

Een stille revolutie; de opvang van derdelanders zonder verblijfsvergunning

Al sinds 1 juli 1998 geldt de Koppelingswet¹. Het doel van deze wet is om derdelanders zonder verblijfstitel uit te sluiten van overheidsvoorzieningen met uitzondering van medisch noodzakelijke zorg², onderwijs en rechtsbijstand (art. 10 Vw). Er is van overheidswege dus geen aanspraak op opvang, dat wil zeggen huisvesting en leefgeld om voedsel en kleding te kopen. De derdelander wordt op deze wijze tot extreme armoede gedwongen waarmee de druk wordt opgevoerd om Nederland vrijwillig te verlaten of tenminste mee te werken aan de uitzetting. Op het niveau van regering en Staten-Generaal wordt dit koppelingsbeginsel nog altijd stevig verdedigd maar in de internationale en nationale jurisprudentie zijn op basis van art. 3 en 8 EVRM in toenemende mate uitzonderingen geformuleerd.

In dit artikel zal eerst, aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM over artikel 3 en 8 EVRM, worden geschetst binnen welke kaders de overheid dient te opereren ten aanzien van opvangvoorzieningen voor derdelanders zonder verblijfsvergunning. Daarbij zal worden ingegaan op het begrip “kwetsbare groep” zoals dat in deze jurisprudentie is ontwikkeld. Daarna zal ten aanzien van twee bijzondere kwetsbare groepen, de minderjarige- en de ernstig zieke derdelanders, worden bezien in hoeverre het op dit moment mogelijk is om opvang te krijgen in Nederland.

EVRM

Levend instrument

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) van begin af aan omschreven als een levend instrument waarbij begrippen niet een vaste inhoud hebben maar aangepast worden aan de tijd³. Het EHRM gebruikt bij de uitleg van deze begrippen in toenemende mate soft law⁴ en leest in toenemende mate sociaal-economische rechten in deze begrippen in⁵. Verder past het EHRM zijn begrippen ook

¹ **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, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland, Stb. 1998, 203**

² Alle medisch noodzakelijke zorg kan door huisarts, ziekenhuis en apotheker worden geleverd aan ongedocumenteerde derdelanders. In principe dient de vreemdeling de kosten zelf te dragen. Indien de hulpverlener echter met onbetaalde rekeningen zit, verstrekt het College Zorgverzekering een bijdrage aan zorgaanbieders die inkomsten derven (art. 122a, lid 1 Zorgverzekeringswet). De huisarts krijgt maximaal 80 % van zijn factuur vergoed. De CVZ heeft contracten gesloten met ziekenhuizen en apothekers voor het verlenen van noodzakelijke medische hulp. Zie <http://www.cvz.nl/financiering/zorg+aan+onverzekerbare+vreemdelingen/zorg+aan+onverzekerbare+vreemdelingen.html>. Zie voorts het artikel: Zorg aan Vreemdelinge zonder Papier: een chronisch gebrek, NJB 2010, Afl. 27, blz. 1747.

³ *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, 25 april 1978, Series A, no. 26, 2 E.H.R.R. 1, par 31.

⁴ *Ongebonden binding: verwijzing naar soft-law standaarden in uitspraken van het EHRM*, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJCM-Bulletin, jaargang 35, nummer 7, blz. 827.

⁵ *Het inlezen van economische, sociale en culturele rechten in het EVRM door het EHRM*, F.M.C. Vlemminx, NJCM-Bulletin, jaargang 35, nummer 7, blz. 813. Zie M.S.S. t. België, 21 januari 2011, 30696/09 en Sufi en Elmi t. UK, 28 juni 2011, 8319/07 en 11449/07

aan als daar in Europa min of meer consensus over is⁶. Art. 3 en 8 EVRM formuleren een bepaald minimum maar dit minimum kan dus veranderen door voortschrijdend inzicht. Alleen aan de hand van jurisprudentielijnen van het EHRM kan meer inzicht worden verkregen over het minimum aan bescherming dat staten moeten bieden aan individuen.

Artikel 3 EVRM is absoluut

Het lijkt een open deur maar in deze tijden kan het geen kwaad om te herhalen dat derdelanders nooit en te nimmer onmenselijk of vernederend mogen worden behandeld, ook al werken zij niet mee aan hun uitzetting. Art. 3 EVRM verbiedt dat te allen tijde. In het ergste geval kan extreme armoede ook een onmenselijke en/of vernederende behandeling opleveren als bedoeld in art. 3 EVRM. Maar wanneer is extreme armoede als onmenselijk en/of vernederend te betitelen? In art. 3 EVRM zaken staat altijd als vaste passage: *“The Court recalls that ill-treatment must attain a minimum level of severity to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, its duration, its physical and mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim”*.⁷ Op voorhand kan men dus niet zeggen in welke gevallen extreme armoede leidt tot schending. Het hangt van verschillende factoren af. In het hierna te bespreken *M.S.S. t. België en Griekenland*⁸ is door het hof aangenomen dat extreme armoede kan leiden tot 3 EVRM schending. Het betrof een asielzoeker die langdurig een zwervend bestaan leidde zonder onderdak, medische zorg en mogelijkheden om zelf in zijn onderhoud te voorzien zonder enig vooruitzicht op verbetering van zijn positie. Daarnaast vreesde hij ook mishandeling door de Griekse politie. In de zaak *Sufi en Elmi, Het Verenigd Koninkrijk*⁹ is de lijn die was ingezet in het arrest *M.S.S. doorgezet*. In die zaak werd door het Verenigd Koninkrijk van Somalische onderdanen verwacht dat zij zouden terugkeren naar Zuid-Somalië of naar een vluchtelingenkamp in Kenia. De humanitaire situatie in deze kampen is extreem slecht door overbevolking, (seksueel) geweld, criminaliteit en gedwongen recruitering door Al Shabaab en levert een schending op van art. 3 EVRM, aldus het EHRM.

