

## Jurisprudentie-artikel

LIENEKE SLINGENBERG | MR. C.H. SLINGENBERG IS ALS PROMOVEDA EN DOCENT WERKZAAM BIJ DE AFDELING STAATS- EN BESTUURS-RECHT VAN DE VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM'.<sup>1</sup>

# Illegale kinderen en het Europees Sociaal Handvest

Op 28 februari 2010 werd de beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) van 20 oktober 2009 in de zaak *Defence for Children International (DCI) tegen Nederland* bekend.<sup>2</sup> In deze zaak oordeelt het Comité dat Nederland in strijd handelt met artikel 31, onder 2 en artikel 17, lid 1, onder c van het herziene Europees Sociaal Handvest (herziene ESH)<sup>3</sup> door niet te zorgen voor onderdak voor kinderen die illegaal in Nederland verblijven. Deze beslissing druist daarmee in tegen de uitgangspunten van de Koppelingwet,<sup>4</sup> die in 1998 in werking is getreden.

**H**et is een opvallende beslissing, aangezien illegale vreemdelingen uitdrukkelijk zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van het ESH. Deze bijdrage zal met name aandacht besteden aan de overwegingen van het ECSR omtrent dit beperkte toepassingsbereik van het handvest. Hierbij zal ook een beslissing van het ECSR uit 2004 worden betrokken, waarbij eveneens de interpretatie van dit toepassingsbereik centraal stond (FIDH tegen Frankrijk). Allereerst een korte introductie op de werkwijze en bevoegdheden van dit wellicht enigszins onbekende comité.

## 1 Europees Comité voor Sociale Rechten

Het Europees Comité voor Sociale Rechten is het Comité van onafhankelijke deskundigen dat is ingesteld op basis van artikel 25 ESH.<sup>5</sup> Het comité bestaat uit ten minste negen deskundigen 'van onbesproken reputatie en erkende bekwaamheid op het gebied van nationale en internationale sociale aangelegenheden'.<sup>6</sup> Het comité was in eerste instantie slechts belast met het beoordelen vanuit juridisch standpunt van de naleving in de nationale wetgeving en praktijk van de verplichtingen voortvloeiend uit het handvest, op basis van door de verdragssluitende partijen ingezonden rapporten.<sup>7</sup> Op grond van het aanvullend protocol van 1995 is het comité sinds 1 juli 1998 ook bevoegd om beslissingen te nemen over ingediende collectieve klachten tegen verdragssluitende partijen. Dit protocol bepaalt dat internationale organisaties van werkgevers en werknemers; andere internationale niet-gouvernementele organisaties die een raadgevende status bij de Raad van Europa bezitten en representatieve nationale organisaties van werkgevers en werknemers die onder de rechtsmacht vallen van de betreffende verdragssluitende partij, een klacht kunnen indienen over de ontoereikende toepassing van het handvest.<sup>8</sup> Het comité is bevoegd om te beoordelen of de verdragssluitende partij de in de klacht bedoelde bepaling van het Handvest al dan niet in

toereikende mate heeft toegepast.<sup>9</sup> De bevindingen van het comité worden neergelegd in een rapport, hetgeen wordt toegezonden aan het Comité van Ministers.<sup>10</sup> Op basis van het rapport neemt het Comité van Ministers een resolutie aan. Indien de conclusie van het rapport luidt dat het handvest niet in toereikende mate is toegepast, neemt het Comité van Ministers een aanbeveling gericht aan de betreffende verdragssluitende staat aan.<sup>11</sup> Deze staat dient vervolgens in zijn eerstvolgende rapport betreffende de naleving van het verdrag informatie te verschaffen over de maatregelen die zijn getroffen om de aanbeveling van het Comité van Ministers uit te voeren.<sup>12</sup> Het aanvullende protocol van 1995 bevat dus een belangrijke uitbreiding van de bevoegdheden van het Europees Comité voor Sociale Rechten. De beslissing in de zaak *DCI tegen Nederland* betreft een beslissing omtrent een collectieve klacht, genomen door het comité op basis van dit aanvullende protocol.

