

ZORGEN VOOR UITGEPROCEDEERDE
VREEMDELINGEN

Thorbeckecolleges

Voordrachten gehouden in het kader van de uitwisseling tussen de
juridische faculteiten te Gent en te Leiden



Faculteit Rechtsgeleerdheid
Rijksuniversiteit Leiden

Thorbeckecollege 41

Zorgen voor uitgeprocedeerde vreemdelingen

Voordracht gehouden aan de Universiteit te Gent
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
op 4 maart 2016

door

Prof. mr. Peter Rodrigues

Hoogleraar Immigratierecht en voorzitter van het Instituut voor
Immigratierecht aan de Universiteit Leiden

 Wolters Kluwer

Verantwoordelijke uitgever: Hans Suijkerbuijk

© 2016 Wolters Kluwer Belgium NV
Ragheno Business Park
Motstraat 30
B - 2800 Mechelen
Tel.: 0800 94 571
Fax: 0800 17 529
www.wolterskluwer.be
E-mail: info@wolterskluwer.be

Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

D/2016/2664/472
ISBN 978-90-46-59352-3
BP/GANDTOR-BI16002

INHOUDSOPGAVE

I. Inleiding	1
II. Zorgplichten voor kinderen én volwassenen in Nederland?	2
1. Kinderen	3
2. Volwassenen	5
III. Zorgplichten in België	9
IV. Regelgeving betreffende niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen	14
1. Nederland	15
2. België	17
3. Europa en internationaal	20
V. Afronding	25



ZORGEN VOOR UITGEPROCEDUREERDE VREEMDELINGEN

Mijn verbondenheid met Thorbecke bestaat enerzijds uit de omstandigheid dat ik het grootste gedeelte mijn jeugd op de Thorbeckelaan nummer 136 in Amstelveen ben opgegroeid. Anderzijds heeft Thorbecke als voorzitter van de Grondwetscommissie een belangrijke bijdrage geleverd aan de totstandkoming van de Grondwet van 1848 in Nederland.¹ Mijn belangstelling voor grondrechten en fundamentele rechten is ontstaan tijdens mijn rechtenopleiding en deze interesse is tevens leidend voor mijn lezing van vandaag.

I. Inleiding

Het onderwerp van mijn bijdrage is getiteld ‘zorgen voor uitgeprocedeerde vreemdelingen’. Het betreft de thematiek welke rechtsplichten er op de overheid rusten voor vreemdelingen die na het voltooien van hun procedure geen rechtsgeldig verblijf hebben verkregen en die om redenen van verschillende aard niet tot vertrek kunnen overgaan. Ter voorkoming dat de opvatting zou postvatten dat deze thematiek een puur Hollandse aangelegenheid is, kan ik meedelen dat meerdere lidstaten van de Europese Unie hiermee van doen hebben.² In het kader van de Gents-Leidse uitwisseling lijkt het mij gepast zowel de Nederlandse dilemma’s als de Belgische oplossingen te schetsen en vice versa.

Anno 2016 hebben we niet alleen te maken met grote aantallen vreemdelingen die om bescherming vragen, maar ook met substantiële aantallen migranten

1. C.H.E. de Wit, *Thorbecke en de wording van de Nederlandse natie*, Nijmegen: Atelier Rijksbouwmeester 1980.

2. *Between a rock and a hard place: the dilemma facing refused asylum seekers*, London: Refugee Council 2012.

die zijn uitgeprocedeerd en aan wie uiteindelijk geen verblijfsrecht is toegekend. Op deze vreemdelingen van buiten de EU rust op grond van de Terugkeerrichtlijn een vertrekplicht³, maar in de praktijk wordt dat vertrek niet altijd onverwijld gerealiseerd. Welke zorgplichten rusten er op het gastland voor deze uitgeprocedeerde, niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen? In deze bijdrage ga ik aan de hand van mensenrechtenverdragen en het Europese asiel- en migratierecht nader in op deze vraag en besteed daarbij speciale aandacht aan de regelgeving en rechtspraktijk in Nederland en België.

Voor alle duidelijkheid dien ik te vermelden dat met de term uitgeprocedeerde vreemdelingen wordt bedoeld op vreemdelingen van wie het verzoek tot verblijf is afgewezen en die in de nationale procedure daartoe een eindbeslissing hebben verkregen.⁴ Het komt voor dat een nieuwe procedure wordt gestart om op een andere grond verblijf te verkrijgen, maar dat doet niet af aan de omstandigheid dat de eerdere aanvraag tot verblijf van deze vreemdeling door middel van een onherroepelijk rechterlijk eindoordeel is afgewezen.

II. Zorgplichten voor kinderen én volwassenen in Nederland?

De vraag of er een recht op opvang bestaat na het doorlopen van een vreemdelingrechtelijke procedure speelt in Nederland al langere tijd.⁵ Recent spelen twee uitspraken van het Europese Comité voor Sociale Rechten (ECSR)

3. Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven.

4. A. Terlouw, 'Een sluitend systeem van opvang? Commentaar bij de bed-bad-brooduitspraken van de RvS en CRvB', *Asiel&Migrantenrecht (A&MR)* 2016-1, p. 4.

5. Zie bijvoorbeeld de Terugkeernotitie van toenmalig staatssecretaris Schmitz, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 386, nr. 1.

tegen Nederland een rol in de Nederlandse rechtspraak. Eerst is er bij dit Comité geprocedeerd over het recht op opvang van niet rechtmatig verblijvende minderjarigen en later is dezelfde rechtsvraag aan het Comité voorgelegd met betrekking tot niet rechtmatig verblijvende volwassenen.