Inbreuk op art. 8 EVRM slechts onder bepaalde omstandigheden toegestaan.

Extreme armoede betekent in ieder geval slechte voeding waardoor er allerlei fysieke gevolgen optreden waaronder een verminderde weerstand tegen ziekten¹⁰. In deze Noordelijke streken betekent het ook een verhoogde kans in de winter op onderkoeling als personen gedwongen worden te zwerven op straat. Tot slot leven deze personen in een uitzichtloze positie waardoor er psychische problemen kunnen ontstaan of verergeren. Ik zou dan ook willen betogen dat extreme armoede een

⁶ *A Practitioners Guide to the European Convention on Human Rights*, Karen Reid, blz. 54.

⁷ Zie onder meer *Koktysh t. Oekraïne*, 10 december 2009, 43707/07, para 88.

⁸ *M.S.S. t. Belgium and Greece*, 21 januari 2011, 30696/09. 8. *X en Y t. Nederland*, 26 maart 1985, 8978/80.

⁹ *Sufi en Elmi t. Het Verenigd Koninkrijk*, 28 juni 2011, 8319/07 en 11449/07

¹⁰ *Poor People, Poor Health*, *Journal of Social Issues*, Volume 46, Issue 4, p. 49-64, 1990

inbreuk kan zijn op de morele en fysieke integriteit van een persoon en daarmee een schending van artikel 8 EVRM kan inhouden”.

Een inbreuk op het privé-leven als bedoeld in art. 8 EVRM, in het bijzonder zijn fysieke- of morele integriteit, mag, in tegenstelling tot een inbreuk op artikel 3 EVRM, wel zolang deze inbreuk in de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (art. 8, lid 2 EVRM). Extreme armoede is een inbreuk op de morele en fysieke integriteit van een persoon die alleen kan worden gerechtvaardigd door de gronden van art. 8, lid 2 EVRM. Het is zonneklaar dat het Koppelingsbeginsel zoals dat in alle ter zake doende wetten is opgenomen hier een beroep op doet. Daarbij heeft de overheid een “margin of appreciation”. Hoe groot die is hangt van het onderwerp af en is dus ook niet vastomlijnd.

De vraag of extreme armoede die geen schending van art 3 EVRM oplevert wel een schending van art 8 EVRM kan opleveren is nog onbeantwoord in de jurisprudentie van het EHRM. In Nederland is dat in de jurisprudentie wel aangenomen. Dat zal hieronder worden uitgewerkt .

Positieve verplichting en kwetsbare groepen onder art. 3 en 8 EVRM. Lange tijd is aangenomen dat mensenrechten vooral golden in de relatie tussen overheid en burger. De overheid zou zich dan moeten onthouden van inmenging in het leven van die burger. De jurisprudentie van het EHRM heeft een hele ontwikkeling doorgemaakt die uitkomt op de arresten *M.S.S* en *Sufi en Elmi* waarbij de overheid actief moet optreden om extreme armoede te voorkomen.

Om staatsaansprakelijkheid voor personen in extreme armoede te aanvaarden moet eerst de principiële stap worden gezet dat de overheid verplicht is op te treden bij een inbreuk op een mensenrecht door een andere burger. Een voorbeeld van een zaak waarin dit is geaccepteerd is een zaak uit 1985 : *X en Y t. Nederland*¹¹ . In deze zaak is in de eerste plaats uitgemaakt dat de *physical and moral integrity of the person* een onderdeel is van het concept “*private life*” dat door art. 8 EVRM wordt beschermd. Het betrof hier de verkrachting van een geestelijke gehandicapt meisje in een instituut. Maar het Hof gaat hierin nog verder en stelt dat op de overheid een positieve verplichting rust om het private life mogelijk te maken.¹² Het Hof oordeelde dat de overheid

¹¹ X en Y t. Nederland, 26 maart 1985, no. 8978/80)

¹² 9. *X en Y t. Nederland, par 23*. Het betrof hier een geestelijk gehandicapt meisje dat werd verkracht in het instituut waar zij woonde. Om technisch-juridische redenen kon er niet worden vervolgd omdat het meisje te gehandicapt was om zelf een klacht in te dienen. Het Hof neemt een schending aan van art. 8 EVRM omdat de wetgeving van Nederland op dit punt onvoldoende is en het meisje geen bescherming kon krijgen van de overheid tegen een inbreuk op haar rechten door een medeburger.

10. *A t. Verenigd Koninkrijk, 23 september 1998, 100/1997/884/1096*). Het betrof hier een jongen die door zijn stiefvader met een riet werd geslagen. De verwondingen waren zodanig ernstig dat de stiefvader werd vervolgd. De Engelse jury oordeelde echter dat de slagen niet een normale correctieve straf te boven ging en sprak de stiefvader vrij. In vervolg op *X en Y* oordeelde het Hof dat

strafrechtelijk dient op te treden om slachtoffers van seksueel geweld te beschermen. In de zaak *A t. Verenigd Koninkrijk*¹³ werd de overheid eveneens verplicht om strafrechtelijk op te treden, in dit geval tegen kindermishandeling.

Met andere woorden: de verplichting van de overheid om zich te onthouden van mensenrechtenschendingen werd in deze twee zaken aangevuld met een positieve verplichting voor diezelfde overheid om actief tussen individuen in te gaan staan en bescherming te verlenen tegen inbreuken op de persoonlijke integriteit van het slachtoffer. Kinderen en andere kwetsbare personen hebben volgens het Hof in *A t. UK* in het bijzonder recht op de bescherming van de Staat¹⁴. Doet de overheid dat niet of onvoldoende dan is ze verdragsrechtelijk aansprakelijk voor de inbreuk ook al heeft zij part noch deel aan de mensenrechtenschending¹⁵.

