

Uitspraak van de Maand

In deze rubriek maandelijks een kort commentaar bij een actuele uitspraak

HR 21 september 2012, 11/01153

Hoge Raad houdt kinderen van de straat

'De staat heeft de plicht om te waken voor de rechten en belangen van kinderen, ook waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder verblijfstitel. Deze kinderen kunnen niet verantwoordelijk worden gehouden voor gedragingen van hun ouders of andere familieleden.'

Dit is waarschijnlijk de belangrijkste 'regel' uit het arrest dat de Hoge Raad op 21 september 2012 wees.¹ Het draaide in deze procedure om een Angolese moeder en haar drie minderjarige kinderen van (destijds) twee, acht en tien jaar oud. Zij waren vreemdelingrechtelijk uitgeprocedeerd en verbleven al geruime tijd in een vrijheidsbeperkende locatie (VBL) in Ter Apel, maar konden niet feitelijk worden uitgezet en teruggestuurd naar Angola omdat de Angolese autoriteiten weigerden een *laissez passer* voor het gezin te verstrekken. Die weigering van de Angolese autoriteiten was vooral te wijten aan de weigering van de moeder om mee te werken aan terugkeer van het gezin.

Tot in 2010 hanteerde de Nederlandse overheid het beleid om de opvang van dergelijke weigerachtige uitgeprocedeerde asielzoekers te beëindigen door hen – letterlijk – op straat te zetten in Nederland. Tegen dat voornemen spanden de Angolese moeder en haar kinderen een kort geding aan tegen de staat. Nadat hun verzoek om onderdak en verzorging voort te zetten in eerste aanleg was afgewezen,² stelde het Haagse gerechtshof het gezin alsnog in het gelijk. Bij tussennarrest van 27 juli 2010 (LJN: BN2164) en eindarrest van 11 januari 2011 (LJN: BO9924) bepaalde het hof onder meer dat het op straat zetten van kinderen in de gegeven omstandigheden inhumaan en onrechtmatig was. Het voorstel van de staat om de kinderen via een kindbeschermingsmaat-

regel – plaatsing in een pleeggezin of kindertehuis – onderdak te bieden en alleen hun moeder alsnog op straat te zetten, werd door het Hof als disproportioneel en strijdig met artikel 8 EVRM van de hand gewezen.

Naar aanleiding van de uitspraak van het gerechtshof paste de staat zijn beleid aan en werden gezinslocaties ingericht waar uitgeprocedeerde asielzoekers met minderjarige kinderen, na verblijf in de VBL, worden opgevangen in afwachting van hun uitzetting.³

De staat stelde ook cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Centraal in de cassatieprocedure stond de vraag of, en zo ja op welke wijze, de staat moest (blijven) voorzien in de opvang van uitgeprocedeerde minderjarigen indien hun eveneens hier te lande verblijvende ouders niet meewerken aan uitzetting.

De Hoge Raad greep deze vraag aan om zich uit te laten over een aantal kwesties die in vreemdelingrechtelijke zaken aan de orde van de dag zijn, en die ook regelmatig de kop opsteken in bijvoorbeeld het familierecht, het sociaal-zekerheidsrecht en het strafrecht. Het gaat, kort gezegd, om de volgende kwesties:

- Mogen kinderen worden afgerekend op het handelen of nalaten van hun ouders?
- Mag de staat de kinderen opvangen door inzet van een kindbeschermingsmaatregel, die als gevolg heeft dat de kinderen van hun ouder(s) worden gescheiden?
- Mag er in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen kinderen die een verblijfsrecht hebben en kinderen die dat niet hebben?

1 HR 21 september 2012, LJN: BW5328, ve12001967, ro. 3.7.2. Het herstel-arrest in deze zaak (HR 12 oktober 2012, LJN: BX9968) ziet op een verbetering (van ro. 3.8) van het arrest van 21 september, welke hier verder geen rol speelt.

2 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, vonnis van 15 april 2010, zaaknr. 363137/KG ZA 10-426.

3 Vgl. brief minister van Immigratie, Integratie en Asiel van 21 december 2011 (TK 2011–2012, 29 344, nr. 85, ve12000121). Op dat moment verbleven er ongeveer 275 gezinnen met minderjarige kinderen in deze gezinslocaties.

Het antwoord van de Hoge Raad op al deze drie vragen luidt ontkennend.

Eigen verantwoordelijkheid

In cassatie betoogde de staat onder meer dat het gerechtshof ten onrechte geen oog had gehad voor de eigen verantwoordelijkheid van de moeder. Nu die weigerde mee te werken aan terugkeer en de zorg voor haar kinderen primair bij haar berustte zou zij – aldus de staat – zelf verantwoordelijk zijn voor het lot van de kinderen.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof voor die eigen verantwoordelijkheid wel oog heeft gehad, en dat het hof terecht heeft geoordeeld dat de beslissing van de moeder om niet mee te werken aan terugkeer naar Angola de kinderen niet toe- of aangerekend kan worden, omdat zij daarin geen stem hebben gehad (rechtsoverweging 3.7.2). Hoewel ouders primair verantwoordelijk zijn voor het welzijn van hun kinderen neemt dat niet weg dat de staat, als ouders die verantwoordelijkheid niet of onvoldoende nemen, de verplichting heeft erop toe te zien dat de rechten en belangen van de kinderen worden beschermd en geborgd en daartoe desnoods maatregelen te nemen, zo citeert de Hoge Raad uit het arrest van het hof.

De Hoge Raad formuleert dan de regel waar wij dit stukje mee begonnen: op de Staat rust de verplichting 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, mede omdat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van hun familieleden (rechtsoverweging 3.7.2).

De Hoge Raad overweegt⁴ dat deze regel steun vindt in de rechtspraak van het EHRM,⁵ de aan de Europese Opvangrichtlijn⁶ en de Terugkeerrichtlijn⁷ ten grondslag liggende beginselen, en het herziene Europees Sociaal Handvest (ESH) zoals uitgelegd door het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) en het Comité van Ministers.

ESH

Het is opmerkelijk en verheugend dat de Hoge Raad een hele rechtsoverweging (3.5.5) wijdt aan het ESH en aan de uitspraken van het ESCR, en dan met name aan de beslissing van 20 oktober 2009 (DCI/the Netherlands) waarin het Europees Comité Nederland nadrukkelijk op de vingers tikte

voor het weigeren van opvang en verzorging aan minderjarige uitgeprocedeerde asielzoekers.⁸

Het ESCR oordeelde dat Nederland daarmee inbreuk maakte op de artikelen 31 en 17 van het ESH inzake het recht op huisvesting en het recht op sociale, wettelijke en economische bescherming. Bij het interpreteren van de inhoud en reikwijdte van deze rechten putte het ESCR ruim uit een groot aantal andere internationale rechtsbronnen, waaronder het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK), de General Comments van het Comité voor de Rechten van het Kind, het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.⁹ Deze uitspraak is indertijd door velen als een gewaagde doorbraak ontvangen.¹⁰ De staat is zich echter lang op het standpunt blijven stellen – ook in deze procedure – dat het oordeel van het ECSR de Nederlandse staat juridisch niet bond.¹¹ De Hoge Raad gaat aan dat standpunt voorbij. De Hoge Raad bevestigt noch ontkent de juridische binding van het oordeel van het ECSR maar citeert wel uitvoerig en met kennelijke instemming de resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa naar aanleiding van de beslissing van het ESCR.¹² Daarin hebben de Europese ministers vastgelegd dat de beperking van de reikwijdte van het ESH niet afdoet aan de verantwoordelijkheid van de lidstaten om dakloosheid van personen die niet rechtmatig op hun grondgebied verblijven te voorkomen, 'more particularly when minors are involved'. De doorwerking van dit internationale beginsel in het Nederlandse recht is daarmee een feit.

EVRM en IVRK

Minder vernieuwend maar minstens even belangrijk is dat de Hoge Raad uitvoerig put uit uitspraken van het EHRM waarin het EHRM gebruikmaakt van het IVRK bij de uitleg van bepalingen van het EVRM (rechtsoverweging 3.5.3). Zo is in een groeiend aantal uitspraken artikel 3 IVRK betrokken bij de uitleg van artikel 8 EVRM. Ook heeft het EHRM in het kader van de krachtens lid 2 van artikel 8 EVRM te maken belangenafweging, de verplichting van de lidstaten benadrukt om in het bijzonder rekening te houden met de belangen van minderjarigen.¹³ In andere zaken heeft het EHRM benadrukt dat uit het EVRM volgt dat bij het nemen van maatregelen die kinderen betreffen aandacht voor de belangen van het kind, zoals gewaarborgd in artikel 3 IVRK, van cruciaal belang is.¹⁴ Door aansluiting te zoeken bij deze jurisprudentie zet de Hoge Raad een belangrijke stap in de doorwerking van kernbepalingen uit het IVRK in het Nederlandse recht.

4 In ro. 3.5.1-3.5.3, en 3.5.5.

5 EHRM 23 juni 2008, no. 1638/03, LJV BD8475, NJ 2009/45, JV 2008/267, ve08001098 (Maslov/Costenrijk); EHRM 7 augustus 1996, no. 17383/90, LJV AB9924, NJ 1998, 324 (Johansen/Noorwegen); EHRM 12 oktober 2006, no. 13178/03, LJV AZ4343, RvdW 2007, 146, JV 2007/29, ve06001361 (Mayeka en Mitunga/België); EHRM 19 januari 2012, no. 39472/07 en 39474/07, LJV BW0609, NJB 2012, 775, JV 2012/167, ve12000478 (Popov/Frankrijk); EHRM 31 januari 2006, no. 50435/99, LJV AV3568, RvdW 2006, 356, JV 2006/90, ve06000165 (Rodriguez da Silva en Hoogkamer/Nederland); EHRM 27 mei 2008, no. 26565/05, LJV BD6647, NJ 2008, 585, JV 2008/266, ve08000953 (N./Verenigd Koninkrijk).

6 Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 (PbEU L 31/18), ve03000782.

7 Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 (PbEU L 348/98), ve09000077.

8 ESCR, 20 oktober 2009, JV 2010/150, ve10000325, (Defence for Children International/the Netherlands, no. 47/2008, LJV BM3650) en de politieke reactie daarop, ve10000511.

9 Zie pagina 4-7 van de uitspraak.

10 Zie onder meer de noot van Y. Donders en R. Brouwer bij de uitspraak in EHRM 5 (2010) 55, p. 659-672.

11 Brief van de Minister van Justitie, 25 maart 2010 (Kamerstukken II, 159858, ve10000511).

12 Resolutie van 7 juli 2010 (Resolution CM/ResChS(2010)6, no. 47/2008, ve10001234).

13 EHRM, 23 juni 2008, no. 1638/03, LJV BD8475, NJ 2009/45, JV 2008/267, ve08001098 (Maslov v Oostenrijk)

14 EHRM 7 augustus 1996, no. 17383/90, LJV AB9924 (Scozzari en Giunta v Itale) spreekt van "of crucial importance"; Zie voor een recent voorbeeld EHRM, 20 maart 2012, no. 26692/05 (C.A.S. en C.S. v Roemenië).

Family life van de kinderen

In cassatie betoogde de staat ook dat de staat alleen dan een zorgverplichting voor de kinderen heeft, als de geestelijke of lichamelijke belangen van de kinderen ernstig worden bedreigd (een 'humanitaire noodsituatie'). In die lijn lag het voorstel dat de staat eerder bij het hof had gedaan: een kinderbeschermingsmaatregel treffen en de moeder op straat zetten, bij wijze van alternatieve oplossing voor het op straat zetten van het hele gezin.

De Hoge Raad oordeelt echter dat op de staat de rechtsplicht rust in de gegeven omstandigheden voor de kinderen in adequate opvang en verzorging te voorzien (rechtsoverweging 3.7.6). Tot de 'omstandigheden' hoort dat de voorgestelde kinderbeschermingsmaatregelen in tijd niet noodzakelijk aansluiten bij het beëindigen van de opvang in de vbl, én dat de maatregelen zullen leiden tot het scheiden van de kinderen en hun moeder waarvoor echter in de gegeven omstandigheden onvoldoende rechtvaardiging bestaat (rechtsoverweging 3.7.3, slot). De Hoge Raad bevestigt vervolgens dat het scheiden van ouder(s) en kinderen gedurende de periode dat een gezin niet kan worden uitgezet een inbreuk vormt op hun familie- en gezinsleven zoals onder meer neergelegd in artikel 8 EVRM en niet in het belang ('the best interests') van de kinderen kan worden geacht (rechtsoverweging 3.9.2). Concreet betekent dit dat de staat in het belang van de kinderen ook aan de ouder opvang en verzorging moet blijven bieden, al kan deze zelf geen aanspraken meer ontlenen aan de wet.

Uit een en ander valt ons inziens af te leiden dat het op straat zetten van minderjarige kinderen, enkel begeleid door hun ouder(s) en met onvoldoende middelen van bestaan¹⁵, op zichzelf reeds een humanitaire noodsituatie oplevert. Met zijn uitspraak houdt de Hoge Raad dus de (minderjarige) kinderen van de straat.

Steun voor deze gedachte valt eveneens te ontlenen aan een overweging ten overvloede van de Hoge Raad, waarin wordt aangetekend dat de ondergrens voor de opvang wordt gevonden in het niveau dat nodig is ter voorkoming van een humanitaire noodsituatie (rechtsoverweging 3.7.6). Met deze overweging komt de Hoge Raad de staat tegemoet, in de zin dat die een lager opvang- en verzorgingsniveau in de noodopvang mag bieden dan in de VBL gebruikelijk is, zolang die maar niet leidt tot een humanitaire noodsituatie en de bijzondere belangen van de kinderen en hun familie- en gezinsbanden zoveel mogelijk in acht worden genomen. De reden is dat de op de staat rustende rechtsplicht door het hof in deze zaak met juistheid is gekoppeld aan de minderjarigheid van de kinderen, zodat het voorzetten van opvang en verzorging, zeker indien de kinderen jong zijn, nog jaren kan duren. Een verplichting om een hoger niveau van verzorging te bieden zou een te grote last op de staat leggen en miskent

15 Het hof had in dit verband terecht van belang geacht dat de moeder zelf niet de financiële middelen heeft om haar kinderen een adequate verzorging en huisvesting te geven en dat een andere opvang van de kinderen niet is geëvalueerd, zo overweegt de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.7.3).

de primaire verantwoordelijkheid van de ouders, aldus de Hoge Raad.¹⁶

Hoe juist dit oordeel in obiter ook moge zijn, het komt ons voor dat ook niet uit het oog mag worden verloren dat het oplossen van het probleem van weigerachtige uitgeprocedeerde asielzoekers mede in de politieke hoek gezocht mag worden. Als duidelijk is dat de vreemdeling niet actief meewerkt aan de uitzetting van zijn gezin, kan de staat trachten zijn diplomatieke inspanningen te intensiveren om te komen tot snellere en betere afspraken met het (vermoedelijke) land van herkomst.

Onderscheid naar verblijfsrecht?

De vraag of het recht anders luidt voor uitgeprocedeerde kinderen komt in de besproken uitspraak niet rechtstreeks aan bod. Toch is het een belangrijk punt dat impliciet aan de orde is gesteld. De staat had zich zowel in de feitelijke instanties als in cassatie beroepen op rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, waarin met zoveel woorden is geoordeeld dat het discriminatieverbod niet in de weg staat aan het maken van onderscheid tussen kinderen van ouders met een verblijfsrecht en kinderen van ouders zonder verblijfsrecht.¹⁷

Naar onze mening laten de bewoordingen uit rechtsoverweging 3.7.2 van het arrest – de 'verplichting van de staat om 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' – er geen twijfel over bestaan dat de besproken beginselen voor alle kinderen gelden, ongeacht hun verblijfsrecht.

De minister van Immigratie, Integratie en Asiel heeft naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad laten weten dat de rechtsplicht die de Hoge Raad voorziet voor de Staat bij het in gebreke blijven van de ouders, betrekking heeft op alle minderjarige vreemdelingen die zich op zijn grondgebied bevinden en geen onderdak hebben, ook daar waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel en die niet eerder opvang of onderdak kregen van de overheid. De minister kondigde tevens aan de huidige praktijk van de gezinslocaties voort te zullen zetten, en overplaatsing via een vbl niet meer toe te passen, teneinde het aantal verhuisbewegingen van gezinnen met minderjarige kinderen verder te beperken.¹⁸

Dit alles wil overigens niet zeggen dat noodopvang tot een verblijfsrecht zou kunnen leiden: het gaat om opvang en voorzieningen in afwachting van het definitieve besluit op het asielverzoek en, na afwijzing van dit verzoek, in afwachting

16 De Hoge Raad verwijst, respectievelijk, naar EHRM 27 mei 2008 NJ 2008, 585, JV 2008/266, ve08000953 (N./Verenigd Koninkrijk) onder 44, en naar art. 3 lid 2 en 27 lid 1 IVRK.

17 Zie onder meer ABRvS, 12 april 2007, LJN: BA 3394, JV 2007/241, ve07000728 en ABRvS 15 februari 2007, LJN: AZ9524, JV 2007/144, ve07000325.

18 Brief minister van Immigratie, integratie en asiel, 24 oktober 2012 (kenmerk 2012-0000558227), ve12002154.

van terugkeer (zie rechtsoverweging 3.6 van het arrest van de Hoge Raad). Dat heeft ook de moeder die de onderhavige zaak won (bij hof en Hoge Raad) ondervonden: zij is met haar kinderen reeds in april 2011 uitgezet naar Angola. Overigens kon dit gebeuren, zo is ons bekend, omdat er – plotseling – alsnog een laissez passer beschikbaar kwam van de Angolese autoriteiten.

Conclusie

Het besproken arrest van de Hoge Raad van 21 september 2012 heeft geen rechtstreekse invloed op het uitzetten van uitgeprocedeerde asielzoekers als zodanig. Wel is het op straat zetten van minderjarige kinderen en hun ouder(s) geen rechtmatig alternatief meer voor uitzetting uit Nederland. Het arrest is vooral van groot belang voor de gelijke en menswaardige behandeling van uitgeprocedeerde kinderen en hun ouder(s) zolang zij in Nederland verblijven, in afwachting van hun uitzetting.

GUIDO DEN DEKKER | MR. G. DEN DEKKER IS ADVOCaat IN DEN HAAG EN CASSATIEADVOCaat IN DEZE ZAAK

GERRIT JAN PULLES | MR. G.J. PULLES IS ADVOCaat IN AMSTERDAM EN DOCENT INTERNATIONAAL RECHT EN GRONDRECHTEN AAN DE UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM. HIJ WAS ADVOCaat IN DEZE ZAAK VOOR HET GERECHTSHOF

ADVERTENTIE

VluchtWeb: de digitale databank van VluchtelingenWerk Nederland

VluchtWeb is dé informatiebron voor iedereen die in Nederland werkzaam is in de ondersteuning van asielzoekers en vluchtelingen.

Eén loket

Op VluchtWeb is vrijwel alle informatie te vinden die van belang is voor de asielpraktijk. Nationale en Europese regelgeving, verdragen en jurisprudentie, én een zeer uitgebreide verzameling informatie over herkomstlanden. Brieven van ministeries, Kamerstukken en relevante documenten van mensenrechtenorganisaties zoals Amnesty International, UNHCR en VluchtelingenWerk: u vindt ze op VluchtWeb.

Introducties

Op ruim twintig onderwerpen biedt VluchtWeb introducties. Hoe zat het ook alweer met leges, geloofwaardigheidstoets, terugkeerbeleid of reisdocumenten? Met VluchtWeb frist u uw basiskennis in een handomdraai weer op.

Digitaal archief, handige dossiers

VluchtWeb gaat terug tot 1995 en is gemakkelijk doorzoekbaar. Niet alleen op trefwoord of op datum, maar ook op dossier: VluchtWeb zet voor u de meest actuele documenten per onderwerp of land op een rij in bondige dossiers. Dagelijks geactualiseerd.

Méér dan documenten

Met attenderingen per e-mail en discussieforums helpt VluchtWeb u om altijd up-to-date te zijn.

Kennismaken?

Bent u werkzaam in de asielpraktijk en wilt u vrijblijvend een maand lang kennismaken met VluchtWeb? Vraag dan een gratis proefabonnement aan.
Informatie: vluchtweb@vluchtweb.nl | (020) 346 72 00.