

Europees Comité voor Sociale Rechten

23 oktober 2012, nr. 69/2011

(Jimena Quesada (president), O’Cinneide, Schlachter, Belorgey, Kollonay Lehoczky, Swiatkowski, Leppik, Nyström, Isik, Stangos, Athanasiu, Petman, Palmisano, Lukas)

Noot: G.J.W. Pulles

Recht van kinderen, jeugdige personen en het gezin op sociale, wettelijke en economische bescherming. Recht op bescherming van de gezondheid. Illegalen. Personele werkingssfeer en toepassingsbereik ESH. Interpretatiemethodes. Schending.

[ESH (herzien) art. 7 lid 10, 11, 13, 16, 17, 30; art. E; art. 1 van de Bijlage bij het ESH (herzien)]

De zaak betreft een collectieve klacht van Defence for Children International (DCI) tegen België. De klacht had betrekking op de situatie van honderden minderjarige vreemdelingen die niet-legaal in België verblijven – begeleid, in een gezinssituatie of alleenstaand. Door de verzaaiing van het opvangnetwerk in België blijven deze jeugdigen verstoken van onder meer onderdak, maaltijden, onderwijs, kleding, medische, sociale en psychologische begeleiding. De vraag was of dit in overeenstemming was met het herziene Europees Sociaal Handvest (ESH). Op 7 december 2011 heeft het ECSR de klacht ontvankelijk verklaard.

In zijn beoordeling concludeert het ECSR dat par. 1 van de Bijlage bij het herziene ESH inzake de personele werkingssfeer met betrekking tot de te beschermen personen zodanig moet worden geïnterpreteerd dat bepaalde artikelen ook van toepassing kunnen zijn op illegale kinderen vanwege hun kwetsbare positie. De uitspraak is in lijn met de eerdere uitspraken van het ECSR in de vergelijkbare zaken FIDH t. Frankrijk (nr. 14/2003) en DCI t. Nederland (nr. 47/2008), maar uitgebreider gemotiveerd met verwijzingen naar verschillende interpretatiemethoden en toepasselijke andere internationale rechten en verplichtingen.

Nieuw is het standpunt van het ECSR dat de door het ECSR gehanteerde wijze van uitleg wordt voorgeschreven door dwingende normen van internationaal recht (jus cogens), welke normen onder meer voorschrijven ‘dat elke staat het recht van elk individu op leven en fysieke integriteit moet respecteren en beschermen’ en dat elke staat de plicht heeft ‘om alle kinderen te beschermen’.

Het ESCR oordeelt vervolgens dat van toepassing zijn art. 17 (het recht van kinderen en jeugdige personen op sociale, wettelijke en economische bescherming), art. 7, tiende lid (het recht van kinderen en jeugdige personen op bescherming), 11 (het recht op bescherming van de gezondheid), art. 13 (het recht op sociale en geneeskundige bijstand) en art. 16 (het recht van het gezin op sociale, wettelijke en economische bescherming). Niet van toepassing acht het ECSR art. E inzake non-discriminatie en art. 30 (inzake het recht op bescherming tegen armoede en sociale uitsluiting).

Schending art. 17, art. 7, tiende lid en art. 11, eerste en derde lid.

Gepubliceerd in European Human Rights Cases (EHRC) 2013, nr 161

Defence for Children International

tegen

België

NOOT

1. Deze zaak van DCI tegen België is de derde zaak waarin het ESCR zich uitspreekt over de schending van rechten van minderjarige asielzoekers die illegaal op het grondgebied van een verdragsluitende staat verblijven. Eerder sprak het ESCR Frankrijk en Nederland daar al op aan (*FIDH t. Frankrijk*, ESCR 8 september 2004, zaak nr 14/2003, «JV» 2005/339 m.nt. CAG; en *DCI t. Nederland*, ESCR 20 oktober 2009, nr 47/2008, «EHRC» 2010/55 m.nt. Donders en Brouwe, «JV» 2010/150 m.nt. Larsson en Minderhoud). Interessant maar juridisch controversieel was in die zaken vooral de zienswijze van het ECSR op de personele werkingssfeer van het ESH (voor een uitgebreide analyse van *DCI t. Nederland* zij verwezen naar de noot van Donders en Brouwer bij die uitspraak).

