



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**Case note: Europees Comité voor Sociale Rechten (rolnr. nr. 47/2008: [Defence for Children International tegen Nederland])**

Donders, Y.M.; Brouwer, R.L.

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Donders, Y., & Brouwer, R., (2010). Case note: Europees Comité voor Sociale Rechten (rolnr. nr. 47/2008: [Defence for Children International tegen Nederland]), No. 55, Oct 20, 2009. (EHRC. European Human Right Cases; Vol. 2010, No. 5).

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Zoeken algemeen	Officiële publicaties	Wet- en regelgeving	Jurisprudentie (rechtspraak.nl)	Jurisprudentie (Sdu)	Commentaar	Overzicht dossiers	Nieuws	Europese publicaties	Verdragen
-----------------	-----------------------	---------------------	---------------------------------	----------------------	------------	--------------------	--------	----------------------	-----------

» Zoekresultaten (Sdu-jurisprudentie) » EHRC 2010/55

Tekst publicatie

[Deeplink](#)

**EHRC 2010/55 Europees Comité van Sociale Rechten, 20-10-2009, 47/2008**

**Recht op huisvesting, Recht van kinderen en volwassenen op sociale, wettelijke en economische bescherming, Geen deugdelijk beleid, Onvoldoende bescherming voor kinderen, Interpretatiemethodes, Schending**



<b>Aflevering</b>	2010 afl. 5
<b>College</b>	Europees Comité voor Sociale Rechten
<b>Datum</b>	20 oktober 2009
<b>Rolnummer</b>	47/2008
<b>Rechter(s)</b>	Mr. Koncar President Mr. Swiatkowski Mr. O'Conneide Mr. Belorgey Mr. Kollonay Lehoczky Mr. Leppik Mr. Schlachter Mr. Nyström Mr. Harutyunyan Mr. Isik Mr. Stangos Mr. Athanasiu Mr. Jimena-Quesada Mr. Petman
<b>Partijen</b>	Defence for Children International tegen Nederland
<b>Noot</b>	<i>Donders en Brouwer</i>
<b>Trefwoorden</b>	Recht op huisvesting, Recht van kinderen en volwassenen op sociale, wettelijke en economische bescherming, Geen deugdelijk beleid, Onvoldoende bescherming voor kinderen, Interpretatiemethodes, Schending
<b>Regelgeving</b>	ESH - (herzien): 17; 31; Bijlage bij ESH (herzien) inzake de werkingssfeer met betrekking tot de te beschermen personen par. 1

#### » Samenvatting

Op basis van het Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een systeem voor collectieve klachten (het Protocol) heeft Defence for Children International (DCI) op 4 februari 2008 een collectieve klacht tegen Nederland bij het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) ingediend. De klacht had betrekking op huisvesting en noodopvang voor illegale kinderen. In Nederland geldt het 'koppelingsbeginsel', wat inhoudt dat de aanspraak op verstrekkingen en voorzieningen van overheidswege – dus ook huisvesting – gekoppeld wordt aan rechtmatig verblijf in Nederland. Het resultaat hiervan is dat niet legaal in Nederland verblijvende kinderen door dit beginsel op straat kunnen belanden. De vraag was of dit in overeenstemming was met het herziene Europees Sociaal Handvest (ESH). Op 23 september 2008 heeft het ECSR de klacht ontvankelijk verklaard.

In het onderzoek betreffende de gegrondheid van de klacht buigt het ECSR zich allereerst over de vraag of de relevante artikelen van het herziene ESH van toepassing kunnen zijn op niet-legaal in Nederland verblijvende kinderen. Daarna toetst het ECSR de wetgeving en het beleid van Nederland, met betrekking tot kinderen die op deze manier op straat kunnen belanden, aan het herziene ESH.

In zijn beoordeling concludeert het ECSR dat par. 1 van de Bijlage bij het herziene ESH inzake de werkingssfeer met betrekking tot de te beschermen personen (Bijlage) zodanig moet worden geïnterpreteerd dat bepaalde artikelen ook van toepassing kunnen zijn op illegale kinderen vanwege hun kwetsbare positie. De onderbouwing hiervan steunt op verschillende interpretatiemethodes zoals opgenomen in art. 31 van het Weens Verdragenverdrag (WVV), de 'living instrument'-doctrine en de effectieve interpretatieler. Daarnaast is ook een eerdere uitspraak van het ECSR in FIDH t. Frankrijk (nr. 14/2003) van belang geweest. Hier had het ECSR namelijk bepaald dat par. 1 van de Bijlage niet de aanspraak van illegalen op medische hulp in de weg kon staan. Met het invoeren van deze uitspraak bevestigt het ECSR dat zijn interpretatie in FIDH t. Frankrijk de huidige geldende interpretatie van het herziene ESH is en benadrukt het de rolverdeling tussen het ECSR en het Comité van Ministers met betrekking tot het toezicht op de naleving van het herziene ESH. Voorts stelt het ECSR dat het VN Kinderrechtenverdrag een rol kan spelen bij de toepassing van het herziene ESH. Met name het belang van het kind-principe speelt bij de beoordeling van de werkingssfeer en de toetsing van het Nederlandse beleid een rol.

Het ECSR concludeert dat art. 31, tweede lid, met betrekking tot het voorkomen van dakloosheid van kinderen, en art. 17, eerste lid, onder c, met betrekking tot bescherming en speciale hulp voor het kind, van toepassing zijn op illegale kinderen en dat Nederland deze rechten heeft geschonden.

Schending art. 31, tweede lid, en art. 17, eerste lid, onder c, van het herziene ESH.

## » Uitspraak

### The Law

#### Preliminary issues

##### **A – As to the role of the Committee**

19. Relying on the Committee's decision on the merits in *FIDH v. France* (Complaint No. 14/2003, decision of 8 September 2004, par.par. 26-32), DCI argues that, as medical assistance, housing also is a prerequisite for the preservation of human dignity and therefore legislation or practice which denies entitlement to housing to foreign nationals, even if they are on the territory unlawfully, should be considered contrary to the Revised Charter.

20. The Government considers that the Committee's decision (*FIDH v. France*, Complaint No. 14/2003, decision of 8 September 2004, par. 32) relied upon by DCI was not upheld by the Committee of Ministers since, with Resolution ResCHS(2005)6, the Committee of Ministers did not address a recommendation to the respondent Government.