1. Kinderen

Een negatief besluit op een asielverzoek heeft in Nederland van rechtswege het gevolg dat opvangvoorzieningen worden beëindigd.⁶ Dit is een van de uitgangspunten van de Vw 2000 die op 1 april 2001 in werking trad. Tegen het beëindigen van opvang van gezinnen bestaat veel maatschappelijk verzet. Om hieraan tegemoet te komen werd een vrijheidsbeperkende locatie ingesteld waar een gezin, formeel, twaalf weken mag verblijven op voorwaarde dat het gezin meewerkt aan vertrek. De vraag deed zich voor of uitgeprocedeerde gezinnen met kinderen op straat mochten worden gezet indien de ouder(s) medewerking aan vertrek weigerde. De zaak betrof een Angolese moeder die in 2009 met haar drie kinderen op de vrijheidsbeperkende locatie Ter Apel verbleef.⁷ De moeder was al negen jaar in Nederland, haar oudste kind was twee jaar toen ze Angola ontvluchtte. De andere twee kinderen waren in Nederland geboren. De Nederlandse regering meende dat uitgeprocedeerde gezinnen van asielzoekers, die gedurende het maximale verblijf van twaalf weken in een vrijheidsbeperkende locatie niet meewerkten aan hun uitzetting, geen recht meer hadden op opvang. Omdat het de Dienst Terugkeer & Vertrek vanwege gebrek

6. Art. 45 lid 1 sub c Vw 2000.

7. P.R. Rodrigues, 'Mogen minderjarige vreemdelingen de dupe worden van het gedrag van hun ouders?' in: *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht* (red. Loenen e.a.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 281-287.

aan medewerking van de moeder niet was gelukt om het gezin uit te zetten, wilde de overheid de moeder en de kinderen op straat zetten: het zogenoemde klinkeren. *Defence for Children* heeft zich deze zaak aangetrokken en de rechtmatigheid zowel voor de burgerlijke rechter aangevochten als de schending van grondrechten voor het Europese Comité voor Sociale Rechten. Nederland heeft het individueel klachtrecht bij het Comité erkend. In 2009 sprak het Comité zijn oordeel uit over Nederland en concludeerde dat het onthouden van onderdak aan niet rechtmatig verblijvende kinderen in strijd is met het Europees Sociaal Handvest.⁸ Dat leidde echter niet tot een beleidswijziging. De overheid stelde zich op het standpunt dat een oordeel van het Comité niet bindend is.⁹ Een resolutie van de Raad van Europa bracht de Nederlandse regering evenmin op andere gedachten.¹⁰ In een tussenarrest in 2010 oordeelde het Gerechtshof Den Haag in de civiele procedure dat het op straat zetten van de kinderen als inhumain en daarom onrechtmatig moest worden beschouwd.¹¹ In 2011 bepaalde dit hof in zijn eindarrest dat de opvang van het uitgeprocedeerde Angolees gezin met minderjarige kinderen niet mocht worden beëindigd.¹² Het arrest van het Haagse Hof leidde er wel toe dat de regering haar beleid herzag. De Nederlandse overheid was echter van mening dat de kinderen met een kinderbeschermingsmaatregel van hun moeder gescheiden zouden kunnen worden en dat het gerechtshof de ouderlijke

8. ECSR 20 oktober 2009 (DCI t. Nederland), nr. 47/2008, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht (JV)* 2010/150, m. nt. Larsson en Minderhoud, *NJCM-Bulletin* 2010, p. 195-219 m.nt. Buyse.

9. *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 2035.

10. Resolution CM/ResChS(2010)6.

11. Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164, *JV* 2010/328.

12. Gerechtshof 's-Gravenhage 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924, *RV* 2011-92 m. nt. Slingenberg en Werner.

verantwoordelijkheid had miskend.¹³ Dat was reden om cassatieberoep in te stellen. Het arrest van de Hoge Raad van 21 september 2012 beslechtte de discussie over *toegang* tot opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers in het voordeel van de kinderen.¹⁴ De Hoge Raad stelde: ‘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’.¹⁵ Voor dit standpunt wordt niet alleen steun gevonden in het Verdrag voor de Rechten van het Kind en in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), maar ook in de Opvangrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn ten grondslag liggende beginselen, evenals in de standpunten van het Europese Comité voor Sociale Rechten en de Raad van Europa. Voor wat betreft de *kwaliteit* van de opvang benoemde de Hoge Raad de allerlaagst denkbare minimumnorm: het voorkomen van een humanitaire noodsituatie. Sindsdien is het staande beleid dat uitgeprocedeerde kinderen met hun ouders worden opgevangen in zogenoemde gezinslocaties.¹⁶

2. *Volwassenen*

Vervolgens vroegen in 2012 groepen uitgeprocedeerde vreemdelingen collectief aandacht voor hun uitzichtloze positie. Het betrof uitsluitend volwassen migranten die bij wijze van demonstratie tentenkampen opbouwden,

13. *Kamerstukken II* 2010/11, 29 344, nr. 79.

14. HR 21 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW5328, *NJ* 2013/22 m.nt. Alkema, *JV* 2012/458, m. nt. Slingenberg.

15. R.o. 3.7.2.

16. P.R. Rodrigues & S. Spronk-Van der Meer, ‘Gezinslocaties en het recht op gezondheid van minderjarige vreemdelingen’, *A&MR* 2012-10, p. 536 - 542.

bijvoorbeeld voor de deur van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) in Rijswijk. In Amsterdam vonden migranten na enige omzwervingen onderdak in de Vluchtkerk. Deze Amsterdamse groep heeft zich sindsdien gemanifesteerd onder de naam: 'Wij zijn hier' (*We are here*) en beschikken over een informatieve website.¹⁷ De groep bestaat uit vreemdelingen die menen niet verwijderbaar te zijn. De Nederlandse overheid stelt dat deze onverwijderbaarheid is te wijten aan de beslissing van vreemdelingen om niet mee te werken aan hun vertrek.¹⁸ De overheid biedt de migranten onderdak op voorwaarde dat zij meewerken aan terugkeer. Daarbij is het uitgangspunt dat er een zorgvuldige (asiel)procedure heeft plaatsgevonden en dat bij een negatieve beslissing de vreemdeling verantwoordelijk is voor zijn vertrek. Het verlenen van opvang of tijdelijk verblijf zou een verkeerd signaal zijn.¹⁹ Sommige gemeenten – zoals Amsterdam – bieden echter toch noodopvang aan, waarvan de overheid stelt dat het vreemdelingen valse hoop op legaal verblijf geeft.²⁰

De Raad van Kerken vond het inhumain dat de rijksoverheid geen verantwoordelijkheid nam voor de zwervende (volwassen) vreemdelingen en diende een klacht in bij het Europese Comité voor Sociale Rechten. Het gaat om de vraag in hoeverre de overheid is gehouden tot het verschaffen van zorgvoorzieningen aan uitgeprocedeerde vreemdelingen. Deze zorgplichten worden meestal in de Nederlandse context met bed-bad-en-brood aangeduid. Het Europese Comité voor Sociale Rechten besliste op

17. www.wijzijnhier.org (19 februari 2016).