Een tweede stap is de ontwikkeling van het begrip “kwetsbare groep”. In de zaak *X en Y t. Nederland* wordt dit begrip nog niet als zodanig benoemd alhoewel het er wel impliciet staat omdat kinderen als “vulnerable individuals” worden aangeduid. In de zaak *Alajos Kiss t. Hongarije*¹⁶ werd dit begrip voor het eerst geïntroduceerd. In deze zaak werden personen met ernstige psychische aandoeningen als zodanig aangemerkt omdat ernstige discriminatie in het verleden tot sociale uitsluiting leidde. In zulke gevallen is de “margin of appreciation” aanzienlijk kleiner.¹⁷ Ook de Roma hadden in het verleden te maken met ernstige discriminatie en zijn om deze reden als kwetsbare groep aangemerkt door het Hof in de zaak *Orsus t. Kroatië*¹⁸. In de zaken *Alajos Kiss* en *Orsus* leek het begrip te worden gekoppeld aan groepen die in het verleden ernstig gediscrimineerd werden en nog altijd te maken hebben met vooroordelen. De zaak *M.S.S. t. België* bevestigt echter dat de definitie open is. In de zaak *M.S.S* worden asielzoekers als kwetsbare groep aangemerkt zonder dat

Engeland onvoldoende bescherming bood tegen een inbreuk van derden op de rechten van de jongen en om deze reden art. 3 EVRM had geschonden.

¹³

¹⁴ . *A t. Verenigd Koninkrijk*, par 22

¹⁵ *A t. Verenigd Koninkrijk*, par 22.

¹⁶ *Alajos Kiss t. Hongarije*, 20 mei 2010, 38832/06. Het betrof hier een manisch-depressief persoon die vanwege een curatele zijn stemrecht was ontnomen. Dit werd in strijd geacht met art. 3 van Protocol I die dit recht garandeert.

¹⁷ *Alajos Kiss t. Hongarije*, par 42.

¹⁸ *Orsus en anderen t. Kroatië*, 16 maart 2010, 15766/03. Het betrof hier een klacht van Roma-kinderen die door de overheid in aparte Roma-klassen werden gezet terwijl op dezelfde school ook aparte non-Roma klassen waren. De Croatische overheid stelde dat dit noodzakelijk was omdat de kinderen onvoldoende het Kroatisch beheerden. Het EHRM stelde een schending van art. 14 EVRM jo. artikel 2 van Protocol I vast: ongerechtvaardigde discriminatie.

de verwijzing naar “ernstige discriminatie in het verleden” wordt gemaakt. Het Hof overweegt : *“The applicant, being an asylum seeker, was particularly vulnerable because of everything he had been through and the traumatic experiences he was likely to have endured previously”*. Dus niet alleen discriminatie kan ten grondslag worden gelegd aan de definitie van een kwetsbare groep maar ook andere omstandigheden zoals het hebben ondergaan van traumatiserende gebeurtenissen. In lijn met de opvatting dat het EVRM een levend instrument is worden door het EHRM dus verschillende groepen onder dit begrip gebracht.

Extreme armoede en art. 3 en 8 EVRM.

De jurisprudentie van het EHRM heeft zich echter nog verder ontwikkeld. Een puur sociaal-economisch gegeven als extreme armoede kan een onmenselijke of vernederende behandeling als bedoeld in art 3 EVRM opleveren. Onder omstandigheden kan voor een overheid een positieve verplichting ontstaan om daar tegen op te treden. Dit is echter wel een standpunt dat pas zeer recent is ontwikkeld door het Hof waar het gaat om opvang. De rechtspraak van het EHRM heeft zich geleidelijk aan ontwikkeld waarbij in deze jurisprudentie zowel wordt verwezen naar art. 3 als 8 EVRM.

In de zaak *Chapman t. Verenigd Koninkrijk* werd nog overwogen dat art. 8 EVRM geen recht geeft op een sociaal-economisch recht als huisvesting.¹⁹ In 2002 wordt een belangrijke stap gezet in de richting van het erkennen van het belang van sociaal-economisch rechten onder het EVRM in de zaak *Larioshina T. Rusland*²⁰. In die zaak klaagde een pensioengerechtigde dat zij niet kon leven van haar pensioen. Het Hof stelde: *“This being said, the Court considers that a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment”*.

In 2009 wordt dit nog verder uitgewerkt in de uitspraak *Budina t. Rusland*²¹. In deze zaak klaagt een Russische onderdaan over het feit dat zij niet kan leven van haar pensioen. Het Hof overweegt : *“In the present case, it cannot be said that the state authorities have imposed any direct ill-treatment on the applicant. The essence of the applicants complaint is that the State-pension on which she depends for her subsistence and livelihood is not sufficient for basis human needs. The court 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.*

¹⁹ *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*, 18 januari 2001, 27238/95 par 99: *“It is important to recall that Article 8 does not in terms recognize a right to be provided with a home. Nor does any of the jurisprudence of the Court acknowledge such a right. While it is clearly desirable that every human being has a place where he or she can live in dignity and which he or she can call home, there are unfortunately in the Contracting States many persons who have no home. Whether the State provides funds to enable everyone to have a home is a matter for political not judicial decision.”*

²⁰ . *Larioshina t. Rusland*, 23 april 2002, 56869/00. Het betrof hier een bejaarde Russische vrouw die moest leven van een pensioen van 653 Roebel per maand in de periode 95-98. Het Hof wijst de claim af omdat uit de stukken niet blijkt dat het ‘minimum level of severity’ is gehaald.

²¹ *Budina t. Rusland*, 18 juni 2009, 45603/05. Het betrof hier een vrouw met een laag pensioen en allerlei extra rechten voor het jaar 2007 die nauwkeurig worden opgesomd in de uitspraak. Ook hier was net zoals in de zaak Larioshina het ‘minimum level of severity’ niet gehaald.