21. The Committee recalls that it is clear from the wording of the Protocol providing for a system of collective complaints that only the European Committee of Social Rights can rule on whether or not a situation is in conformity with the Charter: this is the case with any treaty establishing a judicial or quasi-judicial body to assess Parties' compliance with that treaty. The explanatory report to the Protocol explicitly states that the Committee of Ministers cannot reverse the legal assessment made by the Committee. It may only decide whether or not to additionally make a recommendation to the state concerned. Admittedly, when using this power to decide which follow up should be given to the Committee's finding of a violation of the Charter, the Committee of Ministers may take account of any social and economic policy considerations, but it may not question the Committee's legal assessment (*Confédération Française de l'Encadrement* (CFE CGC) v. France, Complaint No 16/2003, decision on the merits of 12 October 2004, par.par. 20-21).

22. As a consequence, the Committee's decision in *FIDH* represents today's interpretation of the Revised Charter.

##### **B – As to the rights of the child under the Revised Charter**

23. DCI invites the Committee to interpret the rights provided in the Revised Charter in the light of the United Nations Convention on the Rights of the Child which protects all persons under the age of 18 within the jurisdiction of a contracting party, regardless of residence status.

24. The Government states that the Committee cannot extend its competence by applying or interpreting the provisions of a treaty other than the one to which it owes its existence.

25. The Committee points out that the European Social Charter guarantees each child – that is persons aged under 18 – a significant number of fundamental rights. The Charter firstly treats children as individual rights' holders since human dignity inherent in each child fully entitles her/him to all fundamental rights granted to adults. Additionally, the specific situation of children, which combines vulnerability, limited autonomy and potential adulthood, requires States to grant them specific rights, such as those enshrined in the following provisions of the Charter:

- right to shelter Article 31par.2),
- right to health (Articles 8, 11, 7, 19par.2),
- right to education (Articles 9, 10, 15, 17, 19par.par.11-12),
- protection of the family and right to family reunion (Articles 16, 27, 19par.6),
- protection against danger and abuse (Articles 7par.1, 17),
- prohibition of child labour under the age of 15 (Article 7par.1 and par.3),
- specific working conditions between 15 and 18 (Article 7).

26. Because of this comprehensive approach, coupled with the effective nature of the rights it embodies, the European Social Charter is the most significant treaty at the European level for children's human rights. It complements the European Convention on Human Rights in this area and reflects the United Nations Convention on the Rights of the Child, on which its new Article 17 is based (see *FIDH v France*, Complaint No. 14/2003, decision on the merits of 8 September 2004, par. 36 and *World Organisation against Torture (OMCT) v. Greece*, Complaint No. 17/2003, decision on the merits of 7 December 2004, par. 31).

27. Moreover, the Committee reiterates that the rights in the Charter must take a practical and effective, rather than a theoretical, form (see *inter alia*, *International Movement ATD Fourth World ("ATD") v. France*, Complaint No. 33/2006, decision on the merits of 5 December 2007, par. 59 and *International Commission of Jurists v. Portugal*, Complaint No. 1/1998, decision on the merits of 9 September 1999, par. 32). It therefore interprets the rights and freedoms set out in the Charter in the light of current conditions (*Marangopoulos Foundation for Human Rights v. Greece*, Complaint No. 30/2005, decision on the merits of 6 December 2006, par. 194) and in the light of relevant international instruments that served as inspiration for its authors or in conjunction with which it needs to be applied (*European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA)*, Complaint No. 39/2006, decision on the merits of 5 December 2007, par. 64).

28. The United Nations Convention on the Rights of the Child is one of the most ratified treaties world-wide and it has been ratified by all member states of the Council of Europe. It is therefore entirely justified that the Committee should have regard to the United Nations Convention on the Rights of the Child as it is interpreted by the UN Committee on the Rights of the Child (see *OMCT v. Ireland*, Complaint No 18/2003, decision on the merits of 7 December 2004, par.61) when ruling on the alleged violation of any right of the child which is established by the Charter.

29. In particular, when ruling on situations where the interpretation of the Charter concerns the rights of a child, the Committee considers itself bound by the internationally recognised requirement to apply the best interests of the child principle. It is indeed mindful that in General Comment No. 5 (document CRC/GC/2003/5, par.par. 45-47), the Committee on the Rights of the Child stated that "Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children's rights and interests are or will be affected by their decisions and actions – by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children".

**C – As to the interpretation of paragraph 1 of the Appendix concerning the scope of the Revised Charter in terms of persons protected**  
**Paragraph 1 of the Appendix – Scope of the Revised Charter in terms of persons protected**

1 Without prejudice to Article 12, paragraph 4, and Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned, subject to the understanding that these articles are to be interpreted in the light of the provisions of Articles 18 and 19.

This interpretation would not prejudice the extension of similar facilities to other persons by any of the Parties.

**Submissions of the parties**

30. The Government states that the Netherlands ratified the Revised Charter and its Protocol providing for a system of collective complaints on the understanding that its law and practice with regard to aliens unlawfully present in its territory did not come within the scope of the Revised Charter. It based this understanding on the terms of paragraph 1 of the Appendix which limit such scope of application to “foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned”.

31. Moreover, the Government alleges that aliens policy is pre-eminently an issue dealt with at the level of national states. It would therefore run counter to this principle if States were obliged to recognise a right to housing or other economic, social and cultural rights for those who reside in their territory unlawfully, thereby facilitating a prolongation of the unlawful situation. The Government further observes that this is not changed when the persons concerned are minors. Making a categorical exception for minors to the denial of certain rights would frustrate the right of the State to control immigration.

32. DCI replies that holding children accountable for their whereabouts is contrary to the position of children in today's world. Children are recognised as extremely vulnerable persons, who, for a large part of their existence are dependent on others, usually their parents, for their survival. This dependence on others entails that they have very limited (or no) influence on their place of residence. DCI therefore argues that if the choice of the adult turns out to be less favourable it should not result in substandard living conditions for the child. Relying on the Committee's decision on the merits in FIDH v France, DCI argues that, as medical assistance, housing also is a prerequisite for the preservation of human dignity and therefore legislation or practice which denies entitlement to housing to foreign nationals, even if they are on the territory unlawfully, should be considered contrary to the Revised Charter.

33. DCI further clarifies that the complaint is not intended to create an entitlement to a residence permit for either the child or the parents. It acknowledges that the Government has a choice in such respect. It considers that the Government may therefore either deport the child together with the parents or it should provide the necessary protection as long as the child is within the Netherlands' jurisdiction.

**Assessment of the Committee**

34. The Committee recalls that the Charter was envisaged as a human rights instrument to complement the European Convention on Human Rights. It is a living instrument dedicated to certain values which inspired it: dignity, autonomy, equality, solidarity (FIDH v. France, Complaint No. 14/2003, decision on the merits of 8 September 2004, par. 27) and other generally recognised values. It must be interpreted so as to give life and meaning to fundamental social rights (FIDH v. France, Complaint No. 14/2003, decision on the merits of 8 September 2004, par. 29).

