maar zal, wanneer er een inspanningsverplichting bestaat, genoeg moeten nemen met een meer begeleidende rol. Deze rol bestaat onder andere uit het onderhandelen met de Koerdische autoriteiten en de SDF. Het Rode Kruis vervult hierbij een rol als neutrale intermediair.

De Nederlandse Staat biedt geen consulaire bijstand in Syrië. Het niet kunnen geven van consulaire bijstand wil echter niet zeggen dat niet voldaan kan worden aan een inspanningsverplichting. Dit heeft een rechter in Duitsland ook bevestigd.

Wanneer er daadwerkelijk een inspanningsverplichting zou bestaan voor de Nederlandse Staat dan bestaat de terugkeer naar Nederland uit verschillende fases. In de kampen in Syrië of Irak, waar de meeste kinderen verblijven, zal allereerst het nodige geregeld moeten worden. De Nederlandse nationaliteit zal vastgesteld moeten worden van kinderen die niet in Nederland geboren zijn. Ook moeten de kinderen in het bezit gesteld worden van geldige reisdocumenten. Wanneer de kinderen richting Nederland komen, dan zal de RvdK kinderbeschermingsmaatregelen verzoeken bij de kinderrechter. Kinderen vanaf twaalf jaar worden door het OM in staat van beschuldiging gesteld vanwege het mogelijk deelnemen aan een terroristische organisatie.

5.5 Eindconclusie

“In hoeverre heeft de Nederlandse Staat een inspanningsverplichting om kinderen met een Nederlandse nationaliteit te repatriëren uit Syrië en Irak?”

Mijns inziens valt uit de relevante bepalingen van het IVRK en het EVRM wel degelijk een inspanningsverplichting af te leiden om Nederlandse kinderen te repatriëren. De Nederlandse rechters hebben echter terughoudend willen optreden vanwege het politieke karakter van het besluit om niet te repatriëren.

De Nederlandse Staat zou er wat mij betreft goed aan doen het besluit te heroverwegen. De nationale veiligheid gaat nu boven de schendingen van de relevante bepalingen van het IVRK en het EVRM, terwijl de nationale veiligheid niet in ieder geval dermate in het geding is dat deze kinderen niet gerepatriëerd kunnen worden. Een betere oplossing zou zijn om naar de omstandigheden van het geval te kijken. Zo levert een kind van twee jaar aanzienlijk minder risico op voor de nationale veiligheid dan een kind van twaalf jaar dat jaren gevechtstraining heeft gehad.

Daarnaast ben ik van mening dat het ontbreken van rechtsmacht er niet toe hoeft leiden dat er geen inspanningsverplichting kan bestaan. De Belgische rechter heeft dit bevestigd in België. Voor een inspanningsverplichting heeft de Nederlandse Staat geen actieve rol in Syrië of Irak te hebben. Voldoende is dat onderhandeld wordt met de verschillende partijen aanwezig. Zou kunnen NGO's al vele taken verrichten.

Bibliografie

Literatuur

Algemene inlichtingen- en Veiligheidsdienst 2017

Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, *Jihadistische vrouwen. Een niet te onderschatten dreiging*, 17 november 2017.

Algemene inlichtingen- en Veiligheidsdienst z.d.

Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst, *Islamitische Staat in Irak en Al-Sham (ISIS)*, z.d.

Algemeen Dagblad 2019

Algemeen Dagblad, *Britse journalist onthutst na bezoek aan Syrisch vluchtelingenkamp: 'In Al-Hol wordt een mini-kalifaat gecreëerd'*, 10 november 2019.

ANP 2019

ANP, *Duitsland wil IS-kinderen uit Syrië terughalen*, 31 mei 2019.

Artsen zonder Grenzen 2019

Artsen zonder grenzen, *Syrië: Kinderen in levensgevaar in kamp Al-Hol*, 17 mei 2019.

Bakker, Sciarone, De Roy van Zuijdewijn 2019

E. Bakker, J. Sciarone en J. De Roy van Zuijdewijn, *Terugkeerders uit jihadistische strijdgebieden. Een vergelijking tussen Nederland, België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, het VK en de VS*, januari 2019.