Tussen neus en lippen door neemt het Hof aan dat een overheid verantwoordelijkheid heeft ingeval personen als gevolg van extreme armoede in art. 3 EVRM-situatie zijn beland terwijl zij volkomen afhankelijk zijn van de steun van de staat zoals sommige pensioengerechtigden. Het EHRM zet een volgende principiële stap na *X en Y t. Nederland*. Niet alleen moet de overheid de kwetsbaren beschermen tegen inbreuken door anderen maar ook tegen bepaalde onmenselijke of vernederende situaties die het gevolg zijn van sociaal-economische omstandigheden. De overheid moet dan opvang verlenen. De inspanningsverplichting van de overheid om het sociaal-economische welzijn van haar onderdanen te bevorderen is omgeslagen in een verplichting tot opvang door de overheid van kwetsbare personen die lijden onder zeer slechte sociaaleconomische omstandigheden.

M.S.S t. België en Griekenland

De jurisprudentielijnen met betrekking tot de kwetsbare groepen en die met betrekking tot extreme armoede komen spectaculair samen in het recentelijk gewezen arrest *M.S.S t. Belgium and Greece*²². Griekenland werd geconfronteerd met grote groepen derdelanders die asiel aanvraagden. De Griekse overheid deed nauwelijks iets met deze groep waardoor duizenden op straat zwierven en aan hun lot werden overgelaten. De opvang was bijna volledige afwezig. Dit ondanks de wettelijke verplichting die is vervat in de Opvangrichtlijn om asielzoekers opvang te verlenen. Het nauwelijks verholen doel van de Griekse overheid was om te ontkomen aan de Dublinverplichtingen. Door deze groep in extreme armoede te brengen werden deze asielzoekers gedwongen door te migreren naar Noord-West Europa die, in zekere mate, wel de nodige opvang verzorgt.

In deze uitspraak wordt het Hof voor de vraag gesteld of het verkeren in extreme armoede op een gegeven moment een onmenselijke en of vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM oplevert. Theoretisch was dit niet uitgesloten maar tot dan toe waren de zaken afgewezen omdat de omstandigheden nog niet het “minimum level of severity” had gehaald. zoals in *Larioshina t. Rusland en Budina t. Rusland (zie noot 17 en 18)*. Het Hof stelt als uitgangspunt dat art. 3 EVRM niet een positieve verplichting kan opleveren voor de overheid om iedereen opvang te verlenen in de vorm van huisvesting etc. Maar in r.o. 251 stelt het Hof dat asielzoekers een kwetsbare groep zijn waarvoor speciale bescherming noodzakelijk is: “It notes the existence of a broad consensus at the international and European level concerning the need for special protection”. Het Vluchtelingenverdrag en de Opvangrichtlijn worden daarbij als bron genoemd. Hier past het EHRM een van haar methodes van rechtsvinding toe. Het constateert dat er inmiddels brede Europese overeenstemming bestaat over noodzaak van speciale protectie door de overheid voor een kwetsbare groep als asielzoekers. Het Hof construeert daarbij dus een norm die geldt voor heel Europa inclusief de landen buiten de EU door de verwijzing naar het Vluchtelingenverdrag dat als internationaal recht ook de Europese landen buiten de EU bindt. Alle staten die partij zijn bij het EVRM hebben immers ook het Vluchtelingenverdrag ondertekend.²³ Een voorbeeld van het EVRM als “levend instrument”. In r.o. 252 e.v. komen dan de verschillende jurisprudentielijnen samen.

²² Zie noot 7.

²³ Prof. Battjes vind dit een zwakke onderbouwing en wijst op de Terugkeerrichtlijn die maar weinig rechten geeft aan uitgeprocedeerden en zeker geen opvang. H. Battjes, Straatsburgs toezicht op Unie-Asielrecht, A&MR 2011, nr 2.

252. *That said, the Court must determine whether a situation of extreme material poverty can raise an issue under Article 3.*

(...)

254. *It observes that the situation in which the applicant has found himself is particularly serious. He allegedly spent months living in a state of the most extreme poverty, unable to cater for his most basic needs: food, hygiene and a place to live. Added to that was the ever-present fear of being attacked and robbed and the total lack of any likelihood of his situation improving. It was to escape from that situation of insecurity and of material and psychological want that he tried several times to leave Greece.*

(...)

263. *In the light of the above and in view of the obligations incumbent on the Greek authorities under the European Reception Directive (see paragraph 84 above), the Court considers that the Greek authorities have not had due regard to the applicant's vulnerability as an asylum seeker and must be held responsible, because of their inaction, for the situation in which he has found himself for several months, living in the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for his essential needs. The Court considers that the applicant has been the victim of humiliating treatment showing a lack of respect for his dignity and that this situation has, without doubt, aroused in him feelings of fear, anguish or inferiority capable of inducing desperation. It considers that such living conditions, combined with the prolonged uncertainty in which he has remained and the total lack of any prospects of his situation improving, have attained the level of severity required to fall within the scope of Article 3 of the Convention.*

Het Hof constateert dus dat Griekenland door niets te doen de norm die verplicht tot “special protection” van een kwetsbare groep als asielzoekers overtreedt. Als gevolg van dit niets doen komt de asielzoeker in een situatie van extreme materiële armoede die een onmenselijke en/of vernederende behandeling oplevert.

De gedeeltelijk dissenting opinion of Judge Sajo merkt op:

There seems to be only a small step between the Court's present position and that of a general and unconditional positive obligation of the State to provide shelter and other material services to satisfy the basic needs of the “vulnerable”.

Deze angst is niet helemaal terecht. Er is wel een positieve verplichting, maar deze is niet zonder voorwaarden. Het moet gaan om kwetsbare groepen in de zin van art. 3 EVRM die volledig afhankelijk zijn van de overheid, waarbij de overheid nalaat om op te treden

Dat het arrest *M.S.S. t. België* geen ééndagsvlieg is wordt bevestigd in het arrest *Elmi en Sufi t. VK*. In dit arrest motiveert het EHRM uitdrukkelijk waarom niet wordt gekozen voor de benaderingswijze zoals die was gehanteerd in *N t. UK*. In de zaak *N. t. UK* ging het om een persoon die geïnfecteerd was met het HIV-virus en terug moest naar Uganda. Door de slechte financiële omstandigheden waren de medische faciliteiten aanzienlijk slechter in Uganda. Naar het oordeel van het EHRM had Uganda daar echter geen schuld aan, maar was dat louter te wijten aan de algehele slechte economische omstandigheden. Ondanks het feit dat de levensduur van de persoon in kwestie aanzienlijk zou worden verkort werd toch geen schending aangenomen van art. 3 EVRM. In par. 282 van *Elmi en Sufi t. VK* wordt uitdrukkelijk verwezen naar *N. t. VK* en wordt door het EHRM gesteld dat als er louter sprake was van een natuurramp de benadering van *N. t. UK* zou moeten worden toegepast. Maar in Somalië is de humanitaire ramp grotendeels te wijten aan de strijd tussen partijen en de weigering van Al Shabaab om westerse humanitaire steun toe te laten.

Om deze reden wordt door het EHRM uitdrukkelijk gekozen voor de benadering zoals die is vastgelegd in *M.S.S. t. België en niet voor N. t. VK*.²⁴

Uitwerking in Nederland.

3 EVRM

Ook in Nederland worden kwetsbare groepen in de zin van art. 3 EVRM zoals ernstige zieke of minderjarige derdelanders zonder verblijfsrechten langdurig in een positie van extreme armoede gedwongen. De Nederlandse overheid heeft de mogelijkheid om opvang te verlenen maar doet dat niet om de druk op de vreemdeling te verhogen om Nederland te verlaten. Net als Griekenland tracht Nederland derdelanders op deze wijze te dwingen om het land te verlaten. De jurisprudentie van het Hof op basis van art. 3 EVRM en extreme armoede heeft echter nog geen wortel geschoten in de Nederlandse jurisprudentie. Claims die zijn gebaseerd op art. 3 EVRM zijn tot op heden altijd afgewezen.

8 EVRM

De nood onder de derdelanders wordt vaak gelenigd door kerken, actiegroepen of individuen waardoor voor velen de absolute bodem van art. 3 EVRM nog niet is bereikt. In toenemende mate wordt echter wel met succes een beroep gedaan op art. 8 EVRM. Dat blijkt onder andere uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (hierna: de Raad) van 22 december 2008.²⁵

4.3: "Ten aanzien van het beroep dat namens appellant is gedaan op artikel 8 EVRM oordeelt de Raad als volgt. De Raad stelt voorop dat het EHRM als de "very essence" van het EVRM aanmerkt, respect voor de menselijke waardigheid en menselijke vrijheid. Het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het privé-leven van een persoon omvat mede de fysieke en psychische integriteit van die persoon en is er primair op gericht, zonder inmenging van buitenaf, de ontwikkeling van de persoonlijkheid van elke persoon in zijn betrekkingen tot anderen te waarborgen. Het artikel beoogt niet alleen staten tot onthouding van inmenging te dwingen, maar kan onder omstandigheden ook inherente positieve verplichtingen meebrengen die noodzakelijk zijn voor een effectieve waarborg van het recht op privé-leven. Daarbij hebben kinderen en andere kwetsbare personen in het bijzonder recht op bescherming. Het EHRM heeft meerdere malen geoordeeld dat artikel 8 EVRM ook relevant is in zaken die betrekking hebben op de besteding van publieke middelen. Daarbij is wel van belang dat in een dergelijk geval aan de staat een extra ruime "margin of appreciation" toekomt, terwijl het EHRM bij de bepaling van de bescherming die betrokkenen genieten onder het EVRM belang toekent aan de al dan niet legale status van het verblijf van betrokkene. De Raad wijst in dit verband ondermeer op het arrest van het EHRM van 27 mei 2008 in de zaak van N. vs het Verenigd Koninkrijk, nr. 26565/05.

Met andere woorden: Art. 8 EVRM kan onder omstandigheden een positieve verplichting tot opvang opleveren voor kwetsbare groepen. De Staat heeft echter wel een grote beleids- en

²⁴ Het is overigens opmerkelijk dat het arrest St. Kitts niet aan de orde komt. Het ging daar om een HIV-geïnfecteerde die reeds AIDS had ontwikkeld en ernstig ziek was. St. Kitts was ook te arm om deze man medisch op te vangen. Toch neemt het EHRM wel een schending aan ondanks het feit dat St. Kitts net als Uganda geen schuld droeg. Dat zal ongetwijfeld te maken hebben met de zeer slechte medische situatie van de man. Wellicht moet een glijdende schaal worden aangenomen. Hoe zeker de persoon in kwestie, hoe minder schuld een ontvangende overheid hoeft te hebben om een schending aan te nemen.

²⁵ CRvB, 22 December 2008, 08/4540, LJN BG8789

beoordelingsvrijheid en mag waarde hechten aan het feit of iemand rechtmatig verblijf heeft in Nederland, aldus de Raad.

Opmerkelijk is dat de Raad stelt dat de overheid een ruime “margin of appreciation” heeft omdat het gaat om een besteding van publieke middelen. In de eerder genoemde zaak Alajos Kiss werd echter geoordeeld dat bij kwetsbare groepen de “margin of appreciation” juist kleiner is. Hoe het één zich tegenover het ander verhoudt zal de toekomst moeten uitwijzen.

Kwetsbare groepen in Nederland.