35. The Committee interprets the Charter in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, among which its Article 31par.3(c), which indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. Indeed, the Charter cannot be interpreted in a vacuum. The Charter should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including in the instant case those relating to the provision of adequate shelter to any person in need, regardless whether s/he is on the State's territory legally or not.

36. The Committee considers that a teleological approach should be adopted when interpreting the Charter, i.e. it is necessary to seek the interpretation of the treaty that is the most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties (OMCT v. Ireland, Complaint No. 18/2003, decision on the merits of 7 December 2004, par. 60). It follows *inter alia* that restrictions on rights are to be read restrictively, i.e. understood in such a manner as to preserve intact the essence of the right and to achieve the overall purpose of the Charter (FIDH v. France, Complaint No. 14/2003, decision on the merits of 8 September 2004, par.par. 27-29).

37. Moreover, as stated in its decision on the merits in FIDH v France (Complaint No. 14/2003, decision on the merits of 8 September 2004, par. 30), the Committee reiterates that the restriction in paragraph 1 of the Appendix attaches to a wide variety of social rights and impacts on them differently. It further holds that such restriction should not end up having unreasonably detrimental effects where the protection of vulnerable groups of persons is at stake.

38. It results from the above mentioned considerations (A, B and C) that with regard to each alleged violation in the instant case, the Committee will thus preliminarily have to determine whether the right invoked is applicable to the specific vulnerable category of persons concerned, i.e. children unlawfully present in the Netherlands. Additionally, it shall do so mindful of its obligation to respect the best interests of the child principle.

**D – As to the scope *ratione materiae* of the complaint**

39. In the light of the submissions made during the proceedings, the Committee observes that allegations concerning violation of rights other than that to housing for children unlawfully present in the Netherlands are presented as subsidiary and are not sufficiently developed. The Committee therefore considers that the complaint concerns the following issues:

- denial of access to housing of an adequate standard to children unlawfully present in the Netherlands (Article 31par.1);
- failure to prevent or reduce homelessness by not providing shelter to children unlawfully present in the Netherlands as long as they are in the Netherlands' jurisdiction (Article 31par.2);
- failure to take all appropriate and necessary measures designed to provide protection and special aid from the state to children unlawfully present in the Netherlands by denying them entitlement to shelter (Article 17par.1.c);
- discrimination in access to housing against children unlawfully present in the Netherlands (Article E read in conjunction with Articles 31 and 17).

**First part: the alleged violation of the right to housing**

**Article 31 – The right to housing**

Part I: Everyone has the right to housing.

Part II: With a view to ensuring the effective exercise of the right to housing, the Parties undertake to take measures designed:

- 1 to promote access to housing of an adequate standard;
- 2 to prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination;
- 3 to make the price of housing accessible to those without adequate resources.

40. The Committee observes that DCI does not specify whether Article 31 in its entirety is specifically invoked in the present complaint. On the basis of the content of the submissions, the Committee considers that the alleged violations invoked by DCI, i.e. the denial of adequate housing as well as that of shelter to children unlawfully present in the Netherlands relate to Article 31par.1 and Article 31par.2 respectively.

#### **I. On the alleged violation of Article 31par.1 for denial of access to housing of an adequate standard to children unlawfully present in the Netherlands**

##### ***As to the applicability of Article 31par.1 to children unlawfully present in the Netherlands***

41. Like the European Court of Human Rights ("the Court"), the Committee acknowledges that States have the right under international law to control the entry, residence and expulsion of aliens from their territories (see *mutatis mutandis* European Court of Human Rights, Moustaqim v. Belgium, judgment of 18 February 1991, Series A no. 193, p. 19, par. 43 and European Court of Human Rights, Beldjoudi v. France, judgment of 26 March 1992, Series A no. 234-A, p. 27, par. 74). The Netherlands is thus justified in treating children lawfully residing and children unlawfully present in its territory differently.

42. Like the Court, the Committee however highlights that States' interest in foiling attempts to circumvent immigration rules must not deprive foreign minors, especially if unaccompanied, of the protection their status warrants. The protection of fundamental rights and the constraints imposed by a State's immigration policy must therefore be reconciled (see *mutatis mutandis* European Court of Human Rights, Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium, judgment of 12 October 2006 par. 81).

43. The Committee recalls that under Article 31par.1 (the right to adequate housing), it holds that temporary supply of shelter cannot be considered as adequate and individuals should be provided with adequate housing within a reasonable period of time (ERRC v. Italy, Complaint No. 27/2004, decision on the merits of 7 December 2005, par. 35 and ERRC v. Bulgaria, Complaint No. 31/2005, decision on the merits of 6 December 2006, par. 34). Adequate housing under Article 31par.1 means a dwelling which is safe from a sanitary and health point of view, i.e. it must possess all basic amenities, such as water, heating, waste disposal, sanitation facilities and electricity and must also be structurally secure, not overcrowded and with secure tenure supported by the law (see Conclusions 2003, Article 31par.1, France and FEANTSA v. France, Complaint 39/2006, decision on the merits, 5 December 2007, par. 76).

44. States' immigration policy objectives and their human rights obligations would not be reconciled if children, whatever their residence status, were denied basic care and their intolerable living conditions were ignored. As far as Article 31par.1 of the Revised Charter is concerned, the Committee acknowledges that the denial of adequate housing, which includes a legal guarantee of security of tenancy, to children unlawfully present on its territory, does not automatically entail a denial of the basic care needed to avoid persons living in intolerable conditions. Moreover, to require that a Party provide such lasting housing would run counter the State's aliens policy objective of encouraging persons unlawfully on its territory to return to their country of origin.

45. Accordingly the Committee concludes that children unlawfully present on the territory of a State Party do not come within the personal scope of Article 31par.1, which thus does not apply in the instant case.

#### **II. On the alleged violation of Article 31par.2 for failure to prevent or reduce homelessness by not providing shelter to children unlawfully present in the Netherlands as long as they are in the Netherlands' jurisdiction**

##### ***As to the applicability of Article 31par.2 to children unlawfully present in the Netherlands***

46. The Committee recalls that Article 31par.2 (prevention and reduction of homelessness) is specifically aimed at categories of vulnerable people. It obliges Parties to gradually reduce homelessness with a view to its elimination. Reducing homelessness implies the introduction of emergency and longer-term measures, such as the provision of immediate shelter and care for the homeless as well as measures to help such people overcome their difficulties and to prevent them from returning to a situation of homelessness (Conclusions 2003, Italy, Article 31 and FEANTSA v. France, Complaint 39/2006, decision on the merits, 5 December 2007, par. 103).

47. The Committee considers that the right to shelter is closely connected to the right to life and is crucial for the respect of every person's human dignity. The Committee observes that if all children are vulnerable, growing up in the streets leaves a child in a situation of outright helplessness. It therefore considers that children would adversely be affected by a denial of the right to shelter.