Beltman & Zijlstra 2013

D. Beltman & E. Zijlstra, 'De doorwerking van het 'het belang van het kind'ex artikel 3 VRK in het migratierecht. Vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing', *Jaarboek Vreemdelingenrecht* 2013/12 nr. 4.

Berlin-Brandenburg 2019

Berlin-Brandenburg, *OVG Bestätigt: Bundesrepublik Deutschland muss minderjährige Kinder aus dem Lager Al-Hol im Nordosten Syriens zusammen mit ihrer Mutter nach Deutschland zurückholen*, 7 november 2019.

Bloemhof 2019

L. Bloemhof, *Uitspraak over IS-kinderen zorg voor vraagtekens en 'lichtpuntjes'*, 11 november 2019.

De Boer 2012

T.M. de Boer, 'Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. Nieuwe regels in de schaduw van Brussel II-bis', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012/34 afl. 104, p. 308-314.

Boersema 2019

W. Boersema, *Twee Syriëgangers melden zich in Ankara, één is net geen Nederlandse meer*, 31 oktober 2019.

Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2018

M. Bruning, T. Liefwaard & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, Den Haag: Sdu 2018.

Burgemeester Den Haag 2017.

Burgemeester Den Haag, *Voortgangsbericht uitvoeringsprogramma preventie polarisatie, radicalisering en jihadisme*, 16 mei 2017.

Van Dijck, Snel & Van Golen 2018

G. van Dijck, M. Snel en T. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

European Union Agency for fundamental rights and council of Europe 2015

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law relating to the rights of the child*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2015.

Fogteloo 2019

M. Fogteloo, *De terugkeer van IS-strijders. Een potje gekookt of mensen vermoord*, 13 november 2019.

Geerdink 2020

F. Geerdink, *Ik hoop dat ze ons op een dag laten gaan*, juli 2020.

Herschbach 2019

R. Herschbach, *Werken in kamp met IS'ers: 'Twijfel voor het eerst om hulp te geven'*, 20 maart 2019.

Human Rights Watch 2019

Human Rights Watch, *Everyone must confess, abuses against Children suspected of ISIS affiliation in Iraq*, 2019.

Ibili 2006

F. Ibili, 'Forum Conveniens. Voldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer, *Recht en Praktijk* 2006/9.4, nr. 148.

Ibili 2019

F. Ibili, 'Artikel 12 Brussel II-bis. Formeel toepassingsgebied', 1 augustus 2019.

Ibrahim & François 2020.

A. Ibrahim & M. François, *Foreign ISIS children deserve a home*, 18 juni 2020.

International Committee of the Red Cross 2019

International Committee of the Red Cross, *The neutral intermediary role of the ICRC. At the heart of humanitarian action*, 7 juli 2008.

International Committee of the Red Cross 2019

International Committee of the Red Cross, *Children, no matter their association, are entitled to rights and protections as children*, 11 oktober 2019.

Jager 2017

K. Jager, *Zo bereiden landen zich voor op de terugkeer van 'hun' jihadisten*, 5 juli 2017.

Jongbloed.nl z.d.

Jongbloed.nl, *Het EVRM en de werking daarvan in de Nederlandse rechtsorde en het Nederlandse bestuursrecht*, z.d.

Kalverboer, Beltman, Van Os & Zijlstra 2017

M. Kalverboer, D. Beltman, C. Van Os & E. Zijlstra, 'The best interests of the child in cases of migration. Assessing and determining the best interests of the child in migration procedures', *International Journal of Children's Rights* 2017/25(1), 114-139.

Kalverboer & Winter 2007

M. Kalverboer & H. Winter, 'Asielgezinnen en kinderrechten. Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk', *Journal Vreemdelingenrecht*, 10, 2007.

Kinderbescherming 2019

Kinderbescherming, *De rol van de Raad voor de Kinderbescherming bij terugkerende kinderen uit voormalig IS-gebied*, 13 juli 2019.

Kinderombudsman 2018

De Kinderombudsman, *Position Paper. Nederlandse kinderen in Kampen in Syrië: De overheid moet zijn verantwoordelijkheid nemen om deze kinderen te beschermen*, 10 april 2018.

Kinderombudsman 2019

Kinderombudsman, *Kinderombudsvrouw roept op tot zorg voor kinderen in Syrische kampen*, 8 januari 2019.

Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM: algemene beginselen*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.

Library of congress Law 2019

Library of congress Law, *Germany. Court obligates government to repatriate ISIS member and children to Germany*, 17 december 2019.

Liefwaard 2018

T. Liefwaard, 'Kinderen uit IS-gebied', *FJR* 2018/1 afl. 1.

Mehra 2019

T. Mehra, *European countries are being challenged in court to repatriate their foreign fighters and families*, 7 november 2019.

Melissen 20 november 2019

H.J. Melissen, *Hoe haal je 56 Nederlandse kinderen veilig op uit Syrië? Een verkenning van de mogelijke routes*, 20 november 2019.

Melissen 24 november 2019

H. J. Melissen, *Koerdische minister. Het is een grote fout dat Nederland de kinderen van IS-vrouwen niet ophaalt*, 24 november 2019.

Ministerie van Buitenlandse zaken november 2019

Ministerie van Buitenlandse zaken, *Beantwoording vragen over de situatie in Al-Hol*, 6 november 2019.

Ministerie van Buitenlandse Zaken juli 2019

Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Thematisch ambtsbericht veiligheidssituatie Syrië*, juli 2019.

Ministerie van Defensie

Ministerie van Defensie, *1945-1949: Van Nederlands-Indië naar Indonesië*.

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en veiligheid 2018.

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, *veiligheidsimplicaties wel of niet terughalen van uitreizigers en minderjarige kinderen uit kampen in Syrië*, 6 december 2018.

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid oktober 2019

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, *reactie op uw brief van 21 juni 2019*, 4 oktober 2019.

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid december 2019

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, *Veiligheidsimplicaties wel of niet terughalen van uitreizigers en minderjarige kinderen uit kampen in Syrië*, 6 december 2019.

Nieuwsblad.be 2017

Nieuwsblad.be, *Jonge kinderen Belgische ISIS-strijders krijgen automatisch terugkeerrecht, ouders niet*, 22 december 2017.

NOS 2010

NOS, *Tijdlijn Irak-onderzoek*, 8 januari 2010

NOS november 2019

NOS, *Ambassadeur VS herhaalt: wij kunnen helpen bij ophalen IS-vrouwen en – kinderen*, 12 november 2019.

NOS december 2019

NOS, *Amerikaanse overheid wist dat de oorlog in Afghanistan niet te winnen was*, 9 december 2019.

NOS 2020

NOS, *Nederlandse trainingsmissie in Irak wordt hervat*, 17 januari 2020.

Nu.nl 2017

Nu.nl, *Kinderen van terugkerende jihadisten uit IS-gebied vormen risico*, 6 april 2017.

Platform JEP z.d.

Platform JEP, *Als kinderen terugkeren uit het strijdgebied, wat betekent dat dan voor mij als professional?*, z.d.

Rechtspraak.nl 2019

Rechtspraak.nl, *Staat moet zich inspinnen voor terughalen kinderen van Syriëgangers*, 11 november 2019.

Richtlijnen Jeugdhulp en Jeugdbescherming 16 juni 2020

Richtlijnen jeugdhulp en jeugdbescherming, *Goed genoeg opvoederschap*, 16 juni 2020.

Richtlijnen Jeugdhulp en Jeugdbescherming 30 juni 2020

Richtlijnen jeugdhulp en jeugdbescherming, *Kinderbeschermingsmaatregelen*, 30 juni 2020.

Rijksoverheid (kinderbescherming)

Rijksoverheid (kinderbescherming), *Terugkerende kinderen uit voormalig IS-gebied*, z.d.

Rijksoverheid 2019

Rijksoverheid, *Thematisch ambtsbericht Syrië. De veiligheidssituatie*, juli 2019.

Rode Kruis 2019

Rode Kruis, *5 vragen over onze rol bij repatriëring Syriëgangers en hun kinderen*, 3 april 2019.

Rooms & Verhaeghe 2019

B. Rooms & C. Verhaeghe, *Kortgedingsrechter beslist: "België moet 10 kinderen van IS-Strijders laten terugkeren uit Syrië"*, 11 december 2019.

Royal Higher Institute for Defence z.d.