18. Thomas Spijkerboer, 'Wij zijn hier', Gelijke behandeling van niet uitzetbare vreemdelingen? *Nederlands Juristenblad (NJB)* 2013, p. 1254-1262 en de reactie van Ernst Hirsch Ballin, 'Wie zijn wij?', *NJB* 2013, p. 1263-1265.

19. *Kamerstukken II* 2012/13, 29 344, nr. 91.

20. *Kamerstukken II* 2012/13, 29 344, nr. 104.

1 juli 2014 dat Nederland in strijd handelt met artikel 13 lid 4 (sociale en medische bijstand) en artikel 31 lid 2 (onderdak) van het Europees Sociaal Handvest door geen sociale bijstand en opvang te bieden aan niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen.²¹ Ook stelde het Comité dat de opvang onvoorwaardelijk moet zijn.²² Medewerking aan uitzetting mag niet als eis worden gesteld.

Dat was voor de gemeente Amsterdam aanleiding om op 15 december 2014 voor de uitgeprocedeerden een regeling in het leven te roepen op grond waarvan onderdak, voedsel en kleding werd verstrekt ter voorkoming van een humanitaire noodsituatie. De regering heeft voor de interpretatie van de uitspraak van het Europese Comité voor Sociale Rechten het advies van de Raad van Ministers van de Raad van Europa afgewacht. Maar dat advies blonk helaas niet uit in duidelijkheid.²³ De Raad wees enerzijds op de beperkte personele reikwijdte van het Handvest en anderzijds achtte hij staten verantwoordelijk om de dakloosheid van niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen te voorkomen. De conclusies van de Raad luiden als volgt:

“1. takes note of the report of the ECSR and in particular the concerns communicated by the Dutch Government;

2. recalls that the powers entrusted to the ECSR are firmly rooted in the Charter itself and recognises that the decision of the ECSR raises complex issues in this regard and in relation to the obligation of States parties to respect the Charter;

21. ECSR 1 juli 2014 (CEC t. Nederland), nr. 90/2013, JV 2015/24 m.nt. Slingenberg. De uitspraak werd op 10 november 2014 openbaar.

22. R.o. 177.

23. Comité van Ministers 15 april 2015, CM/ResChA(2015)5.

3. recalls the limitation of the scope of the European Social Charter (revised), laid down in paragraph 1 of the appendix to the Charter;
4. looks forward to the Netherlands reporting on any possible developments in the issue.”

In het Rijksakkoord over de bed-bad-brood-regeling werden in het voorjaar van 2015 naast Ter Apel vijf steden als opvanglocaties aangewezen, waaronder Amsterdam. Doel van dit akkoord was om de vreemdelingen binnen enkele weken tot medewerking te bewegen of anders uit de voorziening te plaatsen. In de brief van het kabinet over het advies van het Comité van Ministers werd de verwachting uitgesproken dat de Raad van State op korte termijn een richtinggevende uitspraak over de kwestie zou doen.²⁴ Die uitspraak is op 26 november 2015 door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gegeven.²⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak is van mening dat beslissingen van het Europese Comité voor Sociale Rechten niet bindend zijn voor de verdragsluitende partijen, zodat daaraan in een procedure als deze geen rechtstreekse aanspraken kunnen worden ontleend. Wel zijn deze beslissingen gezaghebbend en kunnen een rol spelen bij de uitleg en toepassing van andere, wel rechtstreeks toepasbare bepalingen, zoals artikel 3 en artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Aan een vreemdeling die niet meewerkt, hoeven geen voorzieningen te worden verstrekt, tenzij hij aantoont dat zijn psychische gesteldheid die voorzieningen rechtvaardigt. De Centrale Raad van Beroep deed tegelijkertijd met de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak dat niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen geen beroep

24. *Kamerstukken II* 2014/15, 19 637, nr. 1994.

25. ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415, AB 2016/40 m.nt. Brugge-man.

kunnen doen op de Wet Maatschappelijke Ondersteuning omdat er een sluitend systeem van opvang aanwezig zou zijn.²⁶ Beide hoogste rechtscolleges hadden hun beslissingen op elkaar afgestemd. De Nederlandse regering ziet de uitspraken als een ondersteuning van het beleid en verwacht spoedig een akkoord met de gemeenten te kunnen sluiten.²⁷ Er zijn echter nog steeds gemeenten die met een beroep op hun zorgplicht en hun verantwoordelijkheid op grond van openbare orde noodvoorzieningen hebben getroffen en die willen voortzetten. Kortom, een nieuw bestuursakkoord tussen rijksoverheid en gemeenten lijkt nog niet in zicht.

III. Zorgplichten in België

Zoals gezegd staat de problematiek niet op zichzelf en hebben ook andere lidstaten van de Europese Unie hiermee van doen. De vraag in hoeverre een land verplicht is om onderdak, voeding en kleding te verschaffen voor op haar grondgebied niet rechtmatig bevindende minderjarigen heeft ook in België gespeeld.²⁸ Vanwege een tekort aan opvangplaatsen waren in 2009 en 2010 honderden kinderen verstoken van opvang, voeding, onderwijs en medische bijstand. Het Europese Comité voor Sociale Rechten achtte de klacht van *Defence for Children* tegen België ontvankelijk ondanks dat de lidstaten in artikel 1 van de Bijlage van het Europees Sociaal Handvest hebben laten vastleggen dat het grootste deel van de materiële bepalingen niet van toepassing is op niet rechtmatig verblijvende personen.²⁹ Het Comité stelt zich op het standpunt

26. CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015 3803 en ECLI:NL:CRVB:2015:3834, AB 2016/39 m.nt. Bruggeman.

27. *Kamerstukken II* 2015/16, 19 637, nr. 2106.

28. Ook Frankrijk haar beleid is hieromtrent voorgelegd aan het ECRS 8 september 2003 (FIDH t. Frankrijk), nr. 14/2003, JV 2005/339 m.nt. Groenendijk.

29. ECSR 23 oktober 2012 (DCI t. België), nr. 69/2011, EHRC 2013/161 m.nt. Pulles.

dat de beperking van de personele werkingssfeer niet tot gevolg kan hebben dat aan niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen de bescherming van de meest fundamentele rechten uit het Europees Sociaal Handvest wordt onthouden.³⁰ Dit Handvest is volgens het Comité een levend document en dient zodoende te worden geïnterpreteerd in het licht van de hedendaagse opvattingen. Vanuit dat perspectief heeft het Comité geoordeeld dat de zorgplichten uit meerdere bepalingen van het Handvest niet of niet voldoende door België zijn geëerbiedigd.³¹ Het Comité geeft aan de klacht alleen ontvankelijk te achten voor de meest fundamentele rechten uit het Europees Sociaal Handvest. Het betreft hier bovendien alleenstaande minderjarige vreemdelingen die als een bijzondere kwetsbare groep zijn aan te merken.