48. The Committee thus holds that children, whatever their residence status, come within the personal scope of Article 31par.2.

#### **A – Submissions of the parties**

##### **1. The complainant organisation**

49. DCI states that section 10 paragraph 1 of the Aliens Act 2000 which provides that an alien who is not lawfully resident in the Netherlands may not claim *inter alia* entitlement to benefits in kind entails that children without a legal residence status are excluded from the right to housing. This is confirmed by the fact that section 10 paragraph 2 of the Aliens Act 2000, may be derogated only if the entitlement relates to education, the provision of care that is medically necessary, the prevention of situations that would jeopardise public health or the provision of legal assistance to the alien.

50. DCI acknowledges that shelter up to twelve weeks is provided to children unlawfully present in the Netherlands if they cooperate with their return to their country of origin. However, DCI questions whether a minor may cooperate if the parent does not. Children whose parents do not cooperate are not eligible for this kind of shelter. DCI further is of the opinion that twelve weeks are usually not enough to return to one's country of origin. It states that children failing to leave within twelve weeks are removed from the shelter.

51. As to unlawfully present children and the possibility they may have of obtaining accommodation if they demonstrate that they are unable to leave the Netherlands through "no fault of their own", DCI considers this extremely difficult to demonstrate in practice, particularly for children. Moreover, while proof is being sought such children have no right to housing under Dutch law.

52. Finally, as to unaccompanied minors whose asylum requests fail, DCI argues that in practice it is very difficult to fulfil the requirements to obtain the special residence permit for them. DCI maintains that unaccompanied minors often end up in some sort of "twilight zone" between legality and illegality being guaranteed solely that they will not be deported until the age of 18 unless there is adequate accommodation and support in their country of origin.

53. Ultimately, DCI maintains that no governmental policy concerning aliens should result in children becoming homeless.

## 2. The respondent Government

54. The Government states that it has the exclusive right to determine who may or may not reside on the territory of the Netherlands. It further explains that the basic assumption underlying Dutch policy on aliens is that those who do not, or no longer, reside lawfully in the Netherlands, must leave the country, whether after the expiry of a set period or not. Responsibility for leaving the Netherlands rests primarily with the aliens themselves, who should do everything possible to fulfil that obligation. In this context, the linking of entitlements to residence status ("linkage principle") as set out in section 10 of the Aliens Act 2000 is intended to make it impossible for illegal aliens to prolong their unlawful residence.

55. The Government clarifies that unlawfully resident families with children may qualify for a stay of up to twelve weeks in a special centre where their freedom is restricted. The centre was originally intended for failed asylum seekers with children, to prevent them having to be held in detention. The centre has also become available for unlawfully resident families who cooperate with a view to their return to the country of origin.

56. The Government also highlights that illegal immigrants who are unable to leave the Netherlands through "no fault of their own" may qualify for a residence permit on such ground.

57. Finally, the Government also points out that unaccompanied minor aliens who applied for an asylum residence permit which was refused are provided with accommodation until they reach the age of 18. The residence permit may nevertheless be revoked before the age of 18 if adequate care and protection become available in their country of origin.

### B – Assessment of the Committee

58. The Committee notes that according to figures provided in the complaint and not contested by the Government, the number of children unlawfully present in the Netherlands – be they with their parents or unaccompanied – varies between 25.000 and 60.000. The Committee understands from the submissions during the proceedings that their unlawful presence may result from a failed asylum procedure, from a failed regular immigration procedure or pending the results of a regular immigration procedure.

59. The Aliens Act 2000, which entered into force in 2001, stipulates the conditions for foreign nationals to enter the Netherlands, the issue of residence permits and removal for both the asylum and non-asylum (immigration) categories. The Committee observes that the Act unequivocally links entitlement to benefits other than education, necessary medical care and legal aid, to residence status. Thus, children unlawfully present in the Netherlands are not, as a general rule, guaranteed a right to shelter. Exceptions exist where children cooperate with the authorities with regard to their return to their country of origin and under other specific circumstances. However, the Committee notes that there is no legal requirement to provide shelter to children unlawfully present in the Netherlands for as long as they are in its jurisdiction. Moreover, according to section 43 of the Aliens Act 2000, after the expiry of the time limit fixed in the Act on the Central Reception Organisation for the Asylum-Seekers or another statutory provision that regulates benefits in kind, the aliens supervision officers are authorised to compel the vacation of property in order to terminate the accommodation or the stay in the residential premises provided as a benefit in kind.

60. Additionally, the Committee notes from observations and recommendations of July 2003 by the United Nations High Commissioner for Refugees ("UNHCR") on the implementation of the Aliens Act 2000, that after its entry into force more than 60% of all asylum applications were rejected in the accelerated procedures according to figures provided by the Ministry of Justice (TK 2002-2003, 19 637, no 731). UNHCR highlights that material support is terminated immediately following a negative first instance decision in accelerated procedures. Such material support includes shelter.

61. The Committee reiterates that Article 31par.2 of the Revised Charter is directed at the prevention of homelessness with its adverse consequences on individuals' personal security and well being (Conclusions 2005, Norway, Article 31 and ERRC v. Italy, Complaint 27/2004, decision on the merits of 7 December 2005, par. 18). Where the vulnerable category of persons concerned are children unlawfully present in the territory of a State as in the instant case, preventing homelessness requires States to provide shelter as long as the children are in its jurisdiction. Furthermore, the Committee is of the view that alternatives to detention should be sought in order to respect the best interests of the child.

62. As to living conditions in a shelter, under Article 31par.2 the Committee holds that they should be such as to enable living in keeping with human dignity (FEANTSA v. France, Complaint No 39/2006, decision on the merits of 5 December 2007, par.par. 108-109). In this regard the Committee refers to the Recommendation of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe on the implementation of the right to housing (June 2009) where he claims that "the starting point to reduce homelessness should be (...) to guarantee that all people, regardless of circumstance, are able to benefit from housing that corresponds with human dignity, the minimum being temporary shelter. The requirement of dignity in housing means that even temporary shelters must fulfil the demands for safety, health and hygiene, including basic amenities, i.e. clean water, sufficient lighting and heating. The basic requirements of temporary housing include also security of the immediate surroundings. Nevertheless, temporary housing need not be subject to the same requirements of privacy, family life and suitability as are required from more permanent forms of standard housing, once the minimum requirements are met. The housing of people in reception camps and temporary shelters which do not satisfy the standards of human dignity is in violation of the aforementioned requirements."

63. Finally, the Committee recalls that under Article 31par.2 States Parties must make sure that evictions are justified and are carried out in conditions that respect the dignity of the persons concerned, and must make alternative accommodation available (see Conclusions 2003, France, Italy, Slovenia and Sweden, Article 31par.2, as well as ERRC v. Italy, Complaint No 27/2004, decision on the merits of 7 December 2005, par. 41, ERRC v. Bulgaria, Complaint No. 31/2005, decision on the merits of 18 October 2006, par. 52, ATD v. France, Complaint 33/2006, decision on the merits of 5 December 2007, par. 77 and FEANTSA v. France, Complaint No 39/2006, decision on the merits of 5 December 2007, par. 81). Accordingly, the Committee holds that, since in the case of unlawfully present persons no alternative accommodation may be required by States, eviction from shelter should be banned as it would place the persons concerned, particularly children, in a situation of extreme helplessness which is contrary to the respect for their human dignity.

64. On the basis of the above, the Committee concludes that States Parties are required, under Article 31par.2 of the Revised Charter, to provide adequate shelter to children unlawfully present in their territory for as long as they are in their jurisdiction. Any other solution would run counter to the respect for their human dignity and would not take due account of the particularly vulnerable situation of children.

65. As this is not the case, the Committee holds that the situation in the Netherlands constitutes a violation of Article 31par.2.

### **Second part: on the alleged violation of Article 17 for failure to take all appropriate and necessary measures designed to provide protection and special aid from the state to children unlawfully present in the Netherlands by denying them entitlement to shelter**

#### **Article 17 – The right of children and young persons to social, legal and economic protection**

Part I: Children and young persons have the right to appropriate social, legal and economic protection.

Part II: With a view to ensuring the effective exercise of the right of children and young persons to grow up in an environment which encourages the full

development of their personality and of their physical and mental capacities, the Parties undertake, either directly or in co-operation with public and private organisations, to take all appropriate and necessary measures designed:

1c) to provide protection and special aid from the state for children and young persons temporarily or definitively deprived of their family's support; (...)

### **As to the applicability of Article 17 to children unlawfully present in the Netherlands**

66. In the light of the preliminary remarks made above concerning the rights of the child under the Revised Charter and bearing in mind its decision in FIDH v France (Complaint No. 14/2003, decision on the merits of 6 September 2004, par. 30 and par. 32), the Committee holds that children, whatever their residence status, come within the personal scope of Article 17 of the Revised Charter.

### **A – Submissions of the parties**

#### **1. The complainant organisation**

67. DCI states that when parents, who have primary responsibility for their children, cannot, because of their residence status, provide them with minimum care (nutrition, clothing, housing), States must provide the necessary protection. DCI argues that Dutch legislation and practice denies children unlawfully present in the Netherlands this minimum care as concerns housing.

#### **2. The respondent Government**

68. The Government understands the complaint to allege a violation of the right to housing for unlawfully resident children. Hence, it does not put forward any new argument under Article 17.

### **B – Assessment of the Committee**

69. The Committee observes that DCI invokes Article 17 generally. However, in the light of the preliminary remarks made above on the scope *ratione materiae* of the complaint, the Committee considers that the main allegations raised by DCI relate to Article 17par.1.c.

70. Article 17par.1.c requires that States take the appropriate and necessary measures to provide the requisite protection and special aid to children temporarily or definitively deprived of their family's support. The Committee observes that as long as their unlawful presence in the Netherlands persists, the children at stake in the instant case, are deprived of their family's support in that by law (see section 10 of the Aliens Act) they may not claim entitlement to the benefits or facilities which would *inter alia* secure them shelter.

71. In this respect, the Committee holds that the obligations related to the provision of shelter under Article 17par.1.c are identical in substance with those related to the provision of shelter under Article 31par.2. Insofar as the Committee has found a violation under Article 31par.2 on the ground that shelter is not provided to children unlawfully present in the Netherlands for as long as they are in its jurisdiction, the Committee also finds a violation of Article 17par.1.c of the Revised Charter on the same ground.

### **Third part: on the alleged violation of Article E in conjunction with Articles 31 and 17**

#### **Article E – Non-discrimination**

"The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status."

#### **As to the applicability of Article E to paragraph 1 of the Appendix**

72. The Committee holds that the prohibition of discrimination, which is enshrined in Article E of the Revised Charter, establishes an obligation to ensure that any individual or group, who falls within the scope *ratione personae* of the Revised Charter, equally enjoy the rights of the Revised Charter.

73. As the Court has repeatedly stressed when interpreting Article 14 of the Convention, the Committee has held that the principle of equality, which is reflected in the prohibition of discrimination, means treating equals equally and unequals unequally (Autism-Europe v. France, Complaint No. 13/2002, decision on the merits of 4 November 2003, par. 52). Thus, as acknowledged above, States Parties may treat persons lawfully or unlawfully present on their territories differently. However, in so doing, human dignity, which is a recognised fundamental value at the core of positive European human rights law, must be respected.

74. The Committee observes that the question, as submitted by the complainant organisation in the instant case, does not concern equality of treatment of children unlawfully present in the Netherlands compared to children lawfully resident. The question is instead whether such a category of persons may claim entitlement to rights under the Charter and under what conditions. Article E of the Revised Charter does not serve this purpose.

75. For these reasons, the Committee considers that Article E is not applicable in the instant case.

### **Conclusion**

77. For these reasons the Committee concludes

- unanimously that Article 31par.1 is not applicable in the instant case;
- unanimously that there is violation of Article 31par.2;
- unanimously that there is violation of Article 17par.1.c;
- unanimously that Article E is not applicable in the instant case.

### **» Noot**

1. De zaak van *DCI t. Nederland* heeft heel wat stof doen opwaaien. Het komt niet vaak voor dat een uitspraak van een internationale mensenrechtentoezichthouder de krant haalt (*Volkskrant*, 15 maart 2010; *Telegraaf*, 15 maart 2010; zie ook *Binnenlands Bestuur* 2010, afl. 9, p. 19), bij NOVA besproken wordt (25 maart 2010) en Kamervragen oplevert (Vraagnummers 2010Z04633 (PvdA), 2010Z04733 (VVD), 2010Z04729 (GroenLinks)). Blijkbaar is er dus iets bijzonders aan de hand. Het is in ieder geval de eerste klacht tegen Nederland waarover het ECSR een beslissing geeft. Belangrijker is echter dat het ECSR een opmerkelijke uitspraak heeft gedaan, in de zin van de interpretatie en toepassing van het ESH. Deze uitspraak is bovendien relevant in de discussie over de al dan niet directe werking van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde.