Royal Higher Institute for Defence, *Samenwerking van IGO's en NGO's met militairen gedurende vredesondersteunende operaties*, z.d.

RTL Nieuws 2019

RTL Nieuws, *Gewelddadige confrontatie lijkt niet te voorkomen. VS vertrekt uit Noord-Syrië*, 7 oktober 2019.

Ruitenbergh 2015

G.C.A.M. Ruitenbergh, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse Rechtspraak*, 20 januari 2015.

Sandelowsky-Bosman & Liefwaard 2019

C. Sandelowsky-Bosman & T. Liefwaard, 'De verantwoordelijkheden van Nederland voor kinderen met een Nederlandse link in voormalige IS-strijdgebieden gezien vanuit het internationale kinderrechtenperspectief', *NTM-NJCM-Bull* 2019/18.

Spronken 2019

T. Spronken, *56 kinderen in IS-kampen*, 9 december 2019.

Van der Steen 2019

M. Van der Steen, *Koerden. Nederland kan IS-vrouwen in Syrië nog steeds ophalen*, 21 november 2019.

Strikwerda & Schaafsma 2019

L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Sumner 2013

I. Sumner, 'Het belang van het kind in de regels van internationale bevoegdheid inzake gezagskwesties', in: J.H. de Graaf, C. Mak, P.J. Montanus & F.K. van Wijk (red.), *Rechten van het kind en waardigheid*, Nijmegen: Ars Aequi 2013.

Sumner 2015

I. Sumner, 'Gewone verblijfplaats in de erfrechtverordening', *Tijdschrift erfrecht* 2015/4 afl. 4, p. 71-76.

Swolfs 2019

L. Swolfs, *Nederlanders met familie in IS-kampen hoopvol door Turkse inval*, 11 oktober 2019.

Trouw 2020

Trouw, *De Koerden hebben geen andere keus dan verzet*, 12 oktober 2019;

Unicef 2019

Unicef, *Tienduizenden kinderen in Al-Hol kamp hebben dringend hulp nodig*, 17 juli 2019.

Van der Wal 2019

C. Van der Wal, *Hulpteam naar Syrië voor Nederlandse kalifaatkinderen*, 21 mei 2019.

Wouters & Wauters 2019

J. Wouters & E. Wauters, *Moeders en kinderen van Syriëstrijders: over de volkenrechtelijke verplichtingen van de Belgische Staat*, januari 2019.

Zijlstra 2012

A. E. Zijlstra, *In the Best Interest of the Child. A study into a decision-support tool validating asylum-seeking children's rights from a behavioural scientific perspective*, 2012.

Zijlstra 2015

E. Zijlstra e.a. 'De BIC-Q. Een instrument om de kwaliteit van de opvoedingsomgeving van asielzoekerskinderen in kaart te brengen', 2015/36, 23-37.

Wetgeving

Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen. Geraadpleegd via:

<https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/007396>

General comments

General Comment nr. 5, CRC/GC/2003/5.

General comment nr. 22, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

General comment nr. 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

Kamerstukken

Kamerstukken II 17 januari 2020, 2710452.

Kamerstukken II 2017/18, 32 317, 512.

Kamerstukken II 2018/19, 2531.

Kamerstukken II 2018/19, 29 754 492.

Jurisprudentielijst

EHRM 28 oktober 1998, 87/1997/871/1083, r.o. 116 (*Osman/United Kingdom*).

HvJ EG 2 april 2009, C-523/07, NJ 2009, 457 (*Tweede Finse Zaak*).

HvJ EG 22 december 2010, C-497/10 (*Mecredi*).

HvJ EG 8 juni 2017, C-111/17, ECLI:EU:C:2017:436 (*OL t. PQ*).

Rb. Brussel (KG) (NL) 19 juli 2018, nr. 18/28/C.

Hof van Beroep Brussel 12 september 2018, NR. 2018/KR/45.

HvJ EG 17 oktober 2018, C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835 (*UD t. XB*).

Rb. Den Haag, 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10609.

Parket bij de Hoge Raad 27 augustus 2019, ECLI:NL:PHR:2019:792.

Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.

Rb. Brussel (KG)(NL) 11 december 2019, 2019/*****/C.

HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.