België had in deze periode te maken met een crisis in de opvang van asielzoekers vanwege het hoge aantal migranten en het gebrek aan accommodatie. Opvallend is dat het Europese Comité voor Sociale Rechten geen aandacht besteedt aan de moeilijke omstandigheden waaronder de Belgische overheid moet trachten voldoende en adequate opvang te realiseren. Zouden deze omstandigheden kunnen disculperen? In september 2015 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over mogelijke *force majeure* een interessant arrest gewezen: *Khlaifia*.³² Het betreft een procedure van asielzoekers die medio september 2011 vanuit Tunesië per boot naar Italië vluchtten. Hun boot werd door de Italiaanse autoriteiten onderschept en overgebracht naar het opvangcentrum *Contrada Imbriacola* op Lampedusa. Dit opvangcentrum heeft een capaciteit van maximaal 800 personen, maar er

30. R.o. 119-120.

31. Art. 7, 11 lid 1 en 3 en art. 17 van het ESH.

32. EHRM 1 september 2015 (*Khlaifia t. Italië*), nr. 16483/12.

verbleven er 1 800. Na enkele dagen ondervond het centrum brandschade na rellen in de overbevolkte opvang. De klagers in de zaak *Khlaifia* zijn aangehouden bij een demonstratie en met de andere migranten overgebracht naar Palermo. In de haven werden zij vier dagen gedetineerd op schepen, waarna zij nog voor het einde van de maand september werden uitgezet naar Tunesië.

Het arrest is om meerdere redenen interessant – zoals de collectieve uitzetting en de detentieomstandigheden – maar in het kader van deze bijdrage vooral vanwege de vraag of extreme omstandigheden voor lidstaten een verontschuldigende omstandigheid kunnen zijn. Na de Arabische lente in 2011 landden ruim 55 000 migranten met boten op het eiland Lampedusa. Hoewel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de problemen die Verdragstaten ondervinden in geval van uitzonderlijk hoge binnenkomst van migranten heeft onderkend, kan op grond daarvan toch geen inbreuk op artikel 3 EVRM worden toegestaan. Verscheidene rapporten toonden aan dat de omstandigheden in het opvangcentrum onvoldoende waren. Daarnaast waren volgens het Straatsburgse Hof de klagers kwetsbaar na hun gevaarlijke zeereis. Er was sprake van een situatie die valt onder de vernederende behandeling volgens artikel 3 EVRM³³ en het Hof overwoog in rechtsoverweging 128:

“Ces facteurs ne peuvent cependant pas exonérer l’État défendeur de son obligation de garantir que toute personne qui, comme les requérants, vient à être privée de sa liberté puisse jouir de conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine. À cet égard, la Cour rappelle que l’article 3 doit être considéré comme l’une

33. R.o. 117-144.

des clauses primordiales de la Convention consacrant l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, § 88, série A no 161). Contrastant avec les autres dispositions de la Convention, il est libellé en termes absolus, ne prévoyant ni exceptions ni limitations, et en vertu de l'article 15 de la Convention il ne souffre nulle dérogation (M.S. c. Belgique, no 50012/08, § 122, 31 janvier 2012).”

Ana Rita Gil concludeert dat het beschermingsniveau van het EVRM niet lager wordt in geval van crisis of op momenten dat het moeilijker wordt voor Verdragstaten om aan hun verplichtingen te voldoen.³⁴ Deze opvatting lijkt mij juist totdat het voldoen aan deze minimumnormen zou betekenen dat er afbreuk wordt gedaan aan de fundamentele rechten van de eigen bevolking. Deze zaak is op 3 februari 2016 naar de Grote Kamer van het Straatsburgse Hof verwezen.

Het eveneens in 2015 gewezen arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens *V.M.* tegen België is relevant voor de vraag betreffende zorgplichten voor uitgeprocedeerde vreemdelingen.³⁵ De zaak betreft een Roma-gezin met vier minderjarige kinderen van Servische nationaliteit. Het gezin vroeg in maart 2010 asiel aan in Frankrijk en die aanvraag werd afgewezen. In maart 2011 vertrokken zij naar België en vroegen daar asiel aan. België verzocht Frankrijk de aanvraag over te nemen

34. Ana Rita Gil, *Collective expulsions in times of migratory crisis: Comments on the Khlaifia case of the ECHR*, 11 February 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsions-in-times-of-migratory-crisis-comments-on-the-khlaifia-case-of-the-echr/> (20 februari 2016).

35. EHRM 7 juli 2015 (*V.M. t. België*), nr. 60125/11, *JV* 2015/281 m. nt. Slingenberg.

op grond van Dublin II.³⁶ Klagers gingen in appél waarbij zij een beroep deden op de medische situatie van hun oudste dochter. Gedurende die procedure werden zij uit de opvang gezet en hebben weken zonder middelen van bestaan en zonder toegang tot sanitaire voorzieningen in Brussel op straat geleefd. Uiteindelijk zijn ze teruggekeerd naar Servië. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde dat de Belgische autoriteiten niet naar behoren rekening hebben gehouden met de kwetsbaarheid van de klagers, namelijk asielzoekers en hun kinderen, waaronder een zuigeling en een gehandicapt kind. Ook in deze zaak disculpeerde de uitzonderlijke situatie van de crisis in de Belgische asielopvang niet.³⁷ Het Hof achtte de familie slachtoffer van een behandeling die getuigt van een gebrek aan respect voor hun waardigheid en die zonder twijfel gevoelens van angst, minderwaardigheid en wanhoop bij hen heeft opgewekt. Dergelijke leefomstandigheden, in combinatie met het gebrek aan perspectief op het verbeteren van de situatie, vallen onder een vernederende behandeling zoals bedoeld in artikel 3 EVRM.³⁸ Met deze redenering refereert het Hof aan het arrest *M.S.S.*³⁹ waarin zij eerder voor een asielzoeker het gebrek op perspectief van een menswaardig bestaan in strijd achtte met artikel 3 EVRM. Een essentieel verschil met *V.M.* is dat het Roma-gezin niet langer rechtmatig verblijf had, terwijl de volwassen vreemdeling in *M.S.S.* de status van asielzoeker had. Een ander verschil is dat het in de zaak *V.M.* om een gezin met zeer kwetsbare

36. Verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend.

37. R.o. 92-96 en 162. Zie ook <http://strasbourgobservers.com/2015/07/21/v-m-and-others-v-belgium-the-asylum-law-discourse-reloaded/> (19 februari 2016).