2. Het ESH kent sinds 1998 een collectieve klachtenprocedure, die geïnspireerd is door de procedures voor het Comité voor de Vrijheid van Vergadering van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO). Deze procedure, vastgelegd in een optioneel protocol, is in verschillende opzichten uniek. Zo is het geen individuele klachtenprocedure, zoals die voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) of het VN Mensenrechtencomité. Onder de ESH-procedure kunnen

alleen organisaties en vakbonden, dus geen individuen en zelfs geen groepen van individuen, een klacht indienen. De organisaties die een klacht mogen indienen zijn bijvoorbeeld nationale en internationale werknemers en werkgeversorganisaties en internationale ngo's, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen (art. 3 en 4 Protocol) en erkend zijn door de Raad van Europa (art. 1 Protocol). Nationale ngo's kunnen ook een klachtrecht hebben, mits deze door het land zelf, middels een verklaring, erkend zijn (art. 2 Protocol).

3. De klacht die wordt ingediend heeft dus geen individueel, maar een collectief karakter. Het gaat meestal om wetgeving en beleid op nationaal niveau die in strijd zouden zijn met het ESH. Opvallend is dat het Protocol in dit verband spreekt van 'unsatisfactory application' in plaats van het gebruikelijke 'breach', 'non-compliance' of 'violation'. Deze verzachtende taal is met opzet gekozen, om het verschil aan te duiden in karakter tussen de economische en sociale rechten in het ESH en de burgerrechten en politieke rechten in het EVRM. Deze terminologie wordt ook door de ILO gebruikt. Zij geeft weer dat de meeste economische en sociale rechten een meer programmatisch karakter hebben, dat niet altijd kan worden omschreven in termen van 'schendingen'. Het ECSR gebruikt echter bij de behandeling van de statenrapporten en van klachten ook wel de term 'breach', 'non-compliance' of 'violation' (zie onderhavige uitspraak, par. 65 en 71 en *FIDH t. Griekenland*, nr. 7/2000; *ERRC t. Griekenland*, nr. 15/2003, par. 42; en *CFE CGC t. Frankrijk*, nr. 16/2003, par. 41 en 53).

4. De collectieve klachtenprocedure kent voorts diverse verschillen met het EVRM wat betreft de criteria voor ontvankelijkheid. Zo is er geen tijdslimiet voor het indienen van een klacht en mag dezelfde klacht bij een ander internationaal orgaan, bijvoorbeeld de ILO, al zijn behandeld. Daarnaast hoeven geen nationale rechtsmiddelen te worden uitgeput, ook niet als deze wel aanwezig zijn (*ERRC t. Bulgarije*, nr. 31/2005, ontvankelijkheidsbeslissing 10 oktober 2005, par. 10). Ook hier speelt het karakter van economische, sociale en culturele rechten een rol. Veel van deze rechten zijn niet als zodanig opgenomen in nationale wetgeving en/of hebben geen rechtstreekse werking. Bovendien hebben de organisaties die bij het ECSR kunnen klagen vaak geen *locus standi* op nationaal niveau. Ten slotte wordt een klacht in de ontvankelijkheidsfase niet afgewezen omdat zij 'manifestly ill founded' zou zijn. Het ECSR vindt dit behoren tot de inhoudelijke of 'merits'-fase (zie bijvoorbeeld *EFEPS t. Italië*, nr. 4/1999, ontvankelijkheidsbeslissing 10 februari 2000, par.12).

5. Na inhoudelijke behandeling en beoordeling van de klacht stelt het ECSR een rapport op met conclusies en stuurt het dit door naar het Comité van Ministers (art. 8 Protocol). Het ECSR is een quasirechterlijk orgaan: zijn conclusies zijn niet bindend. Het Comité van Ministers kan vervolgens een resolutie aannemen waarin het kennis neemt van de conclusies van het ECSR en eventueel aanbevelingen doet aan de betrokken staat. Volgens art. 9, eerste lid, is het Comité verplicht een resolutie bij meerderheid aan te nemen. Als het ECSR concludeert dat er sprake is van een 'unsatisfactory application' van het ESH, dan is het Comité verplicht, met twee derde meerderheid, een 'recommendation' (aanbeveling) te doen. In de praktijk neemt het Comité regelmatig resoluties aan maar heeft het slechts één keer, bij een zaak waar het ECSR een schending had gevonden, ook een concrete 'recommendation' aangenomen (Recommendation RecChs(2001)1 van 30 januari 2001 betreffende *Syndicat national des Professions du tourisme t. Frankrijk*, nr. 6/1999).

6. De zaak van DCI is in meerdere opzichten verwant aan de zaak *FIDH t. Frankrijk* (nr. 14/2003, par. 26-32). In deze zaak ging het om gezondheidszorg voor illegalen. De belangrijkste kwestie in de *DCI*-zaak, die ook aan de orde kwam in de *FIDH*-zaak, was de vraag of bepalingen van het ESH van toepassing zijn op buitenlandse kinderen, ook als zij onwettig in Nederland verblijven. Het gaat hierbij om de interpretatie van par. 1 van de Bijlage. Deze paragraaf stelt: "... onder de in artikelen 1 tot en met 17 en 20 tot en met 31 bedoelde personen [zijn] slechts die vreemdelingen begrepen die onderdaan zijn van andere Partijen en legaal verblijven of rechtmatig werkzaam zijn op het grondgebied van de betrokken Partij ...". Nederland stelde voor het ECSR dat deze bepaling naar de letter moet worden geïnterpreteerd, aangezien de bewoordingen duidelijk zijn. Nederland benadrukte dat deze bepaling zo moest worden opgevat dat illegale vreemdelingen niet binnen de werkingsfeer van het herziene ESH vielen (par. 30).

7. In de *FIDH*-zaak kwam het ECSR tot de conclusie dat bepalingen van het ESH ook van toepassing kunnen zijn op personen die onwettig verblijven op het territorium van een lidstaat (*FIDH t. Frankrijk*, nr. 14/2003, par. 32). Nederland stelde echter dat deze uitspraak geen algemene strekking kon hebben. Het Comité van Ministers had deze interpretatie namelijk niet overgenomen in de resolutie (Resolution RESCHS(2005)6 van 4 mei 2005) waarin deze zaak slechts ter kennisgeving werd aangenomen en waarin geen relevante aanbevelingen werden gedaan aan Frankrijk (par. 20). Het ECSR verwierp deze redenering en was duidelijk over zijn eigen positie ten opzichte van het Comité van Ministers. Volgens het ECSR stelt het Protocol voor collectieve klachten dat alleen het ECSR bevoegd is om te bepalen of een situatie in overeenstemming is met het ESH. Het ECSR benadrukte dat het Comité van Ministers deze juridische beoordeling door het ECSR niet in twijfel mag trekken of weerleggen; het kan alleen *additioneel* aanbevelingen doen aan de betrokken staat (par. 21).

8. Het ECSR stelt vervolgens nog eens krachtig dat zijn besluit in de *FIDH*-zaak de huidige interpretatie van het ESH is. Dit is interessant, gezien het feit dat de uitspraken van het ECSR gebaseerd op deze interpretatie formeel niet bindend zijn. Deze uitspraken hebben niet dezelfde rechtskracht als uitspraken van het EHRM. Binnen het EVRM is het gebruikelijk dat de jurisprudentie een integraal onderdeel uitmaakt van het verdrag en dat daarmee de interpretatie van de verdragsbepalingen door het EHRM bindend zijn. In het geval van het ESH neemt het ECSR beslissingen ('decisions' of 'conclusions'), maar die zijn niet juridisch bindend.

9. De interpretatie door het ECSR van de bepalingen van het herziene ESH is echter wel bindend. Dit stelt het ECSR in de uitspraak (par. 21) en is in overeenstemming met het Protocol, met name artikelen 8 en 9, en de 'Explanatory report to the Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints' onder par. 46 waarin staat dat "... the Committee of Ministers cannot reverse the legal assessment made by the Committee of Independent Experts". Daarnaast is interessant dat het EHRM rekening houdt met de interpretatie van het ESH door de ECSR. In verschillende zaken heeft het EHRM het belang van de besluiten van het ECSR onderstreept (*Tüm Haber Sen and Çinar t. Turkije*, EHRM 21 februari 2006, par. 39; *Demir en Baykara t. Turkije*, EHRM 12 november 2008, *EHRC* 2009/4 m.nt. Dorsssemont en Gerards, par. 149).

10. Een andere interessante link met het EHRM betreft de verdragsinterpretatie door het ECSR. Het ECSR hanteert, net als het EHRM, de 'living instrument'-doctrine (par. 27 en 34). De 'living instrument'-doctrine zoals ontwikkeld door het EHRM, betekent dat het EVRM geen statisch document is, maar als het ware met zijn tijd moet meegaan (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 April 1978, par. 31). Dat betekent dat de bepalingen moeten worden uitgelegd in het licht van de huidige omstandigheden. Het EHRM ontwikkelde deze doctrine om in staat te zijn bepalingen van het EVRM, bijvoorbeeld over familielevens, te kunnen interpreteren zonder gehinderd te worden door de opvattingen van de staten ten tijde van het sluiten van het verdrag. Het is opvallend dat het ECSR deze doctrine ook gebruikt. Uiteraard is het ECSR niet gebonden aan de stand van het recht zoals dat was ten tijde van de herziening van het ESH. Echter, in tegenstelling tot het EHRM, is het herziene ESH uit 1996 geen 'oud' verdrag en is het ECSR pas sinds 1998 met deze klachtenprocedure bezig.

11. Daarnaast hanteert het ECSR de verwante doctrine van de praktische en effectieve werking die het verdrag moet hebben. Dat betekent dat de bepalingen niet alleen een theoretische bescherming moeten bieden, maar ook een praktische en effectieve (par. 27). Ook deze doctrine is gangbaar bij het EHRM (zie bijvoorbeeld *Belgische Taalzaken*, EHRM 23 juli 1968, par. 3-4 *in fine*; *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1975, par. 35 *in fine*; *Airey t. Ierland*, EHRM 9 oktober 1979, par. 24). Het gebruik van deze doctrine in het geval van het ESH is begrijpelijk, aangezien ook deze bepalingen effectieve bescherming moeten bieden, niet alleen theoretische.



12. Opvallend is voorts dat het ECSR stelt dat, gezien de toepassing van 'living instrument' en effectieve bescherming, het de bepalingen van het ESH mag interpreteren in het licht van andere, vergelijkbare, internationale verdragen (par. 27). Het is niet ongebruikelijk dat toezichthoudende organen zich laten inspireren door andere internationale verdragen, maar dan gaat het, zeker in het kader van de 'living instrument'-doctrine, meestal om verdragen die later zijn aanvaard dan het oorspronkelijke verdrag en die een bepaalde consensus over rechtsontwikkeling weerspiegelen. In deze zaak vormde de samenhang tussen het herziene ESH uit 1996 en het VN Kinderrechtenverdrag uit 1989, waarbij Nederland sinds 1995 partij is, een centraal onderdeel van de interpretatie van de bepalingen van het ESH. Dat is begrijpelijk in het kader van de effectieve bescherming, maar opmerkelijk in het kader van de 'living instrument' doctrine.

13. In deze zaak speelde het VN Kinderrechtenverdrag, met name het principe van 'best interest of the child' (belang van het kind), een doorslaggevende rol. Nederland was van mening dat het ECSR zijn bevoegdheid te buiten zou gaan als het een ander verdrag dan het ESH zou gebruiken en interpreteren bij de invulling van het ESH (par. 24). Nederland stelde in dit verband bovendien dat, als het ECSR de ratificatie van het Kinderrechtenverdrag al van belang zou vinden, het ook zou moeten meewegen dat Nederland andere verdragen, zoals het VN Verdrag inzake de Rechten van Migrerende Werknemers, *niet* had geratificeerd (Observations of the government on the merits, par. 18).

14. Het ECSR stelt echter de eenheid en samenhang van de internationale mensenrechtenverdragen voorop. Het stelt in het bijzonder dat de rechten in het ESH over kinderen nauw aansluiten bij die van het VN Kinderrechtenverdrag (par. 26). Het Kinderrechtenverdrag is bovendien één van de meest geratificeerde verdragen. Het ECSR vindt dan ook dat het bevoegd is om dit verdrag, en de interpretatie door het toezichthoudend Comité voor de Rechten van het Kind, in ogenschouw te nemen (par. 28). Het ECSR spreekt hier niet van een eigen interpretatie van het Kinderrechtenverdrag, dat het terecht overlaat aan het daarvoor ingestelde Comité, maar voelt zich bij de interpretatie van bepalingen uit het ESH die gaan over kinderen, wel gebonden aan het 'belang van het kind'-beginsel, dat in art. 3 van het Kinderrechtenverdrag is opgenomen. Opvallend is dat het ECSR zich *gebonden* voelt aan dit beginsel en hierbij een 'General Comment' van het Comité voor de Rechten van het Kind aanhaalt, dat stelt dat alle wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende instanties dit beginsel moeten toepassen (par. 29). Dit lijkt te verwijzen naar instanties op nationaal niveau, maar blijkbaar voelt het ECSR zich hier ook door aangesproken.

15. Bij de concrete interpretatie van par. 1 van de Bijlage legt het ECSR de nadruk op doel en voorwerp van het verdrag (par. 34). Het gaat weliswaar uit van de tekst, maar stelt een interpretatie te zoeken die het beste past om doel en voorwerp van het verdrag te realiseren. Deze interpretatie is in overeenstemming met het Weens Verdragenverdrag, waar in art. 31 is vastgelegd dat een verdrag moet worden uitgelegd overeenkomstig de 'gewone betekenis' van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag (art. 31, eerste lid). Naast de tekst mag worden gekeken naar andere normen en standaarden van het internationaal recht die van toepassing zijn tussen partijen (art. 31, derde lid, onder c; zie ook par. 35). Het is echter opvallend dat het ECSR het doel van het verdrag zo nadrukkelijk naar voren brengt in zijn interpretatie van de werkingssfeer. De objectieve lezer zal, net als Nederland, betogen dat de letterlijke tekst van de bepaling niet ambigu is. Er staat duidelijk 'vreemdelingen die onderdaan zijn van andere partijen', dus landen van de Raad van Europa voor wie het ESH in werking is getreden, en 'legaal verblijven of rechtmatig werkzaam zijn'. Deze Bijlage is niet voor niets toegevoegd en maakt duidelijk dat niet-legaal verblijvende personen, zeker die van buiten de Raad van Europa, hier niet onder vallen. Dit kan vanuit een perspectief van mensenrechten misschien teleurstellend of onbevredigend zijn, maar het staat er wel. Kijken naar de context, doel en voorwerp van een verdrag is op zichzelf mogelijk, maar daarmee wordt geen vrijbrief gegeven tot een interpretatie die strijdig is met de gewone betekenis van de tekst.

16. De benadering dat mensenrechten voor alle personen op het territorium gelden is niet helemaal nieuw. Zo heeft het VN Mensenrechtencomité de werkingssfeer van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) als volgt bepaald: "... the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party" (General Comment 31, par. 10). Vraag is of de vergelijkbare ruime werkingssfeer ook geldt voor economische, sociale en culturele rechten, aangezien dit vaak niet-rechtstreeks werkende bepalingen zijn en deze rechten vaak betrekking hebben op zaken van overheidsbeleid. Het feit dat, anders dan bijvoorbeeld het IVBPR, zo expliciet in het herziene ESH is opgenomen dat het niet geldt voor illegalen, geeft aan dat staten er belang aan hechten om dit te benadrukken. Met de uitspraak van het ECSR is de werkingssfeer van sommige bepalingen van het ESH aanzienlijk uitgebreid.

17. Het ECSR heeft in de zaak per bepaling bekeken of deze van toepassing is op illegale kinderen. Zo stelt het dat art. 31, eerste lid, recht op toegang tot huisvesting, niet van toepassing is op illegale kinderen (par. 44 en 45). Het stelt echter dat illegale kinderen wel binnen de werkingssfeer van art. 31, tweede lid, vallen, waarin is vastgelegd dat de staat maatregelen moet nemen om dakloosheid te voorkomen en beperken (par. 48). Volgens het ECSR betekent dit dat staten ook onderdak moeten bieden aan kinderen die illegaal binnen hun jurisdictie zijn, aangezien het anders in strijd zou zijn met hun menselijke waardigheid en gezien de bijzondere kwetsbare positie van kinderen (par. 64).

18. Deze uitkomst van de zaak is vanuit het standpunt van de bescherming van kinderen uiteraard toe te juichen. Dat kinderen kwetsbaar zijn en dat onderdak van belang is voor hun menselijke waardigheid is evident. Kinderen, ook illegale kinderen, horen dan ook niet op straat, zeker niet in een welvarend land als Nederland. In dat opzicht is de uitspraak van het ECSR van groot belang en is het dus erg teleurstellend dat de minister van Justitie volgens de beantwoording van de Kamervragen niet van plan is het beleid aan te passen (*Kamerstukken II*, 159858). De uitspraak heeft echter al direct invloed gehad op de Nederlandse rechtspraak. Zo heeft de Voorzieningenrechter te Utrecht het besluit van het ECSR in de *DCI*-zaak direct aangehaald in zijn beoordeling. Ook al had het besluit volgens de rechter geen "volkenrechtelijke binding", is het toch een "... gezaghebbende uitspraak, inhoudende de interpretatie van een algemeen geformuleerde verdragsbepaling in een concrete situatie" en moet met een dergelijke uitspraak volgens de rechter rekening worden gehouden (Rechtbank Utrecht, Voorzieningenrechter Sector Bestuursrecht, 6 april 2010, SBR 10/867 WMO, LJN BM0846, par. 2.13-2.14). Hierbij verwees de rechter ook naar een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 8 februari 2010, waarin de CRvB met het oordeel "aansloot bij inzichten van het ECSR" (CRvB, 8 februari 2010, LJN BN1093, par. 9.4.10).

19. Een meer algemene vraag is of een dergelijk vergaande uitspraak van het ECSR schade toebrengt aan de acceptatie door staten van het ESH en de klachtenprocedure. Op dit moment hebben slechts 14 staten het protocol voor collectieve klachten geratificeerd. Het is voorstelbaar dat na deze ruime uitleg staten minder geneigd zijn deze procedure te aanvaarden. Dat zou ook gevolgen kunnen hebben voor de ratificatie van andere verdragen en internationale klachtenprocedures voor economische, sociale en culturele rechten, bijvoorbeeld het Optionele Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. Het VN Verdrag inzake Migrerende Werknemers is nog door geen enkel land uit de EU geratificeerd. Ook dit verdrag bevat bepalingen over de werkingssfeer, die in beginsel illegalen uitsluit van diverse voorzieningen. Wellicht dat staten nu vrezen dat ook bij dit verdrag hun oorspronkelijke bedoelingen genegeerd worden.

20. Interessant is in dit verband te noemen dat staten een individueel klachtrecht bij het ESH hebben verworpen, omdat deze rechten zich niet zouden lenen voor individuele afdwingbaarheid. Voordeel voor staten van een individuele procedure is dat de zaken kunnen worden gezien als individueel, in de context van

het individuele geval. De collectieve procedure gaat daarentegen over wetgeving en beleid met een collectieve dimensie. Uitspraken zoals deze hebben dan ook direct uitstraling naar groepen mensen.

21. Uit het oogpunt van mensenrechtenbescherming kan de werkingssfeer van dergelijke verdragen misschien niet ruim genoeg zijn. Maar het internationale recht is nou eenmaal niet bedoeld voor 'wishful thinking'. Dan moeten staten ofwel het verdrag aanpassen, of op nationaal niveau maatregelen nemen die verdergaande bescherming bieden aan kwetsbare groepen. Waar het kinderen betreft zou de Nederlandse overheid, met of zonder deze uitspraak, dit uiteraard moeten doen.

Y. Donders en R. Brouwer, Dr. Y.M. Donders is Directeur van het Amsterdam Center for International Law (ACIL) en Universitair Hoofddocent Internationaal Recht aan de Universiteit van Amsterdam; R.L. Brouwer LL.B is Akademie-assistent bij het Amsterdam Center for International Law (ACIL) en Masterstudent Public International Law aan de Universiteit van Amsterdam.