Een beslissing van het comité heeft echter geen bindende rechtskracht. Het betreft (slechts) een gezaghebbende interpretatie van het handvest, waarbij het gezag wordt ontleend aan de positie van het comité in het handvest en aan de overtuigingskracht van de redenering in de beslissing.<sup>13</sup>

## 2 Personele toepassingsbereik van het Europees Sociaal Handvest

De belangrijkste vraag die in de zaak *DCI tegen Nederland* voorlag is of kinderen die illegaal in Nederland verblijven onder het toepassingsbereik van het handvest vallen, gelet op de bepaling omtrent de werkingssfeer van het handvest neergelegd in de bijlage bij het handvest.<sup>14</sup> Deze bepaling luidt:

"Behoudens het bepaalde in artikel 12, vierde lid, en in artikel 13, vierde lid, zijn onder de in artikelen 1 tot en met 17 en 20 tot en

## NOTEN

- 1 Met dank aan prof. mr. G.J. Vonk en mr. K.M. de Vries voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk.
- 2 Op grond van artikel 8, lid 2 van het aanvullend protocol van 1995 (*Additional protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*) worden beslissingen van het Europees comité voor sociale rechten pas bekend gemaakt indien het comité van ministers een resolutie heeft aangenomen betreffende de beslissing van het Europees comité voor sociale rechten of vier maanden nadat de beslissing is toegezonden aan het comité van ministers.
- 3 Het herziene Europees Sociaal Handvest van 1996 trad op 1 juli 1999 in werking. Het vormt een uitbreiding van de rechten neergelegd in het Europees Sociaal Handvest van 1961. In dit artikel zal de term 'herziene ESH' worden gebruikt indien wordt gerefereerd aan een artikel dat niet is opgenomen in het ESH. Indien het betreffende recht zowel in het ESH als in het herziene ESH is opgenomen, zal de term 'ESH' of 'handvest' worden gebruikt.
- 4 Wet van 26 maart 1998 tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, onthefingen en vergunningen te koppelen aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland, *Stb.* 1998, 203.
- 5 Artikel C van het herziene ESH bepaalt dat de uitvoering van de in dit Handvest vervatte juridische verplichtingen aan hetzelfde toezicht zal worden onderworpen als het ESH van 1961. Sinds 1998 wordt het Comité van onafhankelijke deskundigen het 'Europese Comité voor Sociale rechten' genoemd.
- 6 Artikel 25, lid 1 ESH. Naar aanleiding van een beslissing van het Comité van Ministers bestaat het Comité momenteel uit vijftien leden.
- 7 Artikel 24 ESH.
- 8 Artikel 1 van het aanvullend protocol van 1995.
- 9 Artikel 8, lid 1 van het aanvullend protocol van 1995.
- 10 Artikel 8, lid 2 van het aanvullend protocol van 1995. Het Comité van Ministers is één van de twee statutaire organen van de Raad van Europa (artikel 10 Statuut van de Raad van Europa. Het andere statutaire orgaan is de Parlementaire Vergadering) en bestaat uit de ministers van Buitenlandse Zaken van de lidstaten van de Raad van Europa (artikel 14 Statuut van de Raad van Europa).
- 11 Artikel 9, lid 1 van het aanvullend protocol van 1995.
- 12 Artikel 10 van het aanvullend protocol van 1995.
- 13 Vgl. Groenendijk in zijn noot bij ECSR 8 september 2004, JV 2005/339.
- 14 Op grond van artikel N van het herziene ESH maakt de bijlage bij het handvest een integraal onderdeel uit van het handvest.
- 15 Dit betreft de niet-officiële vertaling, beschikbaar op: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Dutch.pdf>.
- 16 Onder de verdragsluitende partijen van het herziene ESH bevinden zich de lidstaten van de Europese Unie, maar bijvoorbeeld ook Azerbeidzjan, Bosnië en Herzegovina, Oekraïne en Turkije. Zie voor een compleet overzicht: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=8&DF=&CL=ENG>.
- 17 Conclusions 2004, Volume 1, section 1, Conclusion date 5 March 2004, beschikbaar op: <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/document.asp?item=0>.
- 18 ECSR 8 september 2004, klachtnummer 14/2003, JV 2005/339 m.n. Groenendijk.
- 19 ECSR 20 oktober 2009, klachtnr. 47/2008.
- 20 Het is opvallend dat het comité daartoe slechts een zeer abstracte toets van de Nederlandse wetgeving uitvoert. Zo stelt het comité dat er voor kinderen zonder rechtmatig verblijf geen gegarandeerd recht op onderdak bestaat, maar besteedt het comité geen aandacht aan het feit dat in Nederland illegale vreemdelingen zelfs zijn uitgesloten van de bevoegdheid van het college van B&W om op grond van zeer dringende redenen bijstand te verlenen aan personen die geen recht hebben op bijstand (zie artikel 16 Wet Werk en Bijstand).

met 31 bedoelde personen slechts die vreemdelingen begrepen die onderdaan zijn van andere Partijen en legaal verblijven of rechtmatig werkzaam zijn op het grondgebied van de betrokken Partij (...).<sup>15</sup>

Voor de meeste kinderen die illegaal in Nederland verblijven, werpt deze bepaling dus twee belangrijke belemmeringen op om onder het toepassingsbereik van het handvest te vallen. Ten eerste zijn veel kinderen die illegaal in Nederland verblijven, geen onderdaan van een andere verdragsluitende partij.<sup>16</sup> Ten tweede verblijven deze kinderen niet legaal op het grondgebied. De tekst van deze bepaling laat dus geen onduidelijkheid bestaan over het feit dat deze kinderen als gevolg daarvan niet onder de bescherming van het handvest vallen.

Het comité hanteert niettemin een andere benadering van het personele toepassingsbereik van het handvest. In de 'statement of interpretation' bij de conclusies 2004 over de landenrapporten<sup>17</sup>, overwoog het comité:

"The Committee notes that the Parties to the Charter (in its 1961 and revised 1996 versions) have guaranteed to foreigners not covered by the Charter rights identical to or inseparable from those of the Charter by ratifying human rights treaties – in particular the European Convention of Human Rights – or by adopting domestic rules whether constitutional, legislative or otherwise without distinguishing between persons referred to explicitly in the Appendix and other non-nationals. In so doing, the Parties have undertaken these obligations.

Whereas these obligations do not in principle fall within the ambit of its supervisory functions, the Committee does not exclude that the implementation of certain provisions of the Charter could in certain specific situations require complete equality of treatment between nationals and foreigners, whether or not they are nationals of member States, Party to the Charter."

Volgens het comité kan het toepassingsbereik van bepaalde rechten dus in bepaalde specifieke omstandigheden worden uitgebreid naar alle categorieën vreemdelingen, ongeacht of zij onderdaan zijn van een verdragsluitende partij en ongeacht of zij legaal op het grondgebied verblijven.

### 3 De zaak FIDH tegen Frankrijk

In de zaak FIDH tegen Frankrijk<sup>18</sup> klaagde de 'International Federation of Human Rights Leagues' (FIDH) dat Franse wetgeving die illegale vreemdelingen uitsloot van vergoeding voor medische zorg strijdig was met de artikelen 13 (recht op sociale en geneeskundige bijstand) en 17 (recht van kinderen en jeugdige personen op sociale, wettelijke en economische bescherming) van het handvest. Het comité stelt in zeer algemene bewoordingen dat "legislation or practice which denies entitlement to medical assistance to foreign nationals, within the territory of a State Party, *even if they are there illegally*, is contrary to the Charter" (cursivering CHS). Aangezien illegale vreemdelingen in Frankrijk wel in aanmerking komen voor medische behandeling in "emergencies and life threatening conditions", concludeert het comité dat, hoewel "being in doubt" artikel 13 ESH niet wordt geschonden. Met betrekking tot kinderen oordeelt het comité dat er wel sprake is van een schending van artikel 17 ESH.

Voor het uitbreiden van het personele toepassingsbereik van het handvest tot vreemdelingen die illegaal op het grondgebied verblijven, brengt het comité diverse argumenten naar voren. Het comité begint zijn redenering met de stelling dat de interpretatie

van het handvest moet zijn gebaseerd op de interpretatieregels voor verdragen zoals neergelegd in het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht. Vervolgens stelt het comité dat het handvest was bedoeld als een instrument om het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) aan te vullen en dat alle mensenrechten “universal, indivisible and interdependent and interrelated” zijn. Het handvest is een “living instrument” gewijd aan bepaalde onderliggende waarden: “dignity, autonomy, equality and solidarity”. Verder stelt het comité dat het beperkte toepassingsbereik van het handvest een verschillende impact heeft op de rechten van het handvest. In dit geval betreft het een recht van fundamenteel belang, aangezien het samenhangt met het recht op leven en de menselijke waardigheid. Gezondheidszorg vormt een noodzakelijke voorwaarde voor het behoud van menselijke waardigheid, hetgeen “the core of positive European human rights law” is, zowel onder het ESH als onder het EVRM, aldus het comité. Om deze redenen dienen illegale vreemdelingen volgens het comité ook onder de bescherming van het recht op gezondheidszorg te vallen.

Een opvallend aspect aan de beslissing van het comité in de zaak FIDH tegen Frankrijk is dat er slechts een minimale meerderheid is onder de leden voor het aannemen van een schending van artikel 17 van het herziene ESH (zeven tegen zes stemmen). Bovendien zijn er twee dissenting opinions, gesteund door vier leden van het comité, waarin uitdrukkelijk afstand wordt genomen van de interpretatie van het toepassingsbereik van het handvest door de meerderheid.

#### 4 De zaak DCI tegen Nederland

In de zaak DCI tegen Nederland<sup>19</sup> klaagt Defence for Children International dat de Nederlandse wetgeving en praktijk waarbij kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven geen aanspraak maken op toegang tot adequate huisvesting strijdig is met artikel 31, op zichzelf of in combinatie met artikel E van het herziene ESH, evenals met de artikelen 11, 13, 16, 17 en 30, op zichzelf of in combinatie met artikel E van het herziene ESH. Volgens het comité zijn de beweringen door DCI

omtrent mogelijke schendingen van rechten anders dan het recht op huisvesting van illegaal verblijvende kinderen slechts subsidiair en onvoldoende uitgewerkt. Het comité bepaalt daarom dat het zal onderzoeken of er sprake is van strijd met de artikelen 31, onder 1 en 2 (recht op huisvesting); 17, lid 1, onder c (recht op bescherming en bijzondere ondersteuning van overheidswege voor kinderen en jeugdige personen die tijdelijk of definitief de steun van hun gezin moeten ontberen) en artikel E (discriminatieverbod) in samenhang met de artikelen 17 en 31. De (unanieme) conclusie luidt dat er sprake is van een schending van artikel 31, onder 2 en van artikel 17, lid 1, onder c van het herziene ESH.<sup>20</sup>

Met betrekking tot het personele toepassingsbereik stelt het comité dat het met betrekking tot elk ingeroepen recht afzonderlijk zal beoordelen of het van toepassing is op de “specific vulnerable category of persons concerned, i.e. children unlawfully present in the Netherlands”. De overwegingen van het comité zijn dus, anders dan in de zaak FIDH tegen Frankrijk, uitdrukkelijk beperkt tot kinderen. Omtrent de mogelijkheid dat het toepassingsbereik met betrekking tot bepaalde rechten wordt uitgebreid tot kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven, worden door het comité vergelijkbare en deels dezelfde argumenten aangevoerd als in de zaak FIDH tegen Frankrijk. Zo stelt het comité dat het ESH

was bedoeld om het EVRM aan te vullen en dat het is gewijd aan de onderliggende waarden “dignity, autonomy, equality and solidarity”. Verder stelt het comité op basis van artikel 31, lid 3, onder c van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht dat het ESH zo veel mogelijk in overeenstemming met andere regels van internationaal recht moet worden geïnterpreteerd. Daarbij moet een teleologische interpretatiemethode worden gehanteerd. Er moet niet worden gezocht naar de interpretatie die de verplichtingen van de verdragsluitende partijen zo veel mogelijk beperkt.

Bij het onderzoek of artikel 31 van het herziene ESH van toepassing is op illegaal verblijvende kinderen, maakt het comité een onderscheid tussen het gestelde in onderdeel 1 van dit artikel en het gestelde in onderdeel 2. Het artikel luidt als volgt:

“Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op huisvesting te waarborgen, verbinden de Partijen zich maatregelen te nemen die erop zijn gericht:

- 1 de toegang tot adequate huisvesting te bevorderen;
- 2 dak- en thuisloosheid te voorkomen en te verminderen teneinde het geleidelijk uit te bannen;
- 3 (...)”

Met betrekking tot artikel 31, onder 1, oordeelt het comité dat kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven niet onder het personele toepassingsbereik vallen. Het comité stelt hiertoe dat staten het recht hebben om de toegang, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen te reguleren en dat staten daarom onderscheid mogen maken tussen kinderen die legaal en kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven. Wel zal het belang van de staat bij het voeren van een consistent immigratiebeleid in overeenstemming moeten worden gebracht met de mensenrechtelijke verplichtingen. Het recht op adequate huisvesting zoals neerge-

*“Een beslissing van het comité heeft geen bindende rechtskracht. Het gezag van de beslissing is met name afhankelijk van de overtuigingskracht van de redenering in de beslissing.”*

legd in artikel 31, onder 1, brengt volgens het comité met zich mee dat het bieden van tijdelijk onderdak niet voldoende is. Adequate huisvesting impliceert een structurele wettelijke garantie van woongenot. Indien echter van staten wordt vereist dat zij dergelijke huisvesting van blijvende aard verschaffen aan illegaal verblijvende kinderen, dan druist dat te zeer in tegen het belang van de staat bij het voeren van een migratiebeleid dat erop is gericht te bevorderen dat vreemdelingen die illegaal op het grondgebied verblijven, terugkeren naar hun land van oorsprong, aldus het comité. Anders dan in de zaak FIDH tegen Frankrijk, wordt het belang van de staat bij het voeren van een consistent vreemdelingenbeleid dus uitdrukkelijk erkend door het comité.

Artikel 31, onder 2 is volgens het comité met name gericht op de bescherming van kwetsbare personen. Het omvat een recht op onderdak (“shelter”) voor daklozen, hetgeen nauw verbonden is met het recht op leven en cruciaal is voor het respect voor menselijke waardigheid. Indien kinderen, als kwetsbare categorie personen, moeten opgroeien op straat, bevinden zij zich in een situatie van extreme hulpeloosheid. Op grond hiervan oordeelt het comité dat kinderen, ongeacht hun verblijfsstatus, wel onder het toepassingsbereik van artikel 31, onder 2 vallen. Dit betekent volgens het comité dat staten verplicht zijn om onderdak te bieden aan

- 21 Zie ook Groenendijk in zijn noot bij JV 2005/339.
- 22 Dit argument is nader uitgewerkt door Mikkola (M. Mikkola, 'Social human rights of migrants under the European Social Charter', *European Journal of Social Security* 2008, pp. 25-59).
- 23 Het EHRM refereert regelmatig aan het ESH in zijn uitspraken. In de zaak van *Zehnalova and Zehnal tegen Tsjechië*, overwoog het Hof bijvoorbeeld dat het ESH 'may provide [the Court] with a source of inspiration' (EHRM 14 mei 2002, nr. 38621/97).
- 24 Zie bijvoorbeeld EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (*Gaygusuz tegen Oostenrijk*); EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98 (*Koua Poirrez tegen Frankrijk*). Zie hieromtrent ook de noot van Boeles bij HvJ EG 4 juni 2009, JV 2009/314.
- 25 EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, para. 44.
- 26 H. Cullen, 'The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights', *Human Rights Law Review* 2009, p. 81.
- 27 EHRM 12 oktober 2006, nr. 13178/03, para. 55.
- 28 EHRM 19 januari 2010, nr. 41442/07, para. 56-58.
- 29 In de zaak *O'Rourke tegen het Verenigd Koninkrijk* noemt het Hof bijvoorbeeld de 'positive obligation to house the homeless' voortvloeiend uit artikel 8 EVRM. De omvang van deze positieve verplichting is echter wel beperkt volgens het Hof (EHRM 26 juni 2001 (beslissing), nr. 39022/97). In de zaak *Budina tegen Rusland* oordeelde het Hof onder artikel 3 EVRM dat "it cannot exclude that State responsibility could arise for "treatment" where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity" (EHRM 18 juni 2009 (beslissing), nr. 45603/05). De 'high threshold' onder artikel 3 was in deze zaak echter niet bereikt, omdat het pensioen van klaagster (uiteindelijk) voldoende was voor "flat maintenance, food, and hygienic items".
- 30 nt. Slingenbergh en Minderhoud).

illegale kinderen, zolang zij onder de jurisdictie van de staat vallen. Hoewel dit onderdak niet hoeft te voldoen aan de vereisten van privacy, gezinsleven en geschiktheid die gelden voor meer permanente vormen van huisvesting, dient het wel te voldoen aan minimale standaarden van menselijke waardigheid. Kinderen mogen bovendien niet uit deze vorm van opvang worden gezet, aangezien staten met betrekking tot illegale vreemdelingen niet kunnen worden verplicht om te voorzien in alternatieve vormen van huisvesting.

Met betrekking tot artikel 17 van het herziene ESH oordeelt het comité, onder verwijzing naar de beslissing in de zaak FIDH tegen Frankrijk, dat kinderen, ongeacht hun verblijfsstatus, onder het toepassingsbereik vallen. Het comité concludeert vervolgens tot schending van artikel 17, lid 1, onder c, aangezien de verplichtingen voor de staat met betrekking tot het verschaffen van onderdak aan illegale kinderen identiek zijn onder dit artikel aan die onder artikel 31, onder 2 van het handvest.

Het comité concludeert tot slot dat het discriminatieverbod zoals neergelegd in artikel E van het herziene ESH niet van toepassing is in deze zaak, aangezien niet wordt geklaagd over ongelijke behandeling tussen kinderen die illegaal en kinderen die legaal op het grondgebied verblijven.

## 5 Analyse

Zoals gezegd heeft een beslissing van het comité geen bindende rechtskracht. Het gezag van de beslissing is derhalve met name afhankelijk van de overtuigingskracht van de redenering in de beslissing.

Uit het bovenstaande blijkt dat het comité van mening is dat het personele toepassingsbereik van het handvest, zoals neergelegd in de bijlage bij het handvest, met betrekking tot bepaalde rechten en onder bepaalde omstandigheden moet worden uitgebreid tot vreemdelingen die illegaal op het grondgebied verblijven. Met betrekking tot het recht op gezondheidszorg heeft het comité geconcludeerd dat het toepassingsbereik moet worden uitgebreid tot alle vreemdelingen ongeacht verblijfsstatus. Met betrekking tot het recht op onderdak ("shelter") heeft het comité dit geconcludeerd ten aanzien van kinderen. Het is de vraag hoe overtuigend deze interpretatie van het toepassingsbereik is. Het comité refereert zelf aan de interpretatieregels zoals neergelegd in het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht. De hoofdregel is neergelegd in artikel 31, lid 1 van dit verdrag en luidt:

"Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag."

Dit artikel bevat dus zowel de grammaticale ('gewone betekenis van de termen'), als de systematische ('context') en de teleologische ('voorwerp en doel') interpretatiemethode. Gezocht moet worden naar een interpretatie die het beste aansluit bij deze drie methoden. Een interpretatie van een mensenrechtenverdrag is vaak voornamelijk gebaseerd op de context en voorwerp en doel van het verdrag, omdat de bewoordingen van het verdrag doorgaans heel algemeen zijn. Dit lijkt niet strijdig met deze interpretatieregels. Met betrekking tot een interpretatie die rechtstreeks en duidelijk ingaat tegen de bewoordingen van het verdrag ligt dit mijns inziens echter anders.

Bovendien zijn de argumenten die het comité afleidt uit de context en voorwerp en doel van het verdrag niet erg overtuigend.<sup>21</sup>

Het comité lijkt uit te gaan van het volgende systematische argument: met betrekking tot kwesties die betrekking hebben tot fundamentele rechten als het recht op leven en raken aan de menselijke waardigheid, is er sprake van een overlap tussen de bepalingen van het EVRM en het ESH. In dergelijke gevallen moet het toepassingsbereik van het ESH worden geïnterpreteerd in overeenstemming met het toepassingsbereik van het EVRM, hetgeen universeel is.<sup>22</sup> Het is echter ook mogelijk om andersom te redeneren. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zou bij de interpretatie van positieve verplichtingen in de sociaal-economische sfeer immers ook rekening kunnen houden met het beperkte personele toepassingsbereik van het ESH.<sup>23</sup> Ook dan wordt recht gedaan aan de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van beide mensenrechteninstrumenten. Uit jurisprudentie van het EHRM kan ook worden afgeleid dat het personele toepassingsbereik van positieve verplichtingen in de sociaaleconomische sfeer niet altijd onbeperkt is. Met betrekking tot de gelijke behandeling van vreemdelingen in de sociale zekerheid lijkt het EHRM veel belang te hechten aan de legale status van betrokkene in de lidstaat.<sup>24</sup> Met betrekking tot het verschaffen van gezondheidszorg overwoog het EHRM in de zaak N. tegen het Verenigd Koninkrijk dat artikel 3 “does not place an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities [between the level of treatment available in the Contracting State and in the country of origin, CHS] through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States.”<sup>25</sup> Hoewel dit met betrekking tot (jonge) kinderen onder omstandigheden mogelijk anders ligt (zie verder onder punt 7), kan hieruit in elk geval worden afgeleid dat ook onder het EVRM de omvang van de positieve verplichtingen van de staat in de sociaaleconomische sfeer kan afhangen van de verblijfsstatus van betrokkene.

Met betrekking tot het object en doel van het handvest, stelt het comité in beide bovengenoemde beslissingen dat het handvest is geïnspireerd door de onderliggende waarden “dignity, autonomy, equality and solidarity”. Het comité geeft geen onderbouwing voor de identificatie van deze vier waarden. Bovendien geeft het comité niet aan waarom het in bovengenoemde beslissingen vervolgens slechts steunt op ‘dignity’ als onderliggend beginsel. Zoals Cullen overweegt met betrekking tot het uitgangspunt van ‘solidarity’:

“Solidarity also has a function in limiting the scope of potential economic and social rights claims. It requires a balance to be struck between individual rights and collective rights and interests. As a result, a claim by an individual or group that would place an excessive burden on the state to the point where it interferes with the realisation of rights of other members of the community may be rejected.”<sup>26</sup>

Samenvattend kan worden gesteld dat een interpretatie die duidelijk tegengesteld is aan de tekst van een verdrag niet in overeenstemming lijkt te zijn met artikel 31, lid 1 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht. Bovendien kan in casu zowel een systematisch als een teleologisch argument worden gebruikt om de letterlijke interpretatie van het toepassingsbereik te bevestigen. De redenering van het comité omtrent het toepassingsbereik van het handvest is daarom mijns inziens niet erg overtuigend.

Daarentegen maakt het comité met betrekking tot illegale kinderen wel een overtuigend en waardevol onderscheid tussen het recht op adequate huisvesting aan de ene kant en het recht voor

kwetsbare personen op enige vorm van onderdak aan de andere kant. Dat is immers een interpretatie van het recht op huisvesting die recht doet aan zowel het belang van de staat bij het voeren van een consistent vreemdelingenbeleid, als aan het individuele belang van een groep zeer kwetsbare personen. Zoals gezegd staat het beperkte personele toepassingsbereik van het handvest mijns inziens echter in de weg aan het toekennen van rechten neergelegd in het handvest, met inbegrip van het recht op onderdak, aan illegale vreemdelingen.

## 6 Tot slot

De conclusie dat de redenering van het ECSR omtrent het toepassingsbereik niet overtuigend is, betekent niet automatisch dat Nederland niet in strijd met mensenrechtelijke verplichtingen handelt door kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven niet enige vorm van onderdak te verschaffen. Dit beleid zou bijvoorbeeld zeer wel een schending kunnen opleveren van artikel 3 en/of 8 EVRM. Het EHRM lijkt in de hierboven reeds genoemde zaak N. tegen het Verenigd Koninkrijk belang te hechten aan de illegale vreemdelingenstatus van klager voor de omvang van de positieve verplichtingen van de staat bij het verschaffen van voorzieningen. Met betrekking tot (jonge) kinderen is dit echter mogelijk anders. In de zaak Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga tegen België oordeelde het Hof dat de zeer kwetsbare status van klager, gezien haar zeer jonge leeftijd en gezien het feit dat ze zonder begeleiding van haar familie was, de beslissende factor is met betrekking tot de beoordeling onder artikel 3 EVRM “[which] takes precedence over considerations relating to the second applicant’s status as an illegal immigrant”.<sup>27</sup> Deze overweging werd door het EHRM in de zaak Muskhadzhiyeva en anderen tegen België expliciet ook van toepassing verklaard op kinderen die wel worden verzorgd door hun ouders.<sup>28</sup> Het EHRM is dus van oordeel dat met betrekking tot positieve verplichtingen voortvloeiend uit artikel 3 EVRM, de kwetsbare status van (jonge) kinderen voorrang dient te krijgen boven hun status als illegale vreemdeling. Jurisprudentie van het EHRM laat voorts zien dat het niet verschaffen van enige vorm van onderdak mogelijk niet in overeenstemming is met de positieve verplichtingen voortvloeiend uit artikel 3 en/of 8 EVRM.<sup>29</sup> Bij de interpretatie van deze positieve verplichting zou het EHRM of een nationale rechter zich wellicht kunnen laten inspireren door het, mijns inziens waardevolle, onderscheid dat door het Europees Comité voor Sociale Rechten in de zaak DCI tegen Nederland wordt gemaakt tussen enerzijds de verplichting van de staat om adequate huisvesting te verschaffen en anderzijds de verplichting van de staat om te voorzien in enige vorm van onderdak (“shelter”) voor kwetsbare personen.<sup>30</sup>

Kortom, aangezien illegale vreemdelingen uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de werkingsfeer van het ESH, kan deze categorie vreemdelingen geen rechten ontleenen aan dit verdrag. De redenering van het ECSR hieromtrent is mijns inziens niet overtuigend. De Nederlandse situatie, waarbij vaak geen enkele vorm van onderdak wordt verschaft aan kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven, is echter mogelijk wel in strijd met andere mensenrechtenverdragen die niet een vergelijkbaar beperkt personeel toepassingsbereik kennen, zoals het EVRM. Bij de interpretatie van de omvang van de positieve verplichtingen van de staat voor deze categorie kinderen, kan inspiratie worden gevonden in het onderscheid dat door het ECSR is gemaakt tussen het recht op adequate huisvesting en het recht op onderdak voor kwetsbare personen. •