2. Hoe zat het ook alweer? Volgens de tekst van art. 1 van de Bijlage bij het ESH is het grootste deel van de materiele bepalingen van het ESH niet van toepassing op personen die zich niet legaal op het grondgebied van een verdragsluitende staat bevinden. In *FIDH t. Frankrijk* en *DCI t. Nederland* stelde het ECSR echter dat de beperking van de personele werkingssfeer niet tot gevolg kan hebben dat aan niet-legaal verblijvende vreemdelingen bescherming van fundamentele rechten uit het ESH wordt onthouden. Het achtte om die redenen een aantal van de materiële bepalingen waar de illegaal in Frankrijk respectievelijk Nederland verblijvende minderjarige klagers zich op hadden beroepen wel degelijk op hen van toepassing. Het ECSR beargumenteerde dat onder meer door te stellen dat die beperking van het toepassingsbereik zich niet verdroeg met het doel en voorwerp (*'object and purpose'*) van het ESH noch met de eenheid en ondeelbaarheid van de internationale rechten van de mens, die wat hun werking betreft geen onderscheid maken tussen personen met en personen zonder verblijfsstatus (*FIDH t. Frankrijk*, reeds aangehaald, par. 26–32 en *DCI t. Nederland*, reeds aangehaald, par. 19, 34–38).

3. Wat dat doel en voorwerp van het ESH precies waren en op welke manier zij de uitdrukkelijke tekst van art. 1 van de Bijlage bij het ESH opzij konden zetten kwam in de zaken tegen Frankrijk en Nederland niet erg uitgebreid uit de verf. In de onderhavige zaak *DCI t. België* maakt het ECSR van de gelegenheid gebruik om wat dieper op deze zaken in te gaan. Dat gebeurt in de paragrafen 28 tot 34 van de uitspraak.

4. Met betrekking tot het doel en voorwerp van het ESH benadrukt het ECSR dat het ESH is bedoeld om – op Europees niveau en in aanvulling op het EVRM – de naleving van de fundamentele rechten zoals neergelegd in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 te verzekeren (par. 30). Het ECSR overweegt verder – in navolging van het EHRM – dat het ESH een 'levend instrument' is, gewijd aan de beginselen van waardigheid,

gelijkheid en solidariteit. Daaruit volgt, aldus het ECSR, dat het doel van het ESH is het geven van 'leven en betekenis' (*'life and meaning'*) aan de fundamentele sociale rechten van *alle* individuen. De manier waarop het ESH nu moet worden geïnterpreteerd, aldus het ECSR, is *teleologisch* – waarbij zo veel mogelijk tegemoet moet worden gekomen aan dat doel en voorwerp van het verdrag, in plaats van het zo beperkt mogelijk houden van de verplichtingen die de verdragsluitende staten jegens individuen hebben.

5. In het geval van art. 1 van de Bijlage leidt deze teleologische benadering volgens het ECSR noodzakelijkerwijs tot de gekozen uitleg die voorkomt dat aan illegale minderjarige vreemdelingen de bescherming van hun fundamentele rechten en hun menselijke waardigheid wordt ontzegd. Een teleologische interpretatiemethode wordt sinds jaar en dag ook regelmatig door het EHRM toegepast. Ook het ECSR paste de methode al in eerdere zaken toe (*Wemhoff t. Germany*, EHRM 27 juni 1968, nr. 2122/64, par. 8 en *World Organisation against Torture t. Ierland*, ESCR 7 december 2004, zaak nr. 18/2003, par. 60). Ook de 'living instrument'-doctrine, die inhoudt dat de bepalingen in het verdrag geen statische betekenis hebben, maar steeds moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de opvattingen zoals die leven in de hedendaagse samenleving, is door het ECSR ontleend aan de rechtspraak van het EHRM (*Tyrer t. VK*, EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, par. 31 en *DCI t. Nederland*, reeds aangehaald, par. 27). Nieuw is de bovenstaande redenering dus niet, maar zij is wel een welkome aanvulling op de argumenten van het ECSR in de zaken tegen Frankrijk en Nederland.