38. R.o. 162.

39. EHRM 21 januari 2011 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), nr. 30696/09, *JV* 2011/68 m.nt. Battjes.

minderjarigen ging. Den Heijer merkt op over het arrest *V.M.* dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich ongevoelig toont voor het argument dat het niet zo kan zijn dat een vreemdeling die moedwillig een vertrekplicht negeert een recht op opvang afdwingt.⁴⁰ Interessant is dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest *V.M.* de norm dat artikel 3 EVRM opvang voorschrijft aan al dan niet uitgeprocedeerde asielzoekers mede afleidt uit het oordeel van het Europees Comité voor Sociale Rechten in *DCI t. België*. Voor het Dublin-aspect in deze zaak heeft het Europese Hof van Justitie nadien in het arrest *Cimade* bepaald dat opvang aan asielzoekers in overeenstemming met de Opvangrichtlijn⁴¹ geboden moet worden tot het moment dat de asielzoeker daadwerkelijk aan de andere lidstaat wordt overgedragen.⁴² Dat betekent dat op grond van het Unierecht, het Roma-gezin recht had op opvang. Het laatste woord is ook over deze zaak nog niet gezegd, want *V.M.* is op 15 december 2015 eveneens verwezen naar de Grote Kamer.

IV. Regelgeving betreffende niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen

De regelgeving die van toepassing is op de situatie van uitgeprocedeerde vreemdelingen wordt eerst in de beide buurlanden Nederland en België geschetst, waarna het toepasselijke Europese en internationale recht aan de orde komt.

40. Zie Den Heijer zijn noot onder *V.M.* in *EHRC* 2015-10.

41. Richtlijn 2003/9 van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten.

42. HvJ EU 27 september 2012 (*Cimade*), zaak C-179/11, *JV* 2013/3 m.nt. Larsson.

1. *Nederland*

In Nederland is sinds 1998 de Koppelingswet van toepassing.⁴³ Artikel 10 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw2000) bepaalt dat vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben, geen aanspraak kunnen maken op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen van de overheid. Deze regel leidt uitzondering indien het een aanspraak betreft op onderwijs (leerplichtigen), medisch noodzakelijke zorg (spoedeisend) of rechtsbijstand (verblijfsrechtelijk). De uitsluiting van sociale verstrekkingen is verder uitgewerkt in specifieke sociale zekerheidswetgeving (zoals de Participatiewet en de Algemene kinderbijslagwet). Op het moment dat de aanvraag tot verblijf is geweigerd, heeft de vreemdeling doorgaans een termijn van 28 dagen om te vertrekken.⁴⁴ Deze vreemdeling dient uit eigen beweging Nederland te verlaten⁴⁵ en op hem of haar rust daartoe een medewerkingsplicht.⁴⁶ Indien daartoe niet wordt overgegaan, kan verwijdering volgen.⁴⁷ Vreemdelingen op wie de rechtsplicht rust Nederland te verlaten, kunnen worden overgeplaatst naar een vrijheidsbeperkende locatie. Voorwaarde is dat medewerking plaatsvindt en dat er zicht is op terugkeer binnen twaalf weken. Indien geen medewerking wordt verleend of er geen zicht op terugkeer is, worden de vreemdelingen op straat gezet. Deze regel leidt uitzondering indien het minderjarigen betreft, alleenstaand of deel uitmakend van een gezin. Het standpunt van de Nederlandse overheid is dat er een voldoende zorgvuldige beoordeling van de aanvraag heeft plaatsgevonden, omgeven met de nodige rechtswaarborgen en rechtsmiddelen, en dat na een

43. *Staatblad* 1998, 203.

44. Art. 27 en 45 Vw2000.

45. Art. 61 lid 1 Vw2000.

46. Art. 61 lid 2 Vw2000.

47. Art. 63 lid 1 Vw2000.

negatieve eindbeslissing de vreemdeling geen aanspraak op voorzieningen meer kan claimen. De Vreemdelingenwet kent twee uitzonderingen: medische omstandigheden⁴⁸ en het zogenoemde buitenschuld criterium.⁴⁹ Voor niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen is de vrijheidsbeperkende locatie alleen toegankelijk indien mee wordt gewerkt aan terugkeer. Hoewel de Nederlandse overheid meent dat eenieder die dat wil kan terugkeren, blijkt de praktijk weerbarstiger. Meerdere malen heeft de vreemdelingenrechter geoordeeld dat de detentie van de vreemdeling onrechtmatig was omdat ondanks zijn medewerking er geen uitzicht op terugkeer was.⁵⁰ Voor deze vreemdelingen staat de buitenschuldprocedure open, maar deze rechtsgang doorlopen slechts weinigen met succes gezien de hoge eisen die aan de bewijslast van de vreemdeling worden gelegd.⁵¹

Grof gezegd zijn er drie categorieën vreemdelingen te onderscheiden. Allereerst zijn er vreemdelingen die de juistheid van de eindbeslissing betwisten. Wellicht zou in sommige gevallen voor hen de weg naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg kunnen worden bewandeld. Daarnaast zijn er vreemdelingen die feitelijk niet kunnen terugkeren, bijvoorbeeld omdat het land van herkomst hen niet (meer) als onderdaan erkent of dat het thuisland geen *laisser passer* wordt vertrekt. Hier doet het thuisland elementaire rechten van haar onderdanen tekort: het recht om naar je eigen land terug te

48. Art. 64 Vw2000.

49. Art. 3.48, lid 2 sub a Vb2000.

50. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1305, *JV* 2015/149, ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:431 en Rb Den Haag zp Roermond 9 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1190.

