



Informatiebericht SUA

Van IND / SUA
Auteur(s) **10.2.e**
Telefoonnummer Zie IND-gids

Nummer & Titel IB 2021/97 HvJ EU uitspraak SM over de rechtspositie van een Kafala-kind en niet-familie pleegkinderen van Unieburger ouder(s)

Kenmerk (digijust)
Hoofdtak Regulier
InformIND Thema B10/2

Relatie met HvJ EU-uitspraak 26 maart 2019, C-129-18, inzake SM
Geldig vanaf 06-08-2021
Geldig tot en met 06-02-2022

1. Aanleiding

Op 26 maart 2019 heeft het Hof van Justitie (HvJ EU) uitspraak gedaan in de zaak SM (kenmerk: C-129-18, vindplaats: ECLI:EU:C:2019:248). In deze zaak stond de rechtspositie centraal van een kind waarin de rechter in het land van herkomst een zogenoemde gerechtelijke Kafala¹-uitspraak heeft gedaan. De centrale vraag in de zaak was of een kind, niet zijnde een familielid, waarvoor wordt gezorgd, op grond van een Kafala-uitspraak, valt onder het begrip rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn in de zin van artikel 2, tweede lid, onder c van de Richtlijn 2004/38 en daarmee een verblijfsrecht bij Unieburger-ouders kon krijgen op basis van voornoemde Richtlijn.

Het HvJ EU heeft geoordeeld dat het Kafala-kind niet als rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn in de zin van artikel 2, tweede lid onder c, van richtlijn 2004/38 kan worden beschouwd, door het ontbreken van een biologische of juridische afstammingsrelatie. Het komt derhalve geen rechtstreeks of direct inreisrecht toe op grond van Richtlijn 2004/38. Wel oordeelde het HvJ EU dat het kind onder omstandigheden als ander familielid in de zin van artikel 3, tweede lid, van Richtlijn 2004/38 kan worden beschouwd, ten aanzien van wie binnenkomst en verblijf naar nationaal recht worden vergemakkelijkt.

Het HvJ EU heeft zich niet expliciet uitgelaten over een situatie waarin het kind afkomstig is uit een land dat partij is bij het Haags kinderbeschermingsverdrag (HKBV). Als een kind afkomstig is uit een land dat partij is bij het HKBV, bijvoorbeeld Marokko, kan in beginsel en in combinatie met andere omstandigheden, gewicht worden toegekend, in het geval dit aan de orde is, aan het feit dat de HKBV-procedure niet is gevolgd. In die landen bestaat immers een zorgvuldige procedure voor buitenlandse pleegzorgplaatsingen.

Het HvJ EU heeft tevens geoordeeld dat artikel 3 van de Richtlijn 2004/38 de lidstaten ruimte geeft voor het doen van *nader onderzoek*. Daartoe heeft het HvJ EU in het arrest, in aanvulling op het eerdere arrest Rahman, beoordelingscriteria gegeven ter invulling van een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle actuele en relevante omstandigheden in het individuele geval, daarbij rekening houden met alle belangen en in het bijzonder het belang van het Kafala-kind. Hieronder worden die beoordelingscriteria vertaald naar een kader voor de uitvoering.

2. Inhoud/Toelichting

In dit IB wordt nader ingegaan op welke individuele feiten en omstandigheden een rol kunnen spelen in het doen van *nader onderzoek* in zaken van Kafala-kinderen die kunnen worden aangemerkt als ander familielid in de zin van artikel 3, tweede lid, onder a Richtlijn 2004/38.

Daarnaast ziet dit IB ook toe op vergelijkbare situaties van pleegkinderen van Unieburgers anders dan Kafala-kinderen. Denk daarbij aan zaken waarin ten behoeve van een pleegkind een gerechtelijke instantie in het land van herkomst van het kind een uitspraak heeft gedaan over het onder voogdij plaatsen van het kind bij de pleegouders en wat aan die beslissing ten grondslag heeft gelegen.

3. Hoe te handelen

Zaken van kinderen, zijnde niet-familieleden, die door Unieburgers (en hun familieleden) worden verzorgd op grond van een Kafala-uitspraak of een andere vergelijkbare uitspraak van een gerechtelijke instantie, mogen niet worden afgewezen op enkel het argument dat de aangewezen procedures uit bijvoorbeeld het Haags Kinderbeschermingsverdrag (HKBV) niet zijn gevolgd.

Voorname kinderen kunnen onder artikel 3, tweede lid, onder a, van de Richtlijn 2004/38 vallen (ondanks het feit dat zij geen bloed- of aanverwant zijn). Hiervoor gelden in ieder geval de volgende objectieve criteria:

- Het gaat om een referent die Unieburger is, die hier verblijft of wil verblijven op grond van Richtlijn 2004/38 of die een terugkerende Nederlander is die gebruik heeft gemaakt van zijn rechten op grond van de Richtlijn 2004/38 (hierna: terugkerende Nederlander);
- Het gaat om een kind jonger dan 21 dat geen familie is van de Unieburger referent of een terugkerende Nederlander. Indien het kind een familielid is van de Unieburger of van de terugkerende Nederlander, volstond artikel 3 lid 2 Richtlijn 2004/38 reeds als toetsingskader;
- Er ligt een door de autoriteiten in het land van herkomst gelegaliseerde uitspraak van een gerechtelijke instantie uit het land van herkomst van het kind waarin het kind onder voogdij van referent is geplaatst. Indien noodzakelijk moet de uitspraak ook door de Nederlandse autoriteiten worden gelegaliseerd.
- De referent heeft de voogdij over het kind en draagt de wettelijke en financiële last ten behoeve van het kind;
- Er is sprake van een feitelijke gezinsband en daadwerkelijk gezinsleven tussen betrokkenen. Denk hierbij aan de verzorging, opvoeding en het samenleven van het kind met de voogd(en) alsmede de vraag hoe lang deze situatie al aan de orde is. Denk hierbij aan de volgende vragen:
 - Hoe lang maakt het pleegkind al deel uit van het gezin van de pleegouder(s)?;
 - Wat is de reden waarom de ouders niet meer voor het kind kunnen zorgen?;
 - Wat is de leefsituatie van de ouders in het land van herkomst?;
 - Wordt het kind niet onttrokken aan de ouders?
- Een instemmingsverklaring van het land van herkomst met het vertrek naar Nederland van het kind.

Zoals het HvJ EU heeft overwogen dient de beslissing te zijn gebaseerd op een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle actuele en relevante omstandigheden van het individuele geval. Daarbij moet rekening worden gehouden met de verschillende belangen en dan in bijzonder het belang van het kind. De beoordeling van die actuele en relevante omstandigheden dient tot stand te komen door middel van nauwkeurig onderzoek van de persoonlijke situatie van het kind en de pleegouders. Hierbij moet onder andere de volgende subjectieve criteria worden betrokken:

- De reden en voorwaarden voor het overdragen van de voogdij aan de

pleegouders. Dit valt veelal uit de uitspraak af te leiden. Spelen de biologische ouders toch nog een rol in het leven van het kind? Is slechts sprake van een tijdelijke maatregel waarin het gezag mogelijk in de toekomst weer teruggaat naar de oorspronkelijke ouders? Zijn er aanwijzingen voor de conclusie dat een ouder ten onrechte het gezag is ontnomen? Meestal is er een goede reden waarom het kind onder voogdij van de referent is geplaatst, maar verontrustende indicaties als voornoemd moeten worden onderkend en betrokken.

- De leeftijd waarop het kind onder Kafala of voogdij is geplaatst. Indien het kind pas op zeer late leeftijd onder Kafala of voogdij geplaatst is het zeer wel mogelijk dat het kind in het land van herkomst is geworteld. Dit moet dan worden betrokken bij de beslissing.
- De mate van affectieve relatie tussen de pleegouders en het kind;
- Er mag geen sprake zijn van een concreet en geïndividualiseerd risico op uitbuiting, mishandeling of kinderhandel. Onder andere de volgende vragen zijn in dat geval aan de orde: Is bekend in wat voor situatie het kind hier terecht komt? Zijn er aanwijzingen dat de pleegouders niet geschikt zijn het kind op te voeden en te verzorgen? Aanwijzingen kunnen zijn als het kind of zijn pleegouders bekend zijn in de NSIS, OPS en JID-systemen. Denk hierbij aan zwaarwichtige strafrechtelijke veroordelingen, verslavingsproblematiek of ander indicaties van kindermishandeling, uitbuiting of kinderhandel. Hebben de autoriteiten van het land van herkomst onderzoek gedaan naar het kind en de situatie van het gezin en zijn deze bewijsstukken in het land van herkomst aanwezig en beschikbaar? Is er contact met Nederlandse instanties (Raad voor de Kinderbescherming)?;
- Indien het land van herkomst partij is bij het HKBV (zoals bijvoorbeeld Marokko), geldt dat er een plausibele en legitieme verklaring moet komen voor het feit dat de HKBV-route niet is gevolgd. Ouders dienen uit te leggen waarom deze procedure niet is doorlopen. In geval ook de overige criteria negatief worden beoordeeld, kan het niet geven van een plausibele verklaring hiervoor – in samenhang met die overige negatieve beoordelingscriteria – een onderdeel vormen van de afwijzing.

Voor wat betreft de bovengenoemde opsomming van subjectieve criteria het volgende. Het is niet zo dat als niet wordt voldaan aan een van de genoemde subjectieve criteria dat de aanvraag zondermeer moet worden afgewezen. Namelijk hetgeen is aangevoerd dient afzonderlijk en in samenhang te worden gewogen, waarbij het belang van het kind van doorslaggevend belang is. Het is namelijk niet wenselijk als kinderen te makkelijk kunnen worden onttrokken aan hun oorspronkelijke ouders. Daarnaast is het niet in het belang van het kind als het kind in voor hem/haar schadelijke omstandigheden terecht komt indien verblijf in Nederland wordt toegestaan.

Horen

Indien een dergelijke zaak zich voordoet moet in alle gevallen de pleegouders (en indien mogelijk het kind) worden uitgenodigd voor een hoorzitting. Dit is om vervolgens zoveel mogelijk om aan de subjectieve criteria te kunnen toetsen en een zo zorgvuldige afweging te maken.

4. Afstemming

Dit informatiebericht is afgestemd met JZST, DMB, de Visadienst en BZ.

Aan Buitenlandse Zaken zal aandacht worden gevraagd voor zaken waarin bovenstaande problematiek speelt. Het advies is deze zaken voor te leggen aan de Visadienst alvorens een faciliterend visum kan worden verstrekt.

Tenslotte is het verzoek zaken waarin bovenstaande problematiek speelt te melden bij SUA/JZST zodat dit kan worden gemonitord.