6. Al eerder had het ECSR duidelijk gemaakt dat het bij zijn uitleg van het ESH andere internationale verdragen betreft. Het ECSR beriep zich ter rechtvaardiging van die werkwijze onder meer op art. 31 lid 3 sub c van het Weens Verdragenverdrag, dat voorschrijft dat bij verdragsinterpretatie rekening gehouden moet worden met 'iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen partijen kan worden toegepast' (*DCI t. Nederland*, reeds aangehaald, par. 35).

7. Van alle andere internationale verdragen achtte het ECSR het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) in de hier besproken zaken, die allen minderjarige illegalen betroffen, het belangrijkste. Daarbij is niet alleen de tekst van het IVRK een inspiratiebron voor het ECSR maar ook de uitleg daarvan – in *General Comments* en landenrapportages – van het Comité voor de Rechten van het Kind. Het ESCR acht zich daarbij met name gebonden aan het – in art. 3 IVRK verwoorde – 'internationaal erkende vereiste' om de belangen van het kind steeds voorop te stellen (*DCI t. Nederland*, reeds aangehaald, par. 28 en 29). Ook in deze zaak benadrukt het ECSR dat een te strikte interpretatie van art. 1 van de Bijlage zich niet verdraagt met het IVRK noch met het 'best interest of the child'-beginsel (par. 31 en 32).

8. Daar blijft het echter niet bij. Het ESCR stelt namelijk ook dat deze wijze van uitleg wordt gerechtvaardigd door een plicht te voldoen aan dwingende normen van internationaal recht (*jus cogens*), die onder meer voorschrijven 'dat elke staat het recht van elk individu op leven en fysieke integriteit moet respecteren en beschermen'. Elke andere interpretatie van art. 1 van de Bijlage zou volgens het ECSR strijd opleveren met internationaal *jus cogens* (par. 33).

Tot dat jus cogens lijkt het ECSR ook het 'dwingend, universeel erkend voorschrift om alle kinderen te beschermen' te rekenen (par 34). Vanuit het perspectief van de bescherming van de rechten van de mens lijkt dit een krachtig argument. Toch is het twijfelachtig of deze formulering van jus cogens zich verdraagt met de eisen die gesteld moeten worden aan een regel, wil deze als zodanig gedefinieerd kunnen worden. Art. 53 van het Weens Verdragenverdrag spreekt in dat verband van "een dwingende norm van algemeen volkenrecht een, norm die aanvaard en erkend is door de internationale gemeenschap van Staten in haar geheel als een norm, waarvan geen afwijking is toegestaan...". Regels van jus cogens hebben voorrang boven alle andere regels van internationaal recht. Voorbeelden van normen die als zodanig zijn aangeduid zijn het verbod op agressie, het verbod op slavernij en het genocideverbod. Het verschil tussen deze normen en de algemeen geformuleerde beschermingsnormen die het ECSR noemt zijn in het oog springend. In zowel het nationale als internationale recht zijn veel normen aan te wijzen die het een staat op verschillende manieren verplichten om de zwakken te beschermen. Maar het is zeer de vraag of dat genoeg is om deze plichten de status van dwingend recht te geven.