51. Zie *Waar een wil is, maar geen weg: advies over de toepassing van het beleid voor vreemdelingen die buiten hun schuld niet zelfstandig uit Nederland kunnen vertrekken*, Den Haag: ACVZ 2013.

keren.⁵² Ten slotte zijn er vreemdelingen die hun terugkeer onmogelijk proberen te maken door het verstrekken van onjuiste gegevens of weigeren de noodzakelijke informatie te verschaffen. Voor de vraag of een niet rechtmatig verblijvende vreemdeling een aanspraak heeft op opvang en voeding heb ik de tweede categorie op het oog. De ontevreden over de vreemdelingenrechtelijke einduitspraak en degenen die opzettelijk onjuiste of geen inlichtingen verschaffen, zou ik in beginsel hiervan willen uitsluiten.

De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken beveelt in haar rapport van 2012 aan om bij verzoeken tot voorzieningen van niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen consequent recht te doen aan Europese en internationale verplichtingen.⁵³ In het rapport wordt gezocht naar voorbeelden uit andere landen die deze verplichtingen beter hebben geïncorporeerd. De manier waarop in België systematisch gevolg wordt gegeven aan jurisprudentie over toegang tot de opvang in individuele vreemdelingenzaken wordt in deze context als een positief voorbeeld genoemd.⁵⁴

2. België

Een afgewezen asielzoeker krijgt tien dagen om België te verlaten en gedurende deze tijd krijgt hij opvang.⁵⁵ Deze termijn kan twee keer worden verlengd indien de vreemdeling aangeeft mee te willen werken aan zijn terugkeer.

52. Art. 3 lid 2 Protocol 4 bij het EVRM.

53. *Recht op menswaardig bestaan: Advies over opvang en bijstand voor niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen en rechtmatig verblijvende vreemdelingen zonder recht op voorzieningen*, Den Haag: ACVZ 2012.

54. *Recht op menswaardig bestaan*, Ibidem, p. 11.

55. Mijn dank aan mr. Else Harting die behulpzaam is geweest bij het in kaart brengen van het relevante Belgische recht.

Indien hij tekent voor vrijwillige terugkeer krijgt hij opvang tot het moment van vertrek.⁵⁶

In België is het recht op sociale voorzieningen verbonden aan de toegang tot de arbeidsmarkt. Er is geen koppelingsbeginsel, maar de toegang tot de arbeidsmarkt is wel afhankelijk van de rechtmatigheid van het verblijf. Vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben in principe slechts recht op dringende medische hulp.⁵⁷ In beginsel zijn uitgeprocedeerde vreemdelingen wettelijk uitgesloten van sociaaleconomische basisrechten zoals het recht op voeding, onderdak en kleding.⁵⁸ Toch hebben de arbeidsgerechten en het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de beperking tot slechts steun voor dringende medische hulp voor bepaalde categorieën uitgeprocedeerde vreemdelingen in een concreet geschil strijd kunnen opleveren met de grondrechten of internationale verdragsbepalingen met directe werking.⁵⁹ Deze uitzonderingen in de rechtspraak zijn in wetgeving omgezet. Artikel 7 Opvangwet biedt uitgeprocedeerde vreemdelingen opvang vanwege het afronden van het lopende schooljaar, zwangerschap, buiten schuld vanwege de onmogelijkheid het land te verlaten om redenen onafhankelijk van de vreemdeling zijn wil, ouderschap van een Belgisch kind en medische redenen.⁶⁰ De arbeidsrechtbank van Brussel heeft in 2014

56. *Deelrapport Eurasyllum, Opvang van en bijstandverlening aan niet rechtmatig verblijvende en rechtmatig verblijvende, maar nog niet toegelaten vreemdelingen in België*. Vooronderzoek uitgevoerd in opdracht van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), in het kader van het ACVZ-advies 'Recht op menswaardig bestaan' (Advies 34/2012), door Steven Bouckaert en Jill Troch, Den Haag: ACVZ, 2011. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 19 637, nr. 1878, p. 2.

57. D. Torfs, 'Toegang tot de sociale voorzieningen en vrij verkeer', in D. Vanheule (red.) *Migratie- en migrantenrecht*, Brugge: die Keure 2015, p. 70-72.

58. S. Bouckaert, *Documentloze vreemdelingen: Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2007, p. 533.

59. S. Bouckaert, *Ibidem*, p. 534, 562.

60. *B.S.* 7 mei 2007.

bepaald dat ‘dringende medische hulp’ niet te restrictief moet worden uitgelegd.⁶¹ Het begrip is niet beperkt tot ziekenhuisopname of spoedeisende hulp, maar omvat een ruim spectrum aan zorgen en preventieve behandelingen. Daarbij geldt dat aan dringende medische zorg geen aanvullende voorwaarden mogen worden gesteld. Het recht op opvang wordt ook aangenomen indien het land van herkomst weigert reisdocumenten af te geven (administratief-technische overmacht)⁶² en in bijzondere situaties van gezin-gerelateerde aard op grond van artikel 8 EVRM.⁶³ Hierbij valt te denken aan ouders van kinderen met de Belgische nationaliteit of met een verblijfsrecht in België.

In de bevoegdheidsverdeling tussen het federale en het lokale niveau houden de knelpunten die er zijn verband met de verantwoordelijkheid voor de kosten van de opvang van niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen. Deze vreemdelingen kunnen op lokaal niveau, via de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn een beroep doen op opvang en sociale voorzieningen. Deze Centra hebben de vrijheid de niet rechtmatig verblijvende vreemdeling opvang of ook voorzieningen te bieden. Het Centrum moet de kosten echter zelf dragen en kan deze niet declareren bij de federale overheid, tenzij het om kosten voor het verlenen van dringende medische hulp gaat. Het belangrijkste knelpunt in België is het gebrek aan voldoende opvangplaatsen.⁶⁴

61. Arbeidsrechtbank Brussel 3 december 2014.

62. Hof van Cassatie 18 december 2000, Soc. Kron. 2001-4, 184-185, m.nt. Dumont.

63. Grondwettelijk Hof 1 maart 2006, nr. 321, 2006. Zie ook *Recht op menswaardig bestaan*, Ibidem, p. 40.

64. *Recht op een menswaardig bestaan*, Ibidem, p. 42.

3. *Europa en internationaal*

De Opvangrichtlijn regelt de minimumnormen voor opvang van asielzoekers en hun gezinsleden gedurende de periode dat zij in afwachting zijn van een definitief besluit op hun asielverzoek. Uitgeprocedeerde asielzoekers vallen niet onder het toepassingsbereik, tenzij het een Dublin-claim betreft. De Terugkeerrichtlijn regelt de gemeenschappelijke normen en procedures voor terugkeer van niet rechtmatig verblijvende derdelanders en is van toepassing op deze groep. Deze richtlijn heeft tot doel het tegengaan van irreguliere migratie en irregulier verblijf in de EU, evenals het bevorderen en faciliteren van een doeltreffend en humaan terugkeerbeleid. In overweging 12 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn staat bovendien over niet uitzetbare vreemdelingen het volgende:

“Er dient een regeling te worden getroffen voor onderdanen van derde landen die illegaal verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet. Voorziening in hun elementaire levensbehoeften dient volgens de nationale wetgeving te worden geregeld. Teneinde ervoor te zorgen dat de betrokkenen bij administratieve controles of inspecties een bewijs van hun specifieke situatie kunnen leveren, dienen zij een schriftelijke bevestiging te krijgen van hun situatie. De lidstaten dienen, wat de concrete invulling van deze schriftelijke bevestiging betreft, over een ruime mate van beleidsvrijheid te beschikken en moeten de bevestiging ook kunnen opnemen in uit hoofde van deze richtlijn genomen besluiten in het kader van terugkeer.”

Voor zover de vreemdelingen niet *kunnen* vertrekken, dient op grond van het Unierecht een voorziening te

worden geboden. Op grond van artikel 14 van de Terugkeerrichtlijn zijn lidstaten verplicht zo veel mogelijk de eenheid van het gezin te handhaven, dringende medische zorg en essentiële behandeling van ziekte te verstrekken, minderjarigen toegang tot het basisonderwijs te bieden en rekening te houden met de behoeften van kwetsbare personen. Het EU Hof van justitie besliste in de zaak *Abdida* dat artikel 14 ook van toepassing is als de termijn voor vrijwillig vertrek is verstreken, namelijk in die gevallen waarin artikel 9 van toepassing is en uitstel van vertrek moet worden verleend op grond van een refolementverbod of het verlenen van een doeltreffend rechtsmiddel.⁶⁵ De lidstaten zijn vrij om te bepalen op welke wijze ze in de elementaire levensbehoeften voorzien, maar die wettelijke regeling moet verenigbaar zijn met de uit de Terugkeerrichtlijn voortvloeiende verplichtingen.⁶⁶ Onder ‘kwetsbare personen’ wordt in de Terugkeerrichtlijn verstaan: minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarden, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die gefolterd of verkracht zijn of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan.⁶⁷ Deze bijzondere categorie van vreemdelingen met wiens behoeften de lidstaten rekening dienen te houden, is ruimer dan de uitzondering voor psychiatrische patiënten die Afdeling bestuursrechtspraak heeft benoemd.

De vraag of het EU Handvest van de Grondrechten (Handvest) van toepassing is, wordt beantwoord aan de hand van artikel 51 van het Handvest. Indien invulling wordt gegeven aan Unierecht is het Handvest toepasselijk.

65. HvJ EU 18 december 2014 (*Abdida*), zaak C-562/13.

66. *Adbiba*, r.o. 54.

67. Art. 3 lid 9 Terugkeerrichtlijn.

Aangezien bij uitgeprocedeerde vreemdelingen afkomstig van buiten de EU uitvoering aan de Terugkeerrichtlijn wordt gegeven, kan daarbij een beroep worden gedaan op artikel 1 van het Handvest: ‘De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.’ Groenendijk en Minderhoud wijzen op het belang bij de beantwoording van de onderhavige rechtsvraag van artikel 1 van het Handvest.⁶⁸ Het Luxemburgse hof heeft al in enkele vreemdelingrechtelijke uitspraken de bepaling over menselijke waardigheid toegepast.⁶⁹ Het uitsluiten van uitgeprocedeerde vreemdelingen van elementaire voorzieningen kan mijns inziens strijd met de menselijke waardigheid opleveren. Tot op heden heeft het Hof artikel 1 Handvest nog niet toegepast op een casus met betrekking tot deze categorie vreemdelingen.

De toets aan de menselijke waardigheid ligt dicht tegen de beoordeling of er sprake is van het *minimum level of severity* van artikel 3 EVRM.⁷⁰ In de hiervoor genoemde zaak *V.M.* heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens deze opvatting ook gehuldigd voor de in België uitgeprocedeerde Romafamilie⁷¹:

“Au vu de ce qui précède, la Cour est d’avis que la situation vécue par les requérants appelle la même conclusion que dans l’affaire *M.S.S.* Elle considère que les autorités belges n’ont pas dûment tenu compte de la vulnérabilité des requérants comme demandeurs d’asile et de celle de leurs enfants. Nonobstant le fait

68. C.A. Groenendijk en P.E. Minderhoud, ‘Unierecht en uitgeprocedeerden’, *A&MR* 2015-4, p. 178.

69. Zie HvJ EU 27 februari 2014 (Saciri), zaak C-79/13 die betrekking heeft op de Opvangrichtlijn.

70. Zie *V.M.* tegen België (nr. 60125/11) en *M.S.S.* tegen België en Griekenland (nr. 30696/09).

71. R.o. 162.

que la situation de crise était une situation exceptionnelle, la Cour estime que les autorités belges doivent être considérées comme ayant manqué à leur obligation de ne pas exposer les requérants à des conditions de dénuement extrême pendant quatre semaines, à l'exception de deux nuits, les ayant laissés dans la rue, sans ressources, sans accès à des installations sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à leurs besoins essentiels. La Cour estime que les requérants ont ainsi été victimes d'un traitement témoignant d'un manque de respect pour leur dignité et que cette situation a, sans aucun doute, suscité chez eux des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir. Elle considère que de telles conditions d'existence, combinées avec l'absence de perspective de voir leur situation s'améliorer, ont atteint le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention et constituent un traitement dégradant."

Een dergelijke schending op basis van artikel 3 EVRM heb ik eerder aangeduid met het gebrek aan perspectief op een menswaardig bestaan.⁷²

Ten aanzien van de bepalingen uit het Sociaal Economisch Handvest, waarin het recht op onderdak en bijstand is gegarandeerd, doen zich twee knelpunten voor.

Ten eerste zijn de desbetreffende bepalingen volgens de afdeling bestuursrechtspraak niet eenieder verbindend. Dit betreft een vraag die de nationale rechters moeten beantwoorden. Terlouw merkt daar terecht over op dat daarmee niet is gezegd dat de bepaling niet verbindend zou

72. P.R. Rodrigues, 'De facto staatloosheid of de uitdaging van onuitzetbaren', *A&MR* 2013- 5/6, p. 281-286. Zie ook P. de Meij, Het recht van vreemdelingen op een menswaardig bestaan en de rol van de rechter, *NJB* 2015-11, p. 668-675.

zijn voor Nederland.⁷³ De Hoge Raad paste in de zaak van het Angelose gezin met minderjarige kinderen reflexwerking toe op de uitspraak van het Europese Comité voor Sociale Rechten. De op die zaak toepasselijke open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm van artikel 162 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek leent zich daarvoor.⁷⁴

Ten tweede is het de vraag of het Europese Comité voor Sociale Rechten de personele reikwijdte van het verdrag mag uitbreiden tot niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen, terwijl de verdragsstaten die via de eerste paragraaf van de bijlage bij het herziene Sociaal Economisch Handvest hadden uitgesloten. De meningen zijn hierover verdeeld, waarbij de Nederlandse overheid vraagtekens zet bij deze uitleg.⁷⁵

Het probleem van de *ratio personae* kan worden ondervangen met het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR). Dit verdrag is een uitwerking van het recht op een toereikende levensstandaard, zoals opgenomen in artikel 25 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.⁷⁶ Het IVESCR omvat onder meer het recht op toereikende voeding, kleding en huisvesting (art. 11) en het recht op gezondheid (art. 12). Deze bepalingen zijn van toepassing op eenieder op het grondgebied van een verdragsstaat, zonder discriminatie van welke aard ook wat betreft ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging,

73. A. Terlouw, *Ibidem*, p. 7.

74. Zie L. Slingenberg, 'Toepassing van het Europees Sociaal Handvest in Koppelingswet-zaken', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten (NTM)* 2015-4, p. 418-435.

75. Zie het antwoord van de Minister van Justitie op Kamervragen *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 2035 en ook Buyse in zijn noot onder ECSR 27 oktober 2009, *NJCM-Bulletin* 2010-2, p. 215-217.

76. Zie ook Th. van Boven, F. Coomans, C. Flinterman en M. Kamminga, 'Bed, bad en brood: een mensenrecht', *NJB* 2015-23, p. 1535-1536.

nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.⁷⁷ Onder ‘andere status’ valt volgens het Comité dat toeziet op het verdrag ook de verblijfsstatus⁷⁸ en daarmee biedt het verdrag tevens bescherming aan niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen.⁷⁹

Secretaris-Generaal Thorbjørn Jagland van de Raad van Europa heeft op 8 september 2015 een brief aan de regeringsleiders gestuurd over de vluchtelingenproblematiek. In de bijgesloten *Guidance* is een passage opgenomen over – onder meer – uitgeprocedeerde vreemdelingen:

“The European Convention on Human Rights and, more particularly, the European Social Charter require that States ensure certain minimum living conditions for migrants living on their territory. These rights are particularly relevant to those who are awaiting the outcome of asylum procedures, the execution of expulsion orders or whose asylum request has been rejected. When these migrants are not held in reception centres or in administrative detention, they should be granted a safe and clean shelter, food, clothing and emergency medical assistance.”

V. Afronding

De zorgen voor uitgeprocedeerde vreemdelingen lijken groter voor kinderloze volwassenen dan voor kinderen, al dan niet vergezeld door hun ouders. De kracht van het

77. Art. 2 lid 2 IVESCR.

78. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CECR), 2 July 2009, General comment No. 20: Nondiscrimination in economic, social and cultural rights, E/C.12/GC/20.

79. C.A. Goudsmit, *NJB-blog* 7 november 2014, ‘Hebben uitgeprocedeerde asielzoekers recht op opvang?’ en ook T. Barkhuizen, *NJB* 2014-40, p. 2841.

Kinderrechtenverdrag doet zich hier gelden. Voor wat betreft de volwassenen hanteert België een minder rigide systeem dan Nederland. In bepaalde situaties zijn er voor deze vreemdelingen voorzieningen, zoals bij administratieftechnische onuitzetbaarheid en gezinsgerelateerde omstandigheden. De vrees van de Nederlandse regering om een verkeerd signaal af te geven – aan de vreemdeling dan wel aan de kiezer – lijkt hierbij een belangrijke rol te spelen. Met deze gestrengheid is echter het probleem van onuitzetbare en uitgeprocedeerde vreemdelingen – al dan niet tijdelijk – niet opgelost. Wellicht verdient ook vanuit praktisch oogpunt de Nederlandse aanpak heroverweging.

In juridische zin acht ik het standpunt om geen voorzieningen aan te bieden aan uitgeprocedeerde vreemdelingen die niet kunnen vertrekken in strijd met de verplichting die uit de Terugkeerrichtlijn voortvloeit. Het EU Hof van Justitie heeft in de zaak *Abdida* aangegeven dat op lidstaten de plicht rust om voor uitgeprocedeerde vreemdelingen die niet (of nog niet) kunnen worden uitgezet in hun elementaire levensbehoeften te voorzien. Ik zou zeggen, voor hen is er het recht op bed, bad en brood. Het verdient aanbeveling ter voorkoming van de alom gevreesde aanzuigende werking en in het kader van de Unierechtelijke solidariteit dat de lidstaten op dit punt gelijkwaardige zorgfaciliteiten bieden. Een punt van aandacht is dat de weigering van landen om hun eigen onderdanen terug te nemen eveneens een schending van mensenrechten oplevert.

De verplichting tot het bieden van zorgfaciliteiten aan uitgeprocedeerde vreemdelingen leid ik ook af uit de uitleg van artikel 3 EVRM in de zaken *M.S.S.* en *V.M.* van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over het

minimum level of severity ofwel het recht op perspectief van een menswaardig bestaan. Niet alleen voor asielzoekers, maar ook voor uitgeprocedeerde vreemdelingen lijkt de regel opgeld te doen dat een overheid vreemdelingen niet aan hun uitzichtloze en inhumane lot mag overlaten. Dan komt immers de menselijke waardigheid in het geding.

Kunnen extreme situaties de overheid disculperen om niet in deze zorgplicht te voorzien? In beginsel zijn uitzonderlijke omstandigheden geen reden om niet aan de mensenrechtelijke maatstaf te voldoen. Dat is naar mijn mening pas anders, indien het voldoen aan deze norm voor vreemdelingen ten koste van de mensenrechten van de eigen bevolking zou gaan.

Zover is het echter in Nederland en België gelukkig nog lang niet.

Ik dank u voor de aandacht.