De regelgeving en jurisprudentie in Nederland concentreert zich voornamelijk rond twee kwetsbare groepen: de minderjarige en ernstig zieke derdelanders zonder verblijfsvergunning. Zowel de regelgever als de rechter maakt daarbij onderscheid tussen personen die rechtmatig verblijf in de zin van art. 8 onder f, g of h Vw hebben en zij die dat niet hebben. Met andere woorden: personen die geen verblijfsvergunning hebben maar wel één of ander vorm van rechtmatig verblijf omdat zij nog in procedure zijn hebben eerder recht op opvang. Voor beide kwetsbare groepen zal worden uitgewerkt of er recht bestaat op een vorm van opvang. Daarbij zal worden onderscheiden of er sprake is van rechtmatige verblijf of niet.

Minderjarige derdelanders met een vorm rechtmatig verblijf

Minderjarige derdelanders komen in aanmerking voor opvang (huisvesting en leefgeld) door het Centraal Orgaan Asielzoekers (hierna: COA) zolang zij rechtmatig verblijf hebben op grond van art. 8, onder f, g of h Vw. (art. 2, lid 1, onder Rvb.).

Minderjarige derdelanders zonder een vorm van rechtmatig verblijf.

Hebben zij geen rechtmatig verblijf dan ligt de zaak aanzienlijk ingewikkelder. In eerste instantie zal op grond van art. 3a COA opvang moeten worden gevraagd bij het COA op grond van zeer bijzondere omstandigheden. Het COA heeft grote beleids- en beoordelingsvrijheid op dit onderdeel en de rechter dient dit dus marginaal te toetsen. Het COA verleent opvang als er sprake is van een acute medische noodsituatie die tot opvang noopt . Voor de meeste minderjarige derdelanders is dit dus geen optie. Het is echter wel noodzakelijk om dit aan te vragen omdat het traject bij het COA als een voorliggende voorziening van het hierna te bespreken opvang op grond van de Wet Werk en Bijstand (hierna: WWB) wordt beschouwd en dus aangetoond moet worden dat er geen opvang via het COA kan worden verkregen.

Indien het COA het verzoek om opvang afwijst, is het de vraag of er dan voor de overheid als zodanig ook geen verplichting (meer) is om kinderen huisvesting, voedsel en kleding te verschaffen. Uit de uitspraak DCI t. Nederland van het Europees Comité van Sociale Rechten uit n 2009 kan worden afgeleid dat het niet verlenen van opvang aan kinderen hun menselijke waardigheid aantast.²⁶ Zolang de kinderen zich nog in de jurisdictie van Nederland bevinden dient Nederland voor opvang te zorgen. Toch is er nog geen eenvormige jurisprudentie. De burgerlijke en de bestuursrechter hebben standpunten die niet met elkaar overeenstemmen zoals hierna zal blijken. .

²⁶ Europees Comité van Sociale Rechten, Raad van Europa, *DCI t. Nederland*, 20 oktober 2009, No. 47/2008

De Raad houdt in het kader van een aanvraag om opvang op grond van de WWB door een minderjarige zonder enige vorm van rechtmatig verblijf in zijn algemeenheid vast aan het koppelingsbeginsel ondanks de uitspraak van het Europees Comité van Sociale Rechten, getuige de uitspraak van 14 juli 2010²⁷. In zijn algemeenheid blijft de Raad van mening dat het verstrekken van uitkeringen aan kinderen zonder rechtmatig verblijf hun verblijf alhier kan stimuleren waardoor het Nederlandse vreemdelingenbeleid ernstig zou worden doorkruist. Toch doet de Raad de deur op een kier. Zie r.o. 4.6 van de hierboven genoemde uitspraak: *“Onder verwijzing naar zijn uitspraak van 9 oktober 2006 (LJN AY9940) overweegt de Raad voorts dat het op de weg van appellante ligt om aan te geven waarom moet worden afgeweken van het uitgangspunt dat de toepassing van artikel 16, tweede lid, van de WWB op kinderen die niet rechtmatig in Nederland verblijven, in beginsel geoorloofd is. Hetgeen namens de appellante is aangevoerd, rechtvaardigt naar het oordeel van de Raad geen uitzondering op de hoofdregel (...)*. In een recente uitspraak van de Raad²⁸ wordt voor het eerst een uitzondering gemaakt op de hoofdregel. Kinderen die enige tijd rechtmatig verblijf onder art. 8, onder f, g en h Vw. hebben gehad en nog altijd verblijven in Nederland en dus een band met Nederland hebben opgebouwd kunnen een recht op AKW krijgen²⁹. Voor het eerst neemt dus de Raad een aanspraak aan voor kinderen die inmiddels op geen enkel vorm van rechtmatig verblijf kunnen wijzen. Het zal interessant zijn om te zien of dit door zal gaan werken in de WWB-jurisprudentie van de Raad. Het Gerechtshof te 's Gravenhage heeft een andere benaderingswijze die meer overeenstemt met de uitspraak DCI t. Nederland getuige de uitspraken van 27 juli 2010 en 11 januari 2011³⁰. Beide uitspraken betroffen dezelfde zaak waarin de moeder weigerde mee te werken aan de uitzetting en zaten de kinderen klem tussen de staat en de moeder. De kinderen en de moeder hadden geen enkele vorm van rechtmatig verblijf. Het Gerechtshof stelt dat de beslissing van de moeder om niet mee te werken de kinderen niet toegerekend kan worden. Ook al nemen de ouders hun verantwoordelijkheid niet dan nog ontslaat dat Nederland niet van de verplichting om de kinderen te beschermen. Desnoods dienen kindbeschermingsmaatregelen zoals OTS en uithuisplaatsing te worden genomen. Het Hof overweegt in r.o. 3.8 van de uitspraak van 27 juli *“Het hof is van oordeel dat het op straat zetten van kinderen- slechts onder de hoede van een moeder die zelf niet de financiële middelen heeft om haar kinderen een adequate verzorging en huisvesting te geven en zonder dat een andere opvang van de kinderen geborgd is – in de gegeven omstandigheden in strijd is met de onder 3.6 [toevoeging JW : Het Hof stelt in deze rechtsoverweging dat zowel naar internationaal recht als naar intern Nederlands recht de bescherming van kinderen tot de verantwoordelijkheid van de overheid behoort]) omschreven rechtsplicht van de Staat en op zichzelf reeds inhumain te achten is, en daarmee tevens een onrechtmatige gedraging van de Staat jegens de kinderen oplevert. De Staat zal de kinderen dan ook slechts uit de vbl Ter Apel mogen verwijderen wanneer op andere wijze adequaat in de dagelijkse verzorging, huisvesting, medische zorg en*

²⁷ CRvB, 14 juli 2010, 08/4225 en 4227, LJN BN1274

²⁸ Centrale Raad van beroep, 15 juli 2011, 08/6595 AKW, LJN: BR1905

²⁹ Strikt gezien hebben de ouders recht op de Kinderbijslag.

³⁰ Gerechtshof Den Haag, 11 januari 2010, 200.063.511/01, LJN BO9924 en Gerechtshof, 27 juli 2010, 200.063.511/01, LJN BN2164.

scholing is voorzien. ". In de uitspraak van 11 januari 2011 wordt in dezelfde zaak ook geoordeeld dat, vanwege strijdigheid met artikel 8 EVRM, moeder en kinderen niet gescheiden mogen worden door alleen de moeder te ontruimen en niet de kinderen ³¹. Kinderen mogen dus niet het slachtoffer worden van de strijd tussen de ouders en de Staat met betrekking tot de uitzetting en dienen dus zolang zij in Nederland zijn opgevangen te worden, aldus het Hof. Het is niet verwonderlijk dat de Staat cassatie heeft ingesteld tegen dit oordeel. Het zal interessant zijn hoe de Hoge Raad de uitspraken D.C.I t. Nederland en M.S.S. t. België en Griekenland zal verwerken in zijn oordeel.

Het is opvallend hoe verschillend Hof en Raad tegen hetzelfde probleem aankijken. De Raad benadert het probleem vanuit het Koppelingsbeleid dat breed gedragen wordt door de politiek en wil wellicht in zeer bijzondere omstandigheden toestaan dat er uitzonderingen worden gemaakt op de regel dat er géén opvang wordt verstrekt. Het Hof denkt echter in burgerlijke termen zoals toerekenbaarheid en vindt dat het kind niet de gevolgen mag dragen voor het handelen van zijn ouders. De principiële discussie blijft dan ook: mogen kinderen het slachtoffer worden van de strijd tussen ouders en overheid inzake de vraag of zij dienen terug te keren naar het land van herkomst. Nederland heeft voor de toepassing van art 8 EVRM een margin of appreciation bij de toepassing bij de vraag of er opvang aan minderjarigen moet worden verleend. Uitgaande van de uitspraak DCI t. Nederland is er ten aanzien van kinderen geen enkele margin of appreciation omdat het Europees Comité van Sociale Rechten van mening is dat het niet verstrekken van opvang aan kinderen altijd een aantasting van hun menselijke waardigheid is. Kinderen kunnen door patstelling tussen ouders en Staat in een uitzichtloze positie komen. Het valt dan ook te hopen dat de Hoge Raad de uitspraak van het Gerechtshof in stand laat zodat in elk geval ten aanzien van deze kwetsbare groep duidelijk is dat niet elke vorm van economische druk op deze kinderen toelaatbaar is.

Ernstig zieke meerderjarige derdelanders met rechtmatig verblijf

Derdelanders die een asielprocedure hebben doorlopen kunnen onder bepaalde voorwaarden in aanmerking komen voor opvang bij het COA op grond van art. 3, lid 3, onder m en n RvA als zij een aanvraag om een VTV op medische gronden hebben ingediend of rechtmatig verblijf hebben op grond van art. 8, onder h en hun actuele medische dossier hebben overgelegd aan het COA. Kort en goed gezegd zijn dit dus ex-asielzoekers met één of andere vorm van rechtmatig verblijf op basis van een reguliere procedure die volledig meewerken aan de vaststelling van hun medische situatie. Deze regeling is ter uitvoering van de motie van het tweedekamerlid Spekman die aan de regering verzocht opvang te verlenen aan uitgeprocedeerde asielzoekers die een aanvraag om medische redenen hebben ingediend. ³² Dit is dus geen oplossing voor derdelanders die nooit een asielprocedure hebben doorlopen maar wel een vorm van rechtmatig verblijf hebben (en wellicht een reden om pro-forma een asielprocedure te doorlopen!). Voor deze derdelanders met een vorm van rechtmatig verblijf zijn er nog wel een aantal mogelijkheden. We zagen reeds dat het COA alleen

³¹ Inmiddels bereikte Vluchtelingenwerk het bericht dat moeder en kinderen zijn uitgezet. Vbl. Ter Apel is overigens geen opvang die adequaat is voor langdurige opvang. Zie Rb. Assen, 24 maart 2011, 11/5 WMO en 11/172 WMO, www.fischeradvocaten.nl

³² . Motie Spekman c.s. van 17 december 2008 (TK 2008-2009, 30846, nr 4)

ernstige zieke vreemdelingen opvangt indien naar hun oordeel de medische noodsituatie noopt tot die opvang. Dat betekent dat in een bepaalde gevallen, ondanks ernstige medische problematiek, geen opvang zal kunnen worden verkregen bij het COA. Namelijk in die gevallen waarin de medische situatie ernstig is maar niet als een medische noodsituatie kan worden gezien. In dat geval kan met kans op succes een aanvraag om ondersteuning op grond van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Hierna WMO) worden ingediend in de gemeente waar de derdelander woont. Het zal in de praktijk vaak gaan om een vorm van noodopvang voor zwervenden zoals die door de WMO wordt voorzien. In een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 19 april 2010 wordt over een derdelander met rechtmatig verblijf het volgende geoordeeld in r.o. 4.8.3³³. *“De Raad stelt vast dat uit de medische stukken genoegzaam naar voren komt dat de fysieke en psychische gezondheid van appellant substantieel wordt bedreigd wanneer hij verstoken blijft van opvang. (...). De Raad is van oordeel dat appellant, gelet op zijn ten tijde in dit geding van belang bestaande, naar objectief medische maatstaf vastgestelde, gezondheidstoestand, tot de categorie kwetsbare personen behoort die gezien artikel 8 EVRM in het bijzonder recht hebben op bescherming van hun privé- en gezinsleven. Naar het oordeel van de Raad kan onder deze omstandigheden niet in redelijkheid worden volgehouden dat de weigering van toelating tot maatschappelijke opvang in de vorm van nachtopvang blijk geeft van een “fair balance” tussen de publieke belangen die betrokken zijn bij de weigering van die toegang en de particuliere belangen van appellant om wel toegelaten te worden. “*

Ernstig zieke derdelander zonder rechtmatig verblijf..

Ook voor de ernstige zieke derdelander zonder een vorm van rechtmatig verblijf is er nog een (weliswaar kleine) kans om opvang te verkrijgen. Hierboven is reeds genoemd de mogelijkheid om opvang te vragen aan het COA ingeval de medische noodsituatie tot opvang noopt. Is dat laatste niet het geval dan eist de Raad in het kader van een WWB/WMO-aanvraag dat een vreemdeling er alles aan doet om zich te laten uitzetten dan wel zich te laten legaliseren door de aanvraag van een VTV-buitenschuld³⁴. Dat gaat vanuit migratierecht-oogpunt héél ver. Een 1F-er waarvan vaststond dat deze niet uitgezet kon worden op grond van een art. 3 EVRM-risico werd door de Raad verweten geen VTV-buitenschuld aan te hebben gevraagd. Volgens de Raad is een dergelijke aanvraag niet bij voorbaat kansloos. Reden daarvoor was volgens de Raad dat de vreemdeling niet ongewenst was verklaard en dus nog een kans maakte bij de aanvraag. De Raad ging er echter aan voorbij dat van een vreemdeling die een art. 3 EVRM-risico loopt bij terugkeer helemaal niet geëist kan worden dat hij meewerkt aan zijn terugkeer zoals in het kader van de VTV-buitenschuld wordt geëist en de kans dat een 1F-er een verblijfsvergunning krijgt uiterst minimaal moet worden geacht. Van een 1F-er wordt verwacht dat hij naar een derde land gaat als dat mogelijk is. De kans dat andere landen een dergelijk persoon toelaten mag echter uiterst klein worden geacht. Desalniettemin liet de Raad de afwijzing van de WWB-aanvraag in stand³⁵. In lagere rechtspraak is een uitspraak van VK Utrecht (17/2/2011, SBR 10/4265) een voorbeeld van een geslaagd beroep op deze uitzonderingsclausule.

³³ CRvB, 19 april 2010, 09/1082 WMO, LJN BM0956

³⁴ CRvB, 22 december 2008, LJN; BG 8789

³⁵ CRvB, 22 juni 2010, LJN: BN0258

Het betrof hier een statenloze Palestijn. Omdat hij inmiddels ook ongewenst was verklaard had een aanvraag om een VTV-buitenschuld geen enkele zin. Wel liep er nog een verzoek om opheffing van de ongewenstverklaring maar dat was al weer afgewezen door de IND.

De Raad acht het dus van doorslaggevend belang dat de derdelander er alles aan doet om een verblijfsvergunning te krijgen of zich te laten uitzetten, eventueel naar een derde land. Het merkwaardige resultaat is dat ongewenst verklaarde derdelanders wel recht op opvang kunnen doen gelden terwijl even zieke derdelanders die niet ongewenst zijn verklaard dat niet kunnen omdat er altijd een minieme kans is dat zij hun verblijf alsnog kunnen legaliseren of vertrekken.. Toch zal ook in het kader van art 8 EVRM voor derdelanders zonder enige vorm van rechtmatig verblijf een belangenafweging dienen te worden gemaakt. Het feit dat er geen vorm van gedogen van de vreemdeling door de Nederlandse overheid bestaat is een belangrijk gegeven in de belangenafweging maar niet doorslaggevend. Zeker als de ‘very essence’ van het recht op “*private life*” wordt aangetast kan voor de overheid een positieve verplichting ontstaan tot opvang³⁶.

Conclusie

Inmiddels lijkt ten aanzien van kwetsbare groepen het koppelingsbeginsel te worden verzacht. Traditioneel was er recht op onderwijs, medisch noodzakelijke zorg en rechtsbijstand. Meer en meer begint echter in de jurisprudentie door te dringen dat het tot grote armoede dwingen van derdelanders op grenzen stuit. Met het arrest *M.S.S* is nu definitief duidelijk geworden dat het tot extreme armoede dwingen van kwetsbare groepen die volledig afhankelijk zijn van de staat in strijd kan raken met art. 3 EVRM. In de nationale rechtspraak is dat nog niet aanvaard en is alleen met succes opvang verkregen door een beroep te doen op art. 8 EVRM. Met betrekking tot kinderen zonder enige vorm van rechtmatig verblijf is er divergerende jurisprudentie. Het gerechtshof oordeelde dat recht op opvang bestaat mede gezien het beginsel van menselijke waardigheid. . Ernstig zieke derdelanders krijgen soms opvang als ze rechtmatig verblijf hebben of als hun medische conditie noopt tot opvang. In alle andere gevallen kan alleen een recht op opvang ontstaan als zij alles hebben gedaan om mee te werken aan hun uitzetting en er bovendien geen enkele kans is op legalisering van hun verblijf omdat zij ongewenst zijn verklaard.

³⁶ . Rb. Leeuwarden, AWB 10/928, 5 juli 2010, www.fischeradvocaten.nl