9. Direct na deze krachtige stellingname over de uitbreiding van de personele werkingssfeer van het ESH nuanceert het ECSR deze weer enigszins. Het stelt dat het terzijde stellen van de beperkingen van art. 1 van de Bijlage alleen in uitzonderlijke situaties gerechtvaardigd is, namelijk wanneer een 'onaanvaardbare' schending dreigt van fundamentele rechten, zoals het recht op leven, of wanneer de menselijke waardigheid of de geestelijke en fysieke integriteit of gezondheid ernstig dreigen te worden aangetast (par. 35). Dat betekent, aldus het ECSR, dat alleen die artikelen van het ESH die zien op de bescherming van deze fundamentele rechten in weerwil van de beperkingen van art. 1 van de Bijlage op niet-legale personen van toepassing kunnen zijn (par. 36). Bij kinderen zal dat overigens sneller moeten worden aangenomen, nu kinderen anders dan volwassenen, niet daadwerkelijk verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor het feit dat zij niet-legaal op het grondgebied van een staat verblijven (par. 37). Deze nuance bakent het aantal gevallen waarin de beperking van de personele werkingssfeer terzijde kan worden geschoven af tot de meest schrijnende gevallen. Daarmee heeft het ECSR wellicht ook willen bijdragen aan een bredere politieke acceptatie van zijn uitleg van het ESH.

10. In de zaak bekijkt het ECSR vervolgens per ESH-bepaling of deze van toepassing is op de minderjarige illegale vreemdelingen namens wie de klacht is ingediend. Het antwoord is bevestigend met betrekking tot art. 17 (het recht van kinderen en jeugdige personen op sociale, wettelijke en economische bescherming), art. 7, tiende lid (het recht van kinderen en jeugdige personen op bescherming), 11 (het recht op bescherming van de gezondheid), art. 13 (het recht op sociale en geneeskundige bijstand) en art. 16 (het recht van het gezin op sociale, wettelijke en economische bescherming). Van deze rechten acht het ECSR art. 17, art. 7, tiende lid en art. 11, eerste en derde lid, geschonden. Niet van toepassing acht het ECSR art. 30 (inzake het recht op bescherming tegen armoede en sociale uitsluiting). Deze bepaling draagt het staten op om allerlei positieve maatregelen te nemen, aldus het ECSR, maar die betreffen niet primair de bescherming van de meest basale rechten waarvoor de beperkingsclausule van art. 1 van de Bijlage bij het ESH zou moeten wijken (par. 145). Evenmin van toepassing acht het ECSR art. E inzake non-discriminatie. Nu volgens het ECSR

een groot deel van de materiele bepalingen van het ESH gewoon op illegale minderjarige vreemdelingen van toepassing is, is niet langer aan de orde dat zij ongelijk worden behandeld, maar speelt alleen nog de vraag of hun rechten zijn geschonden (par. 150).

11. Wat is het belang van deze uitspraak? Dat ligt net als bij *FIDH t. Frankrijk* en *DCI t. Nederland* vooral in de zienswijze van het ECSR over het toepassingsbereik van het ESH. Het lijkt erop dat de benaderingswijze van het ECSR inmiddels steeds breder is geaccepteerd. Zoals bekend zijn de uitspraken van het ECSR niet rechtstreeks juridisch bindend voor lidstaten. Interpretaties van bepalingen van het ESH door het ECSR worden echter wel beschouwd als bindende interpretaties. Dat laatste heeft het ECSR in eerdere uitspraken benadrukt (*DCI t. Nederland*, reeds aangehaald, par. 21 en 22). Het volgt ook uit het *Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een systeem voor collectieve klachten*. In het bij dat aanvullend protocol horende ‘Explanatory report’ staat onder meer “The Committee of Ministers cannot reverse the legal assessment made by the Committee of Independent Experts” (par. 46). Dat geeft deze uitspraak binnen het systeem van het ESH een relevantie die het individuele geval ontstijgt. Een en ander neemt overigens niet weg dat er volkenrechtelijk het nodige is aan te merken op het standpunt van het ECSR over het toepassingsbereik van het ESH, welk standpunt zich niets aantrekt van de expliciete wil van de verdragsluitende staten zoals neergelegd in de al even eenduidige bewoordingen van art. 1 van de Bijlage bij het ESH. Tot de meest uitgesproken critici van het ECSR op dit gebied behoorden in 2004 overigens nog een aantal leden van het Comité zelf. Zij schreven in de zaak *FIDH t. Frankrijk dissenting opinions* waarin zij afstand namen van het verruimen van het toepassingsbereik door het ECSR. Deze interne tegenstemmen waren vijf jaar later verstomd. In *DCI t. Nederland* uit 2009 schaarde het Comité zich eensgezind achter het terzijde schuiven van de beperking van art. 1 van de Bijlage. Ook in de onderhavige zaak zijn de leden van het ECSR het op dat punt unaniem met elkaar eens.

12. Politiek lijken de uitspraken van het ECSR inmiddels ook te worden geaccepteerd. Op grond van het al genoemde aanvullend protocol dat de collectieve klachtenprocedure bij het ECSR regelt, kan het Comité van Ministers van de Raad van Europa naar aanleiding van een uitspraak van het ECSR een resolutie aannemen met een reactie op de uitspraak en aanbevelingen aan de betrokken staat. Deze aanbevelingen waren na *FIDH t. Frankrijk* niet gedaan. In de naar aanleiding van die zaak aangenomen resolutie namen de ministers de uitspraak slechts ter kennisneming aan (*ResChS(2005)6*, 4 mei 2005). De resolutie van het Comité van Ministers naar aanleiding van *DCI t. Nederland* ging wat dat betreft een stuk verder (*CM/ResChS(2010)6*, 7 juli 2010). De ministers noteerden daar dat deze resolutie: “[r]ecognises the limitation of the scope of the European Social Charter (revised) in terms of persons protected, laid down in paragraph 1 of the Appendix to the Charter, but notes that this does not relieve states from their responsibility to prevent homelessness of persons unlawfully present in their jurisdiction, more particularly when minors are involved”, waarna Nederland wordt opgeroepen de behandeling van illegale minderjarige vreemdelingen spoedig “in full conformity with the European Social Charter” te brengen. Daarmee schaarde de ministers zich op hoofdlijnen achter de standpunten van het ECSR. Het wachten is nu op de resolutie die naar aanleiding van de onderhavige zaak tegen België zal worden

aangenomen. Indien de ministers wederom de conclusies van het ECSR onderstrepen, lijkt de uitbreiding van de werkingssfeer van het ESH in ieder geval politiek een feit.

13. De uitspraken van het ECSR en de politieke acceptatie daarvan hebben ook juridische gevolgen, onder meer inzake de doorwerking van het ESH en de uitspraken van het ECSR in de Nederlandse rechtsorde – en ongetwijfeld ook in de rechtsorden van andere bij het ESH aangesloten staten. Kort na de uitspraak DCI t. Nederland werd al duidelijk dat de Nederlandse rechter in zaken met betrekking tot minderjarige vreemdelingen rekening hield met de uitspraak van het ECSR (zie bijvoorbeeld Rb Utrecht 6 april 2010, «*V*» 2010/209). In een uitspraak uit 2012 bekrachtigde ook de Hoge Raad deze zienswijze (HR 21 september 2012, «*N*» 2013/22, m.nt. Alkema, «*V*» 2012/458, m.nt. Slingenberg, «*AB*» 2013/30, m.nt. de Vries). In het arrest bepaalde de HR dat de Nederlandse staat uitgeprocedeerde minderjarige asielzoekers niet op straat mocht zetten of van hun moeder mocht scheiden. De HR stelde dat ten aanzien van deze kinderen op de Staat de verplichting rust 'te waken voor de rechten en belangen van minderjarigen die zich op zijn grondgebied bevinden, ook waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel'. De HR tekende daarbij aan dat dit oordeel mede steun vond in de uitspraak van het ECSR in DCI t. Nederland en in de naar aanleiding daarvan door het Comité van Ministers aangenomen resolutie (par. 3.7.2). Een aantal volkenrechtelijke onvolkomenheden ten spijt: het belang van de jurisprudentie van het ECSR voor het beschermen van de rechten van het (illegale) kind is daarmee een feit.

G.J.W. Pulles

Gerrit Jan Pulles is advocaat in Amsterdam en docent internationaal recht en grondrechten aan de Universiteit van Amsterdam.

De integrale tekst van de uitspraak en de processtukken is te vinden op de website van het ECSR: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp