

Vergaderjaar 2010–2011

**32 566**

## **Altijd onderdak voor kinderen**

**Nr. 4**

### **VOORLICHTING VAN DE RAAD VAN STATE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 9 juni 2011

Bij brief van 4 februari 2011 heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd de Tweede Kamer van voorlichting te dienen over de initiatiefnota van het Lid Spekman «Altijd onderdak voor kinderen» (Kamerstuk 32 566, nr. 2).

In de initiatiefnota (hierna: nota) van het Tweede Kamerlid Spekman worden voorstellen gedaan voor een sluitende opvang van asielzoekers en andere vreemdelingen zonder legale status in Nederland. Deze voorstellen zijn er met name op gericht om te voorkomen dat minderjarige kinderen van deze groepen op straat belanden.

#### **1. Achtergrond en noodzaak van de voorstellen**

In de nota wordt een aantal omstandigheden onderscheiden waaronder geen opvang (meer) wordt verleend. Opvang wordt niet verleend wanneer het asielverzoeken betreft die zijn afgewezen in de algemene asielprocedure (AAP) of in de verlengde asielprocedure (VAP), tenzij tegen de afwijzing beroep wordt ingesteld. Bij hoger beroep tegen de uitspraak in beroep bestaat geen aanspraak op opvang. Opvang wordt evenmin verleend bij de afwijzing van een herhaald asielverzoek, bij intrekking van de verblijfsvergunning (regulier of asiel) omdat de gronden voor verlening zich niet meer voordoen, of bij een reguliere vervolgaanvraag na een definitief afgewezen asielverzoek. Ten slotte wordt geen opvang verleend aan uitgeprocedeerde vreemdelingen (waaronder ex-asielzoekers) die niet vrijwillig vertrekken of niet kunnen vertrekken.

In de nota wordt getracht een sluitend stelsel van opvang te creëren, waarin de belangen van – met name – kinderen zijn gewaarborgd.

### *Oplossingsrichtingen*

Om de «gaten» in de opvang te dichten worden in de nota drie oplossingsrichtingen voorgesteld:

1. het sluitend maken van (nood)opvang door de opvangvoorzieningen te verbinden aan het rechtmatig verblijf en een geleidelijke afbouw van voorzieningen bij verblijfsbeëindiging,
2. samenwerking tussen Rijk en gemeenten bij het bieden van noodopvang zodanig dat het toelatings-, opvang- en terugkeerbeleid niet wordt gefrustreerd,
3. intensivering van de begeleiding bij terugkeer onder gelijktijdige aanbieder van opvangvoorzieningen tijdens het terugkeertraject.

In de nota wordt er van uitgegaan dat (een verbetering van) de opvang voor een belangrijk deel de verantwoordelijkheid van ouders betreft. Opvang zou daarom afhankelijk moeten zijn van de (vrijwillige) medewerking van de ouders. Op de overheid rust de plicht om tijdig en zorgvuldig te beslissen.

### *Concrete voorstellen*

Vervolgens worden in de nota zes concrete voorstellen gedaan:

1. (gezinnen met) kinderen moeten de minimale voorzieningen worden geboden van onderdak, eten, kleding en onderwijs,
2. gemeentelijke noodopvang in uitzonderlijke situaties op basis van een bestuursakkoord,
3. terugkeerhuizen waar de basisvoorzieningen worden geboden,
4. reguliere opvang gedurende de eerste en tweede asielaanvraag, inclusief het beroep tegen een afwijzing daarvan. Bij hoger beroep opvang in een vrijheidbeperkende locatie (VBL) of terugkeerhuis,
5. bij reguliere vervolgaanvragen lokale noodopvang van ex-asielzoekers met kinderen door gemeenten,
6. bekorting van reguliere vervolgaanvragen door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) in eerste en enige aanleg te laten oordelen over de afwijzing van de IND (geen bezwaarprocedure, geen beroep op de rechtbank).

### *Kosten*

De totale kosten van de uitbreiding van aanspraken op opvang worden in de nota niet berekend of onderbouwd, maar geschat op € 40 miljoen op jaarbasis, hetgeen overeenkomt met de extra opvang van 2000 asielzoekers à € 20 000 per jaar.

## **2. Algemene overwegingen bij de beantwoording van de voorlichtingsvragen**

Ten behoeve van de beantwoording van de voorlichtingsvragen over de nota gaat de Afdeling advisering in op een aantal hoofdlijnen uit de nota om aldus enkele nuances te kunnen benadrukken. Alvorens dat te doen, wijst de Afdeling er op dat de voorlichtingsvragen zijn beantwoord met inachtneming van het kader dat artikel 21a van de Wet op de Raad van State daarvoor biedt. Op grond van dit artikel kan de Afdeling worden gevraagd voorlichting te geven over aangelegenheden die wetgeving en bestuur betreffen. Bij de beantwoording van verzoeken om voorlichting dient de Afdeling ervoor te waken dat zij niet de taak overneemt van andere staatsinstellingen, zoals de politieke controle door de beide kamers der Staten-Generaal op het bestuur, de deskundigeninbreng van gespecialiseerde adviescolleges<sup>1</sup> (zoals in dit geval de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ)), de inhoudelijke beleidsvoorbereiding

<sup>1</sup> Onder meer de vaste colleges van advies als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges, Stb. 1996, 378.

door de ministeries of het beantwoorden van vragen die uiteindelijk aan het oordeel van de rechter zijn onderworpen. De beantwoording van voorlichtingsvragen wordt ook niet afgesloten met een eindoordeel.<sup>1</sup>

### *Vigerend beleid ten aanzien van aanspraak op opvangvoorzieningen*

De Afdeling stelt voorop dat het vigerende beleid ten aanzien van aanspraken op opvangvoorzieningen er van uitgaat dat opvangvoorzieningen worden geboden zolang er uitzicht bestaat op verblijf in Nederland. Op het moment dat het uitzicht niet (meer) bestaat, wordt de opvang in beginsel beëindigd. In die zin is de opvang sluitend. Wanneer in de praktijk situaties ontstaan waarin geen opvang wordt geboden, omdat de betrokken vreemdeling een hernieuwde aanvraag heeft gedaan of opnieuw een procedure is begonnen, of is «uitgeprocedeerd» maar niet vertrokken, is het beleid erop gericht om het risico van «aanzigende werking» dat kan uitgaan van de beslissing om alsnog (nood)opvang te verlenen, zo klein mogelijk te doen zijn. Ingevolge dit beleid wordt de noodopvang zo ingericht dat deze niet het karakter krijgt van een premie op de weigering om vrijwillig te vertrekken. Het opvangbeleid is er derhalve op gericht dat (nood)opvangvoorzieningen niet leiden tot uitstel van vertrek.

### *Belang van het kind – een eerste overweging*

Voorts constateert de Afdeling dat verschillende vragen betrekking hebben op rechten neergelegd in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Kernbepaling daaruit is artikel 3, dat, evenals het daarop gebaseerde artikel 24 van het EU Handvest van de Grondrechten, het belang van het kind «een eerste overweging» noemt.<sup>2</sup> In zijn algemeenheid veronderstelt dat een belangenafweging, waarin het zwaarwegende belang van het kind wordt afgewogen tegen andere belangen, bijvoorbeeld die van de ouders of die van de staat. De Afdeling constateert dat daarnaast het «belang van het kind» een beoordelingskwestie behelst, omdat het een open norm betreft die nadere invulling behoeft. Het belang van het kind is geen onveranderlijk en vaststaand gegeven, maar zal mede afhangen van de individuele omstandigheden van het concrete geval. Dat betekent dat, wanneer is vastgesteld wat onder de concrete omstandigheden het belang van het kind is, dit moet worden afgewogen tegen andere belangen die in het specifieke geval aan de orde zijn. Daarbij moet aan het belang van het kind groot gewicht worden gehecht, maar is het niet *a priori* doorslaggevend.<sup>3</sup> Zowel het belang van het kind als de afweging daarvan tegen andere belangen behoeven een nadere concretisering in het individuele geval. De Afdeling stelt in dat verband vast dat de uitoefening van de rechten van het kind *als zodanig* geen verblijfsrecht inhoudt. Zo vereist bijvoorbeeld artikel 10, eerste lid, van het IVRK in geval van gezinshereniging de welwillende medewerking van de verdragspartijen bij de behandeling van aanvragen, maar houdt dit geen aanspraak in op een verblijfstitel. Dit is evenmin het geval bij artikel 10, tweede lid, van het IVRK dat de verdragspartijen oplegt om hun medewerking te verlenen aan het onderhouden van contacten tussen de ouder(s) en kind(eren) wanneer zij in verschillende staten verblijven.

### *Kinderen in het vreemdelingenrecht*

In het vreemdelingenrecht komt het verblijfsrecht van het kind bij de *verblijfsaanvraag* zelden afzonderlijk aan de orde, tenzij het gaat om onbegeleide alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv's). In de meeste gevallen wordt de verblijfsaanvraag van het kind «meegenomen»

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2007/08 30 585, nr. 17.

<sup>2</sup> De Nederlandse vertaling in het Tractatenblad vermeldt «de» eerste overweging. De authentieke versie vermeldt echter niet «the» maar «a primary consideration», zie M. Kalverboer & E. Zijlstra, *Het belang van het kind in het Nederlandse recht*, Amsterdam: SWP, tweede druk 2010, blz. 59.

<sup>3</sup> M. Kalverboer & E. Zijlstra, *Het belang van het kind in het Nederlandse recht*, Amsterdam: SWP, tweede druk 2010, blz. 58–60, ACVZ-advies *Kinderen en de asielpraktijk, De positie van kinderen voor, tijdens en na de asielprocedure – tegen de achtergrond van het internationaal recht*, (advies 2003/05) Den Haag: ACVZ 2003, blz. 26 en 27 (par. 1.4.2), de reactie daarop van de minister voor VRIN, Kamerstukken II 2003/04, 19 637, nr. 824 alsmede het verslag van het debat in de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2003/04 19 637, nr. 847.

met die van de ouder(s). Slechts in uitzonderlijke gevallen kan sprake zijn van een verblijfsrecht voor de verzorgende ouder(s) bij rechtmatig verblijvende kinderen.<sup>1</sup> Bij *verblijfsbeëindiging* ligt dat soms anders, in het geval de nadruk komt te liggen op een dreigende inbreuk op bestaand familie- of gezinsleven in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM), met name wanneer bij uitzetting een scheiding dreigt van ouder(s) en kind(eren).

#### *Uitgeprocedeerde vreemdelingen*

Met «uitgeprocedeerde vreemdelingen» worden meestal die vreemdelingen aangeduid van wie de verblijfsaanvraag (regulier of asiel) definitief is afgewezen en die vervolgens geen rechtmatig verblijf (meer) hebben, dus illegaal in Nederland zijn. Omgekeerd is niet iedere illegaal verblijvende vreemdeling noodzakelijkerwijs een «uitgeprocedeerde vreemdeling». De Afdeling constateert dat in de nota wisselende categorieën worden aangeduid waarbij soms wel, dan weer geen aanspraak bestaat op opvangvoorzieningen. Dat maakt de beantwoording van de vragen om voorlichting in abstracto ingewikkeld, omdat aan de afwijzing van de verblijfsaanvraag of aan de lengte van verblijfsprocedures verschillende redenen ten grondslag kunnen liggen.

De reden van de afwijzing of vertraging van een verblijfsaanvraag kan inhoudelijk zijn, doordat niet aan de voorwaarden is voldaan, of procedureel, bijvoorbeeld door overschrijding van termijnen of een verkeerde processtrategie. Daarnaast kan de afwijzing of vertraging zijn toe te schrijven aan het gedrag van de verschillende betrokken partijen. Dat kan de vreemdeling zelf of diens rechtshulpverlener zijn. Het kan ook toe te rekenen zijn aan de overheid, bijvoorbeeld door (tijdelijke) capaciteitsproblemen of organisatorische obstakels. De conclusie moet dan ook zijn dat voor het «uitgeprocedeed» raken en langdurig «in procedure» zijn geweest van vreemdelingen verschillende oorzaken (en combinaties daarvan) zijn aan te wijzen.

Aan de weigering om uit Nederland te vertrekken kunnen eveneens verschillende redenen ten grondslag liggen. Het kan zijn dat de vreemdeling de uitzetting belemmert of vertraagt (niet meewerkt, onwillig is of uitzettingshandelingen actief frustreert). Het is ook mogelijk dat de vreemdeling niet kan worden uitgezet omdat het land van herkomst geen medewerking verleent bij de terugkeer.

Uit het voorgaande blijkt dat het niet noodzakelijkerwijs de overheid is die nalatig is geweest of anderszins in gebreke is gebleven wanneer het gaat om langdurig «in procedure» gebleven vreemdelingen. Soms berust dat op een samenloop van omstandigheden, soms is dat te wijten aan stilzitten of tegenwerking van de vreemdeling zelf. Hoe dan ook moet een zorgvuldige en tijdige besluitvorming steeds zijn gewaarborgd.

### **3. Inhoudelijke beantwoording van de vragen**

#### *a. De eerste vraag*

*Is in de initiatiefnota een uitputtende opsomming gegeven van de kinderrechten en de (bepalingen in) internationale verdragen en de meest relevante jurisprudentie daarover, die van belang zijn om te bepalen welke speciale rechten minderjarige kinderen hebben, en in welke mate kinderen van vreemdelingen recht op onderdak, voedsel, onderwijs en medische voorzieningen hebben? Zo nee, welke relevante bepalingen en uitspraken ontbreken er?*

<sup>1</sup> HvJ EU 19 oktober 2004, zaak C-200/02, *Chen t. Secretary of State for the Home Department* en HvJ EU (Grote Kamer) 8 maart 2011, zaak C-34/09, *Ruiz Zambrano t. Rijksdienst voor Arbeidsvoorzieningen*.

Voor zover deze vraag ertoe strekt na te gaan of de in de nota gegeven opsomming van regelingen en jurisprudentie volledig en uitputtend is, is

de Afdeling van oordeel dat dit het kader van een voorlichtingsverzoek op grond van artikel 21a van de Wet op de Raad van State naar aanleiding van een nota overstijgt. Het (doen) vragen van advies aan gespecialiseerde adviesorganen, zoals de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) ligt dan in de rede, gelet op het beantwoordingskader dat in paragraaf 2 is geschetst. Wanneer een concrete uitwerking in de vorm van een (initiatief)wetsvoorstel aan de orde is, bestaat de mogelijkheid van ambtelijke ondersteuning.

Wel kan in zijn algemeenheid worden opgemerkt dat bij de beantwoording van deze vraag van belang is dat de aanspraak op overheidsvoorzieningen in het nationale recht<sup>1</sup> of aanspraken op enkele fundamentele vrijheidsrechten, zoals de verplaatsingsvrijheid<sup>2</sup> of bescherming tegen uitzetting<sup>3</sup> of aanspraken op sociale voorzieningen<sup>4</sup> in het internationale recht in beginsel zijn voorbehouden aan legaal verblijvende vreemdelingen. Dit aspect keert ook terug bij de beantwoording van de derde vraag.

In dat verband wijst de Afdeling op hetgeen hierover in de voorgaande paragraaf is opgemerkt over kenmerken van uitgeprocedeerde vreemdelingen. Dat betekent dat de vraag of «kinderen van vreemdelingen» recht hebben op de genoemde voorzieningen en zo ja, in welke omvang nauw samenhangt met de vraag of zij en/of hun ouders rechtmatig (legaal) verblijf hebben of niet. In uitzonderlijke gevallen zijn voor illegale vreemdelingen op basis van tijdelijkheid en om humanitaire redenen (nood)voorzieningen beschikbaar.

#### *b. De tweede vraag*

*Welke aanvullende juridische betekenis voor kinderrechten heeft artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, mede in relatie tot de overige in andere internationale verdragen vastgelegde kinderrechten? Kan de Afdeling advisering aangeven welke betekenis dit artikel kan hebben voor het recht op voedsel, onderdak, onderwijs en medische voorzieningen voor minderjarige kinderen van vreemdelingen?*

Voor de beantwoording van deze vraag wijst de Afdeling er op dat de eerbiediging van de rechten van het kind, evenals overige fundamentele vrijheidsrechten die aan «een ieder» worden toegekend, niet afhankelijk is gesteld van legaal of illegaal verblijf op het grondgebied. Overigens betekent de erkenning van deze fundamentele rechten niet dat daaruit als zodanig een recht op verblijf voortvloeit en blijft gelden dat aanspraken op sociale voorzieningen vrijwel steeds zijn gekoppeld aan legaal verblijf.

<sup>1</sup> Artikel 10 en 11 van de Vreemdelingenwet. Artikel 10, tweede lid, van de Vreemdelingenwet maakt daarop uitzonderingen, in die zin dat van het zogenaamde koppelingsbeginsel (slechts aanspraken op voorzieningen in geval van rechtmatig verblijf) kan worden afgeweken voor zover het betreft onderwijs, medisch noodzakelijke zorg, de voorkoming van inbreuken op de volksgezondheid en rechtsbijstand.

<sup>2</sup> Artikel 2, eerste lid, van Protocol No. 4 bij het EVRM.

<sup>3</sup> Artikel 1, eerste lid, van Protocol No. 7 bij het EVRM dat overigens door Nederland niet is bekrachtigd.

<sup>4</sup> Artikel 34, tweede lid, van het EU Handvest van de Grondrechten.

<sup>5</sup> De toelichting op het EU Handvest (Pb. C 303 (2007)) vormt blijkens de aanhef een waardevol hulpmiddel voor de interpretatie, bedoeld om de bepalingen van het Handvest te verduidelijken.

<sup>6</sup> Richtlijn 2003/9/EG, Pb. C 213 E.

<sup>7</sup> Richtlijn 2005/85/EG, Pb. C 62 en Pb. C 291.

<sup>8</sup> Richtlijn 2008/115/EG, Pb. L 348.

Met betrekking tot artikel 24 van het EU Handvest van de Grondrechten wordt in de toelichting op dit artikel vermeld dat dit artikel onderdeel is gebaseerd op artikel 3, 9, 12 en 13 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind. Op zichzelf zal deze bepaling dus geen ruimere strekking hebben dan genoemd verdrag, al dan niet in samenhang met andere verdragen. Dat geldt ook voor artikel 24, tweede lid, van het EU Handvest, dat klaarblijkelijk specifiek is gebaseerd op artikel 3 van het IVRK.<sup>5</sup> Artikel 24, tweede lid, van het EU Handvest vereist evenzeer een concrete vaststelling van wat het belang van het kind onder de concrete omstandigheden inhoudt en hoe dit belang is afgewogen tegen eventuele andere belangen. In die zin heeft artikel 24, tweede lid, van het EU Handvest geen wijdere strekking dan artikel 3 van het IVRK. Een meerwaarde van artikel 24 van het EU Handvest zou niettemin kunnen liggen in de uitleg en de toepassing van diverse EU-richtlijnen op het gebied van immigratie en asiel, zoals de opvangrichtlijn,<sup>6</sup> de procedurerichtlijn<sup>7</sup> of de terugkeer-richtlijn.<sup>8</sup>

### c. De derde vraag

Kan de Afdeling advisering dezelfde vragen als bij 2. beantwoorden ten aanzien van de resolutie van het Comité van ministers van de Raad van Europa van 7 juli 2010?

#### Uitspraak ECSR

Het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR)<sup>1</sup> heeft vastgesteld dat kinderen die illegaal in een lidstaat verblijven geen aanspraak kunnen maken op het recht op huisvesting in het land van ontvangst.<sup>2</sup> Het ter beschikking stellen van huisvesting zou immers in strijd zijn met een migratiebeleid dat is gericht op vrijwillige terugkeer van illegalen naar hun land van herkomst.<sup>3</sup> Om die reden meent het ECSR dat illegale kinderen buiten de personele werkings sfeer vallen van artikel 31, *eerste lid*, van het ESH.<sup>4</sup>

Met betrekking tot het recht op opvang in artikel 31, *tweede lid*, van het ESH stelt het ECSR vast dat dit artikel onderdeel is gericht op maatregelen om te voorkomen dat kwetsbare groepen dakloos (dreigen te) worden. Het recht op opvang als tijdelijke noodmaatregel hangt samen met de menselijke waardigheid. In dit verband is het ECSR van oordeel dat alle kinderen *die acute opvang behoeven* onder het bereik van dit artikel onderdeel vallen, ongeacht hun verblijfsstatus.<sup>5</sup> Om die reden acht het ECSR artikel 31, *tweede lid*, van het ESH geschonden.<sup>6</sup> Het ECSR geeft aan dat de eerbiediging van de menselijke waardigheid vereist dat wanneer tijdelijk onderdak wordt geboden, daarbij moet voorzien in de behoefte aan veiligheid, gezondheid en hygiëne, waaronder basisvoorzieningen als schoon water, licht en verwarming. Voor onderdak behoeven volgens het ECSR evenwel niet dezelfde eisen te worden gesteld als aan permanente bewoning wat betreft de geschiktheid, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of het familie- of gezinsleven.<sup>7</sup> Overigens stelt het ECSR<sup>8</sup> vast dat in deze zaak het discriminatieverbod van het ESH<sup>9</sup> niet van toepassing is, omdat dit verbod geen betrekking heeft op het onderscheid tussen legaal en illegaal verblijvende vreemdelingen.

<sup>1</sup> Europees Comité voor de Sociale Rechten, 20 oktober 2009, nr. 47/2008, collectieve klacht van *Defence for Children International t. Nederland*, JV 2010, 150.

<sup>2</sup> Artikel 31, eerste lid, van het ESH (herzien), 3 mei 1996, i.w.t. 1 juli 1999, ETS 163.

<sup>3</sup> Paragraaf 44.

<sup>4</sup> Paragraaf 45.

<sup>5</sup> Paragraaf 46 en 47.

<sup>6</sup> Paragraaf 61, 62 en 65.

<sup>7</sup> ECSR 20 oktober 2009, nr. 47/2008, paragraaf 62.

<sup>8</sup> Paragraaf 74.

<sup>9</sup> Artikel E van het ESH (herzien) luidt:

«The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status».

<sup>10</sup> Aanvullend Protocol van 9 november 1995, ETS 158.

<sup>11</sup> CM/ResChS(2010) van 7 juli 2010.

<sup>12</sup> Appendix bij Resolutie CM/ResChS(2010)6 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2009/10, aanhangsel, nr. 2035, 25 maart 2010

<sup>14</sup> Zie artikel 9 van het Aanvullend Protocol bij het ESH.

#### Aanbeveling van het Comité van Ministers

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft op grond van artikel 9 van het Aanvullend Protocol<sup>10</sup> bij het Europees Sociaal Handvest (ESH) een resolutie vastgesteld<sup>11</sup> waarin het een aanbeveling doet aan de Nederlandse regering naar aanleiding van de bevindingen van het ECSR. In die aanbeveling erkent het Comité van Ministers dat in de eerste paragraaf van de bijlage bij het ESH is bepaald dat de in het ESH omschreven rechten slechts gelden voor vreemdelingen die *legaal* op het grondgebied van de verdragsstaten verblijven, maar merkt ook op dat dit de verdragsstaten niet ontslaat van hun verplichting om te voorkómen dat *illegaal* binnen hun rechtsmacht verblijvende vreemdelingen dakloos worden, in het bijzonder wanneer het minderjarigen betreft.

#### Reactie van de Nederlandse regering

Op de uitspraak van het ECSR heeft de Nederlandse regering gereageerd met de opmerking dat de uitspraak van het ECSR verwarring wekt over de uitleg van eerste paragraaf van de bijlage bij het ESH, waarin is bepaald dat de toekenning van rechten uit het ESH is voorbehouden aan *legaal* verblijvende vreemdelingen.<sup>12</sup> Dat heeft de toenmalige Minister van Justitie ook geantwoord op Kamervragen.<sup>13</sup> Voorts heeft de minister daarin aangegeven dat het oordeel van het ECSR niet juridisch bindend is. De daarop aangenomen resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa is evenmin juridisch bindend voor de verdragsstaten, aangezien het een *aanbeveling* betreft.<sup>14</sup>

### *Gerechtshof 's-Gravenhage*

Het Gerechtshof 's-Gravenhage heeft in hoger beroep (kort geding) geoordeeld dat de artikelen 3 en 8 van het EVRM, alsmede het ESH en het IVRK (ook als deze geen rechtstreekse werking hebben) en los van de vraag of zij een basis kunnen zijn voor vorderingen tegen de Staat, in bijzondere, specifieke omstandigheden een rechtsplicht inhouden die leidt tot een eigen verantwoordelijkheid van de Staat jegens illegale kinderen tot het verlenen van opvang<sup>1</sup> en tot het voorshands niet verwijderen van de ouders wanneer dit leidt tot scheiding van ouder(s) en kind(eren).<sup>2</sup>

Uit het voorgaande leidt de Afdeling af dat een recht op tijdelijke (nood)opvang voor illegale kinderen niet kan worden afgedwongen als een subjectief recht en dat het ESH de verdragspartijen beleidsruimte laat. De Afdeling wijst er op dat de toelichting bij artikel 31 van het ESH aangeeft dat de bepaling aan de verdragsstaten de (inspannings)verplichting oplegt om «zo veel mogelijk» maatregelen te nemen om geleidelijk dakloosheid uit te bannen en dat de toelichting vermeldt dat het aan de *nationale autoriteiten* is om het niveau van adequate huisvesting vast te stellen.<sup>3</sup>

Tegelijkertijd is er recente jurisprudentie die in bijzondere omstandigheden een plicht tot het verschaffen van opvang aan illegale kinderen vereist en daarmee samenhangend ook vereist dat de ouder(s) en kind(eren) niet worden gescheiden. De jurisprudentie ter zake is evenwel nog niet uitgekristalliseerd, noch op nationaal<sup>4</sup> noch op internationaal niveau. Gelet op het beoordelingskader dat hiervoor in paragraaf 2 is geschetst is het niet aan de Afdeling advisering om zich daarin te mengen: het is aan het bestuur en uiteindelijk aan de rechter om in het concrete geval te oordelen of onder de gegeven omstandigheden van het geval noodopvang is geboden. Of een *structurele* voorziening noodzakelijk is, en zo ja, de eventuele vormgeving daarvan en de aanspraken daarop, is naar het oordeel van de Afdeling een keuze die de wetgever zal moeten maken.

#### *d. De vierde vraag*

*In hoeverre gelden de in diverse verdragen verankerde kinderrechten ook in de asielcontext? Hoe moet deze bijzondere context worden meegewogen, en het onderscheiden gewicht dat aan uiteenlopende kinderrechten toekomt?*

De Afdeling merkt op dat de tweede deelvraag de impliciete conclusie bevat dat de asielcontext relevant is. Naar het oordeel van de Afdeling behoeft dat niet altijd zo te zijn. De vraag of de asielcontext van betekenis is voor de verschillende kinderrechten uit verdragen, verstaat de Afdeling aldus dat de reden voor het indienen van een asielerzoek het belang van de bescherming van het kind benadrukt. Hierbij dient te worden opgemerkt dat, wanneer het asielerzoek is afgewezen, in beginsel dezelfde vertrekplicht bestaat als wanneer een verzoek om toelating op reguliere gronden is afgewezen. Anders gezegd is voor kinderen die zijn verstoken van opvang vanwege hun illegaliteit niet van belang of de afgewezen verblijfsaanvraag beruiste op reguliere of asielgerelateerde gronden of dat nimmer een aanvraag is gedaan.

In het geval op de asielaanvraag nog niet definitief is beslist,<sup>5</sup> kan de asielcontext wel van belang zijn, namelijk wanneer bij terugkeer een reëel risico bestaat op een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM.

In de uitspraak in de zaak M.S.S.<sup>6</sup> heeft het EHRM op meerdere plaatsen aangegeven dat «asielzoekers» een «kwetsbare groep» vormen.<sup>7</sup> Binnen die «kwetsbare groep» asielzoekers vormen kinderen ook een «kwetsbare groep», hetgeen temeer het geval zal zijn wanneer het alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv's) betreft. Die groep wordt in de nota

<sup>1</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage, 27 juli 2010, rolnr. 200.063.511/01, L/JN BN2164, overwegingen 3.6 en 3.8.

<sup>2</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage, 11 januari 2011, L/JN BO9924 (het vervolg op het hiervoor genoemde arrest van 27 juli 2010).

<sup>3</sup> Explanatory report bij het ESH, paragraaf 118 en 119.

<sup>4</sup> Volgens informatie van de Afdeling is van de genoemde uitspraken van het Gerechtshof 's-Gravenhage cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad onder rolnr. 11/01153.

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld wanneer hoger beroep is ingesteld tegen de uitspraak in beroep van de rechtbank.

<sup>6</sup> EHRM (Grote Kamer), 21 januari 2011, nr. 30696/09, zaak M.S.S. t. België en Griekenland.

<sup>7</sup> EHRM (Grote Kamer), 21 januari 2011, nr. 30696/09, zaak M.S.S. t. België en Griekenland, par. 232, 251, 263.

echter niet genoemd.

*e. De vijfde vraag:*

*Tot welke verplichtingen zijn ouders op grond van de diverse internationale verdragen waarin de rechten van kinderen worden omschreven jegens hun kinderen gehouden?*

In het internationale recht zijn de verplichtingen van ouders jegens hun kinderen weinig gedetailleerd vastgelegd. In dat opzicht is het IVRK geen uitzondering. In een drietal artikelen worden de verplichtingen van ouders, met name betreffende verzorging, opvoeding en begeleiding van het kind, ruim omschreven. In artikel 5 van het IVRK wordt de verdragsstaten opgedragen de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders te eerbiedigen,<sup>1</sup> waaraan artikel 18, eerste lid van het IVRK toevoegt dat de eerste verantwoordelijkheid voor de waarborging van de rechten van het kind ligt bij de ouders.<sup>2</sup> De eerste verantwoordelijkheid van ouders wordt herhaald in artikel 27, tweede lid, van het IVRK.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artikel 5 van het IVRK luidt:

«De Staten die partij zijn, eerbiedigen de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van de ouders of, indien van toepassing, van de leden van de familie in ruimere zin of de gemeenschap al naar gelang het plaatselijk gebruik, van wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, voor het voorzien in passende leiding en begeleiding bij de uitoefening door het kind van de in dit Verdrag erkende rechten, op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind».

<sup>2</sup> Artikel 18, eerste lid, van het IVRK luidt:

«De Staten die partij zijn, doen alles wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Ouders of, al naar gelang het geval, wettige voogden, hebben de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun allereerste zorg.»

<sup>3</sup> Artikel 27, tweede lid, van het IVRK luidt:

«De ouder(s) of anderen die verantwoordelijk zijn voor het kind, hebben de primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen, naar vermogen en binnen de grenzen van hun financiële mogelijkheden, van de levensomstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind».

<sup>4</sup> Art. 2, Protocol No. 1 bij het EVRM, art. 13 leden 3 en 4, van het IVESCR.

<sup>5</sup> Art. 24, derde lid, van het IVBPR.

<sup>6</sup> Art. 5 Protocol No. 7 bij het EVRM (door Nederland niet geratificeerd).

<sup>7</sup> Art. 23, derde lid, van het IVBPR.

<sup>8</sup> Art. 10, derde lid, van het IVESCR.

<sup>9</sup> EHRM 1 december 2005, nr. 60665/00, zaak *Tuquabo-Tekle e.a. t. Nederland*, EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, zaak *Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*.

<sup>10</sup> EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 46410/99, zaak *Üner t. Nederland*, EHRM (Grote Kamer) 23 juni 2008, nr. 1638/03, zaak *Maslov t. Oostenrijk*.

<sup>11</sup> EHRM (Grote Kamer), 6 juli 2010, nr. 41615/07, zaak *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*.

<sup>12</sup> EHRM 11 april 2006, nr. 61292/00, zaak *Useinov t. Nederland* (ontvankelijkheidsbeslissing).

Buiten deze bepalingen zijn in internationaal verband bepalingen aan te wijzen die duiden op een (mede)verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen, zonder dat dit expliciet wordt aangegeven. Voorbeelden daarvan zijn het recht op onderwijs (keuzevrijheid),<sup>4</sup> het recht op een naam,<sup>5</sup> gelijkberechtiging van de echtgenoten in de relatie tot hun kinderen,<sup>6</sup> verbod van huwelijksdwang,<sup>7</sup> en de bescherming tegen economische en sociale uitbuiting.<sup>8</sup>

*f. De zesde vraag:*

*Hoe verhoudt zich het recht op gezinsleven tot de besproken kinder-rechten? In hoeverre is het gerechtvaardigd om vanuit de wens om perverse effecten tegen te gaan sterker inbreuk te maken op het recht op gezinsleven ten einde ruimer uitvoering te kunnen geven aan genoemde kinder-rechten? Biedt de omstandigheid dat ouders terugkeer frustreren voldoende legitimatie om te stellen dat het belang van het kind zich tegen het recht op gezinsleven door ouders verzet?*

De eerbiediging van het familie- en gezinsleven, zoals omschreven in artikel 8 van het EVRM, heeft een overvloedige jurisprudentie opgeleverd van het EHRM. De Afdeling stelt vast dat een terugkerend element daarin is dat artikel 8 van het EVRM als zodanig geen recht op verblijf inhoudt en dat de domiciliekeuze van de vreemdeling niet bepalend is voor de vraag waar het familie- of gezinsleven kan worden uitgeoefend. Voorts pleegt het EHRM een onderscheid te maken naar gevallen waarin het een toelatingsvraag betreft (gezinsvorming of -hereniging) of verwijdering (uitzetting) na voorafgaand legaal verblijf. Zowel bij toelatingsvragen<sup>9</sup> als bij uitzetting weegt het EHRM uitdrukkelijk de belangen van het kind,<sup>10</sup> in recente uitspraken met een rechtstreekse verwijzing naar het IVRK. Behalve in vreemdelingenzaken vindt het IVRK ook anderszins toepassing bij de uitleg van artikel 8 van het EVRM.<sup>11</sup> In de genoemde gevallen verricht het EHRM steeds een proportionaliteitstoets, waarin het belang van het kind zwaar weegt. Dat leidt echter niet steeds tot verblijfsaanvaarding, omdat afhankelijk van de feiten de vraag wordt beantwoord of de binding met het land van herkomst de uitoefening van familie- of gezinsleven buiten Nederland rechtvaardigt. Gezinsbanden die zijn ontstaan gedurende onzeker of illegaal verblijf pleegt het EHRM, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet onder de positieve verplichtingen te rekenen die voortvloeien uit artikel 8 van het EVRM.<sup>12</sup>

Op grond van het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de belangen van het kind uitdrukkelijk worden meegewogen bij de vraag waar het familie- of gezinsleven kan worden uitgeoefend. In die zin wordt de belangenafweging die op grond van het IVRK is vereist, verricht als onderdeel van de belangenafweging die is vereist onder artikel 8 van het EVRM. Er is daarom geen reden om te veronderstellen dat in algemene zin de belangen van het kind op grond van het IVRK tot een ander resultaat moeten leiden dan de belangenafweging onder artikel 8 van het EVRM.

*g. De zevende vraag:*

*Kan na realisering van voorstel 6 uit de initiatiefnota een zorgvuldige procedure (een «effective remedy» als bedoeld in artikel 13 van het EVRM) overblijven?*

Deze vraag heeft betrekking op het zesde concrete voorstel uit de nota<sup>1</sup> inzake het beperken van de lengte van de procedures en de verenigbaarheid met het vereiste van een «effective remedy» in de zin van artikel 13 van het EVRM. Onder punt 6 wordt in de nota voorgesteld:

«Mede om de [kosten van] stijgende opvangkosten in de hand te houden, maar ook om vreemdelingen sneller definitieve duidelijkheid te kunnen bieden over een verblijfsaanvraag, moet de procedure van een reguliere vervolgaanvraag worden bekort. Bezwaar en beroep dienen bij die procedures te worden afgeschaft. De Afdeling oordeelt dan in eerste en enige aanleg over een afwijzend besluit van de IND.»

De Afdeling advisering begrijpt de vraag aldus dat het voorstel behelst dat over «reguliere vervolganvragen» de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) in eerste en enige aanleg oordeelt (met uitsluiting van bezwaar bij de minister (IND) en beroep bij de rechtbank). De Afdeling advisering constateert dat dit voorstel daarmee een inbreuk maakt op het stelsel van een rechterlijke beoordeling in twee instanties waarvoor in de Vreemdelingenwet 2000 uitdrukkelijk is gekozen.

#### *Reguliere vervolganvragen*

Allereerst merkt de Afdeling op dat niet helder is wat in de nota wordt bedoeld met «reguliere vervolganvragen». Dit kunnen immers aanvragen zijn voor een verblijfsvergunning op reguliere gronden (gezinshereniging, medische gronden) na de afwijzing van een verblijfsaanvraag asiel, maar ook aanvragen die een «zuiver» herhaald (regulier) verzoek betreffen.

In het geval het gaat om «zuivere» herhaalde verzoeken in de zin van artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan dit zonder inhoudelijke beoordeling worden afgedaan, tenzij sprake is van nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden («nova»). Wanneer de betreffende minister (IND) heeft vastgesteld dat het inhoudelijk hetzelfde verzoek betreft en geen sprake is van «nova» zal, onder de huidige rechtspraak, de rechtbank in eerste aanleg het beroep ambtshalve ongegrond verklaren. Dat kan anders zijn wanneer het een « onzuiver» herhaald verzoek betreft, namelijk wanneer sprake is van nieuwe feiten of een beroep op gewijzigde omstandigheden.<sup>2</sup>

Wanneer het gaat om een reguliere aanvraag die volgt op een asielaanvraag is dit (in beginsel) geen herhaalde aanvraag, maar een toelatingsvraag op andere gronden. Die gronden kunnen gerelateerd zijn aan elkaar of in elkaars verlengde liggen, maar de vervolgaanvraag kan ook gronden bevatten voor toelating die nog niet (als zodanig) aan de orde zijn geweest – bijvoorbeeld vanwege de «waterscheiding» tussen asiel en regulier. In

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2010/11 32 566, nr. 2, blz. 22.

<sup>2</sup> Uiteraard speelt hier ook een rol waar de grens ligt bij de bepaling van wat «nieuw recht» is en wat nieuw of gewijzigd beleid is.

dat geval vereist artikel 13 van het EVRM dat zowel de feitelijke als de juridische vragen (alsnog) in hun volle omvang worden beoordeeld.

In dit verband wijst de Afdeling op de beleidsbrief die de minister voor Immigratie en Asiel naar de Tweede Kamer heeft gestuurd<sup>1</sup> waarin het voornemen wordt aangekondigd om tot een stroomlijning te komen van toelatingsprocedures. Die stroomlijning kan volgens de minister worden bereikt door in de eerste toelatingsprocedure alle aspecten, zowel asiel als regulier, inhoudelijk te beoordelen, waardoor eventuele vervolgproudures in beginsel overbodig zullen zijn.

#### *Effectief rechtsmiddel*

Artikel 13 van het EVRM schrijft voor dat een ieder wiens rechten of vrijheden uit het verdrag zijn geschonden recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel. De daarmee vergelijkbare bepaling in artikel 47, eerste lid, van het EU Handvest van de Grondrechten bepaalt dat een ieder wiens door de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte. Blijkens de toelichting bij artikel 47 van het EU Handvest is dit eerste lid gebaseerd op artikel 13 van het EVRM.

Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM geeft artikel 13 geen zelfstandig recht op een rechtsmiddel, maar dient het in samenhang met een ander verdragsartikel te worden ingeroepen. Dat andere verdragsrecht behoeft niet te zijn geschonden, maar de klager moet tenminste een «arguable claim» hebben. De nationale procedure dient erin te voorzien dat de klacht over schending van een recht uit het EVRM *inhoudelijk* aan de orde kan komen, waarbij de procedure zowel naar vorm als naar de inhoud «effectief» is. Dat betekent niet dat de procedure slechts «effectief» is wanneer voor de eiser/appellant een gunstig resultaat wordt bereikt. De beoordelende autoriteit hoeft niet noodzakelijk een rechterlijke instantie te zijn, maar die autoriteit moet wel bevoegd en in staat zijn om een effectief rechtsmiddel te verschaffen met de mogelijkheid van rechtsherstel. Voor de «effectiviteit» is niet een enkele procedure bepalend, maar het geheel van procedures dat tot rechtsherstel kan leiden.<sup>2</sup>

In het licht van deze uitgangspunten is de Afdeling van oordeel dat een procedure voor herhaalde reguliere aanvragen waarin de ABRvS in eerste en enige aanleg oordeelt, thans daargelaten de wenselijkheid daarvan, juridisch niet onverenigbaar is met artikel 13 van het EVRM, ervan uitgaande dat in het geheel van procedures een inhoudelijke beoordeling van artikel 3 en/of artikel 8 van het EVRM in relatie tot de verblijfsaanvraag in een eerdere procedure al heeft plaatsgevonden. Zou er toe worden besloten te volstaan met een rechtsgang in één instantie bij de ABRvS voor herhaalde verzoeken, dan zullen voor de niet «zuivere» herhaalde verzoeken door het wegvallen van de filterfunctie van de rechtbanken als eerstelijnsrechter de capaciteitsgevolgen voor de Afdeling bestuursrecht-spraak in de beschouwingen dienen te worden meegenomen teneinde de beoogde tijdwinst te kunnen realiseren.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Brief van 22 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, 19 637, nr. 1400.

<sup>2</sup> Vgl. EHRM (Grote Kamer), 21 januari 2011, nr. 30696/09, zaak *M.S.S. t. België en Griekenland*, par. 289 en 290 onder aanhaling van eerdere jurisprudentie, waaronder EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, zaak *Gebremehdin t. Frankrijk*, par. 53 en EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99, zaak *Conka t. België*, par. 75.

<sup>3</sup> In dat geval zal een verkorte afdoening op grond van artikel 91, tweede lid, van de Vreemdelingenwet niet mogelijk zijn.

De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink