

21 september 2012

Eerste Kamer

11/01153

DV/EE

In naam der Koningin

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DE STAAT DER NEDERLANDEN,
zetelende te 's-Gravenhage,
EISER tot cassatie,

advocaten: mr. M.W. Scheltema en
mr. M.M. van Asperen,

t e g e n

I. [REDACTED],
voor zich en in haar hoedanigheid van
wettelijk vertegenwoordigster van de
minderjarigen M. [REDACTED], R. [REDACTED] en R. [REDACTED],
[REDACTED],

ten tijde van het uitbrengen van
de cassatiedagvaarding verblijvende
te Ter Apel, gemeente Vlagtwedde,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. G.R. den Dekker.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en de moeder.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 363137/KG ZA 10-426 van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 15 april 2010;
- b. de arresten in de zaak 200.063.511/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 27 juli 2010 en 11 januari 2011.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De moeder heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van de moeder heeft bij brief van 16 mei 2012 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De moeder is afkomstig uit Angola. Zij is op 3 oktober 2001 aangekomen in Nederland met haar partner [REDACTED], eveneens afkomstig uit Angola, en met hun kind M [REDACTED], geboren in 1999. De moeder heeft in Nederland twee kinderen gekregen: R [REDACTED], geboren in 2002, en R [REDACTED], geboren in 2008.

(ii) De moeder heeft in oktober 2001 (voor zichzelf en voor M [REDACTED]) een aanvraag om toelating als vluchteling ingediend. Deze aanvraag is afgewezen bij beschikking van 25 juni 2002. Het hiertegen ingestelde beroep en hoger beroep hebben niet tot een andere beslissing geleid.

(iii) Op 27 november 2006 is de moeder in vreemdelingenbewaring gesteld met als doel haar feitelijke uitzetting te realiseren. Van haar werd verlangd een aanvraag voor een 'laissez-passer' en een nationaliteitsverklaring in te vullen. De moeder weigerde iedere medewerking. Nadat de moeder opnieuw een

verblijfsvergunning had aangevraagd (op medische gronden) is de vreemdelingenbewaring met ingang van 26 februari 2007 opgeheven. De nieuwe aanvraag is afgewezen.

(iv) In februari 2009 heeft de moeder wederom een asielaanvraag ingediend op grond van nieuwe feiten en omstandigheden. Deze aanvraag is afgewezen bij beschikking van 16 februari 2009. Het hiertegen ingestelde beroep en hoger beroep hebben niet tot een andere beslissing geleid.

(v) Op 16 februari 2009 is aan de moeder op grond van art. 56 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) de maatregel van beperking van de bewegingsvrijheid opgelegd. De moeder en de kinderen zijn in het kader van deze maatregel opgenomen in de vrijheidsbeperkende locatie Ter Apel, waar hun beperkte faciliteiten werden aangeboden.

(vi) In Ter Apel zijn met de moeder in totaal zeven terugkeergesprekken gevoerd. Daarbij is de moeder gewezen op haar verplichting Nederland te verlaten en aan haar vertrek mee te werken. Ook is de moeder gewezen op de haar ten dienste staande faciliteiten, waaronder financiële steun bij vrijwillige terugkeer, en de negatieve gevolgen van het weigeren van medewerking. De moeder heeft steeds geweigerd mee te werken aan een

terugkeer naar Angola. In een presentatie met de viceconsul van Angola op 24 april 2009 heeft de moeder te kennen gegeven niet te willen praten. Angola heeft de afgifte van een laissez-passer vervolgens geweigerd.

(vii) Tijdens het zesde terugkeergesprek is de moeder erop gewezen dat de opvang van haar en haar kinderen binnenkort zou worden beëindigd aangezien zij niet meewerkte aan vertrek uit Nederland en evenmin medewerking verleende aan het verkrijgen van een laissez-passer. Tijdens het laatste terugkeergesprek heeft de moeder verklaard dat zij niets heeft ondernomen om haar terugkeer te realiseren en dat zij niet bereid is naar Angola terug te keren. De moeder is daarop meegedeeld dat het verblijf in Ter Apel per 1 april 2010 zou worden beëindigd.

3.2.1 De moeder vordert in dit kort geding, voor zover in cassatie van belang, zowel voor zichzelf als handelende namens haar drie kinderen, de Staat te verbieden haar en haar kinderen uit de opvang te verwijderen en de Staat te bevelen haar en haar kinderen op de huidige voet onderdak en leefgeld te blijven verstrekken zolang zij onder de rechtsmacht van de Staat vallen en niet op een andere aanvaardbare wijze in hun opvang is voorzien. Zij legt

daaraan ten grondslag dat de Staat onrechtmatig handelt door het verblijf en daarmee de opvang in de vrijheidsbeperkende locatie te beëindigen, nu zij bij gebreke van een alternatief voor deze opvang met haar kinderen op straat zal komen te staan, en beroept zich daartoe onder meer op art. 17 en 31 van het Europees Sociaal Handvest (ESH), een beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) van 20 oktober 2009 (Defence for Children International/the Netherlands, no. 47/2008, LJN BM3650), art. 3 en 8 EVRM en art. 3, 27 en 37 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK).

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen. Naar diens oordeel kunnen de moeder en de kinderen noch aan het ESH, noch aan het EVRM of het IVRK steun voor hun standpunt ontleen. De moeder is de eerstverantwoordelijke voor de zorg van de kinderen en dient in het belang van haar kinderen mee te werken aan terugkeer naar Angola. (rov. 3.4-3.6).

3.2.3 Het hof heeft dit vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de Staat verboden om de moeder en de kinderen uit de opvang in de vrijheidsbeperkende locatie

Ter Apel te verwijderen en de Staat bevelen om de moeder en de kinderen op de huidige voet onderdak en leefgeld te blijven verstrekken zolang de kinderen minderjarig zijn, zij zich op het grondgebied van de Staat bevinden en onder diens rechtsmacht vallen en zolang niet op andere wijze in gelijkwaardige opvang zal zijn voorzien. Daartoe heeft het hof onder meer het volgende overwogen.

In zijn tussenarrest oordeelde het hof dat de Staat in beginsel niet onrechtmatig handelt door de moeder op straat te zetten. De gevolgen van het weigeren van medewerking aan terugkeer komen voor haar rekening. (rov. 3.3). Het op straat zetten van de kinderen 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, is in de gegeven omstandigheden echter wel onrechtmatig. Op de Staat rust, mede ingevolge de in art. 17 en 31 ESH, art. 3 en 8 EVRM en art. 2, 3, 27 en 37 IVRK opgenomen bepalingen, de rechtsplicht om, indien ouders hun verantwoordelijkheid niet of onvoldoende nemen, de rechten en belangen van kinderen die zich op zijn grondgebied bevinden te beschermen en te borgen en daartoe desnoods juridische of feitelijke maatregelen te nemen. Het hof achtte van belang dat de

weigering van de moeder mee te werken aan de terugkeer naar Angola de kinderen niet kan worden toe- of aangerekend, dat de kinderen zeer jong zijn en voor hun verzorging en opvoeding geheel van volwassenen afhankelijk, en dat zij in zekere mate in Nederland zijn geworteld. Voorts dat in geval van bekrachtiging van het vonnis (houdende afwijzing van de vorderingen) de moeder en de kinderen zich verder zelf moeten zien te redden; het gezin zal niet meer worden gevolgd en ook de Raad voor de Kinderbescherming zal niet worden gewaarschuwd. Niet is gebleken dat een andere instelling de behartiging van de belangen van de kinderen op zich zal nemen indien zij door de Staat uit de opvang Ter Apel worden verwijderd. Het hof oordeelde dat de Staat de kinderen dan ook slechts uit de opvang Ter Apel zal mogen verwijderen wanneer op andere wijze adequaat in hun dagelijkse verzorging, huisvesting, medische zorg en scholing is voorzien. (rov. 3.5-3.8). De Staat is door het hof in de gelegenheid gesteld uiteen te zetten of en op welke wijze hij aan deze rechtsplicht zal voldoen (rov. 4.1-4.3).

In zijn eindarrest heeft het hof in aanmerking genomen de stellingen van de Staat dat met de beëindiging van het recht op opvang van de ouders ook het recht op

opvang van hun minderjarige kinderen eindigt, en dat voor de kinderen zo nodig hulpverlening of opvang kan worden geboden in de vorm van een maatregel van kinderbescherming (plaatsing in een pleeggezin of residentiële zorginstelling). De te treffen maatregel zal niet met zekerheid aansluiten op de verwijdering van de moeder en de kinderen uit de opvang Ter Apel, en bij deze wijze van opvang zullen de kinderen in ieder geval van hun moeder worden gescheiden. (rov. 2). Het hof heeft bij zijn verdere beoordeling als uitgangspunt genomen dat het verblijf van de moeder en de kinderen in Nederland tijdelijk is, in afwachting van hun - vrijwillig of door de Staat gedwongen - vertrek, en dat op de Staat de rechtsplicht rust ervoor te zorgen dat voor de kinderen (zolang) adequaat in hun dagelijkse verzorging, huisvesting, medische zorg en scholing is voorzien. (rov. 3). Naar aanleiding van het beroep van de moeder en de kinderen op art. 8 EVRM overwoog het hof dat het in de onderhavige zaak gaat om de vraag hoe de kinderen, die niet door de Staat op straat mogen worden gezet, gedurende de in beginsel beperkte tijd dat hun uitzetting nog niet mogelijk is, het beste kunnen worden opgevangen en of in die omstandigheden verbreking van het gezinsverband, te weten scheiding van hun moeder,

"noodzakelijk" is. Het heeft, na een afweging van belangen, geoordeeld dat de door de Staat voorgestelde maatregelen onder de omstandigheden van dit geval een niet gerechtvaardigde (want disproportionele) inbreuk vormen op art. 8 lid 1 EVRM en niet gelden als een aanvaardbaar alternatief voor de voortzetting van hun verblijf in Ter Apel. (rov. 4.3 en rov. 6). Het concludeerde dat beëindiging van het verblijf van de moeder én de kinderen in Ter Apel op de door de Staat genoemde wijze in strijd is met de rechtsplicht van de Staat om voor de kinderen in adequate opvang en verzorging te voorzien met eerbiediging van hun recht op hun familie- en gezinsleven, en dat de aanspraak van de kinderen meebrengt dat ook het verblijf van de moeder in de opvang Ter Apel op de huidige voet dient te worden geaccepteerd. De Staat zal de kinderen in de gelegenheid moeten stellen hun verblijf op de huidige voet tezamen met de moeder voort te zetten totdat de opvang van de kinderen op andere wijze met inachtneming van hun recht op continuering van hun gezinsleven met de moeder is geregeld, of totdat zij met hun moeder het land (of de opvang) verlaten. Deze verplichting van de Staat duurt in ieder geval niet langer dan de duur van de minderjarigheid van de kinderen. (rov. 5).

3.3 De moeder en de kinderen hebben aangevoerd dat de Staat geen belang heeft bij zijn cassatieberoep nu zij inmiddels - in april 2011 - zijn uitgezet naar Angola, en dat het beroep daarom moet worden verworpen.

Dit verweer faalt, nu de ten laste van de Staat uitgesproken proceskostenveroordeling reeds een voldoende belang oplevert. Dat de moeder in feitelijke aanleg procedeerde op basis van een toevoeging, doet daaraan niet af.

3.4 Het gaat in dit geding om de vraag of, en zo ja op welke wijze, de Staat dient te voorzien in de opvang van uitgeprocedeerde minderjarigen indien hun eveneens hier te lande verblijvende ouders niet meewerken aan uitzetting. Bij de beantwoording van deze vraag wordt het volgende vooropgesteld.

3.5.1 Ingevolge Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (PbEU L 31/18), hierna: de Opvangrichtlijn, is de Nederlandse overheid gehouden opvang te bieden aan asielzoekers en hun gezinsleden gedurende de periode dat zij in afwachting zijn van een definitief besluit op hun

asielverzoek. De minimumnormen zien onder meer op onderwijs aan minderjarigen (art. 10), materiële opvangvoorzieningen (art. 13) en medische zorg (art. 15). In art. 8 is bepaald dat de lidstaten passende maatregelen nemen om in de mate van het mogelijke de eenheid van het gezin zoals aanwezig op zijn grondgebied te bewaren indien deze lidstaat zorg draagt voor de huisvesting van de asielzoekers.

3.5.2 Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PbEU L 348/98), hierna: de Terugkeerrichtlijn, strekt blijkens de considerans ertoe op basis van gemeenschappelijke normen een doeltreffend terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid teruggezonden kunnen worden. De lidstaten dienen te voorzien in de elementaire levensbehoeften van onderdanen van derde landen die illegaal in die staat verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet. De richtlijn laat het aan de lidstaten dit in hun nationale wetgeving uit te werken (considerans

onder 12). In de considerans (onder 22) is voorts bepaald dat de lidstaten, overeenkomstig het IVRK en het EVRM, bij de uitvoering van de richtlijn het belang van het kind en de eerbiediging van het gezinsleven voorop dienen te stellen (vgl. ook art. 5 van de richtlijn dat bepaalt dat de lidstaten met deze belangen rekening dienen te houden). Gedurende de termijn die is toegestaan voor vrijwillig vertrek en gedurende de termijn waarvoor overeenkomstig art. 9 de verwijdering is uitgesteld, dienen de lidstaten onder meer ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk de eenheid van het gezin wordt gehandhaafd, dringende medische zorg wordt verstrekt en minderjarigen toegang krijgen tot het basisonderwijs (art. 14). De implementatie van deze richtlijn, bij wet van 15 december 2011 (Stb. 2011, 663), die op 31 december 2011 in werking is getreden, heeft geleid tot enkele wijzigingen in de Vw 2000 die voor de onderhavige zaak verder niet relevant zijn.

3.5.3 Art. 3 lid 1 IVRK bepaalt dat de belangen van het kind de eerste overweging dienen te zijn bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties,

bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen. Lid 2 draagt de autoriteiten op het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn.

Het EHRM heeft in verscheidene uitspraken de rechten van het kind, als gewaarborgd in art. 3 IVRK, betrokken bij de uitleg van art. 8 EVRM en, in het kader van de krachtens lid 2 van dat artikel te maken belangenafweging, de verplichting van de lidstaten benadrukt om in het bijzonder rekening te houden met de belangen van minderjarigen. Vgl. EHRM 23 juni 2008, no. 1638/03, LJN BD8475, NJ 2009/45 betreffende de ongewenstverklaring en uitzetting van een minderjarige vreemdeling, waarin onder 82 door het Hof wordt overwogen: "The Court's case-law under Article 8 has given consideration to the obligation to have regard to the best interests of the child in various contexts (for instance in the field of child care; see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 148, ECHR 2000-VIII), including the expulsion of foreigners (...)". Als het gaat om de beoordeling van maatregelen die kinderen betreffen - zoals kinderbeschermingsmaatregelen

of besluiten inzake uitzetting - dan is aandacht voor "the best interests of the child" van cruciaal belang ("of crucial importance", vgl. EHRM 7 augustus 1996, no. 17383/90, LJN AB9924, onder 64, als aangehaald in genoemde uitspraak Scozzari en Giunta tegen Italië, EHRM 13 juli 2000, LJN AP0786, onder 72). Zo volgt uit EHRM 12 oktober 2006, no. 13178/03, LJN AZ4343 betreffende de uitzetting van een onbegeleide minderjarige na een twee maanden durende grensdetentie, dat lidstaten rekening dienen te houden met de kwetsbaarheid en bijzondere noden van (jonge) kinderen (vgl. EHRM 19 januari 2012, no. 39472/07 en 39474/07, LJN BW0609), en dat op de uitzettende autoriteiten de verplichting rust om, zo mogelijk, deze kinderen met hun familie te verenigen. Het Hof overwoog in het kader van art. 3 EVRM (onder 53): "Steps should be taken to enable effective protection to be provided, particularly to children and other vulnerable members of society, and should include reasonable measures to prevent ill-treatment of which the authorities have or ought to have knowledge (...)". Voorts, in het kader van art. 8 EVRM (onder 81): "the States' interest in foiling attempts to circumvent immigration rules must not deprive aliens of the protection afforded by these conventions or 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". Het Hof achtte het recht op family life, waarvan het wederzijds genot door ouder en kind van elkaars gezelschap naar vaste rechtspraak een fundamenteel onderdeel vormt (vgl. onder 75), in de gegeven omstandigheden geschonden, nu de autoriteiten zich onvoldoende hadden ingespannen om de minderjarige met haar moeder te verenigen. Het Hof achtte in dit verband mede van belang dat de minderjarige niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor misdragingen van familieleden (vgl. onder 84).

3.5.4 Wat de positie van de lidstaten betreft, is van belang dat aan hen "as a matter of well-established international law" het recht toekomt om de instroom en het verblijf van vreemdelingen in hun land te beheersen (vgl. EHRM 12 oktober 2006, hiervoor aangehaald in 3.5.3, onder 81). Vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel die de lidstaten met hun aanwezigheid voor een "fait accompli" plaatsen, kunnen niet erop rekenen dat hun een recht op verblijf wordt gegund (vgl. EHRM 31 januari

2006, no. 50435/99, LJN AV3568, onder 43). Ten aanzien van uitzetbare vreemdelingen geldt voorts dat zij in beginsel geen aanspraak op voortgezet verblijf kunnen maken om medische, sociale of andere hulp of diensten van de uitzettende staat te ontvangen (vgl. EHRM 27 mei 2008, no. 26565/05, LJN BD6647, onder 23).

3.5.5 Ten slotte dient in aanmerking te worden genomen dat de lidstaten die partij zijn bij het (herziene) ESH naar het oordeel van het ECSR op grond van art. 31, aanhef en onder 2, ESH verplicht zijn "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 the children" (ECSR 20 oktober 2009, hiervoor aangehaald in 3.2.1, onder 64). Schending door Nederland van deze verplichting impliceert naar het oordeel van het Comité tevens een schending van de verplichting onder art. 17, aanhef en onder 1, c, ESH, tot het geven van bescherming en bijzondere ondersteuning van overheidswege aan kinderen en jeugdige personen die tijdelijk of definitief de steun van hun gezin moeten ontberen. Bij zijn uitleg van het

ESH kent het Comité betekenis toe aan het IVRK (onder 28). In het bijzonder acht het zich gebonden aan "the internationally recognised requirement to apply the best interests of the child principle" (onder 29). Naar aanleiding van deze beslissing heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 7 juli 2010 een resolutie aangenomen waarin wordt opgemerkt dat de beperking van de personele reikwijdte van het (herziene) ESH niet afdoet aan de verantwoordelijkheid van de lidstaten om dakloosheid van personen die niet rechtmatig op hun grondgebied verblijven te voorkomen, "more particularly when minors are involved" (Resolution CM/ResChS(2010)6, no. 47/2008).

3.6 In cassatie dient tot uitgangspunt dat de moeder en de kinderen geen rechtmatig verblijf (meer) hadden in Nederland, dat zij gehouden waren terug te keren naar Angola en dat uitzetting door de moeder is tegengewerkt. Niet in geschil is of de Staat voldoende faciliteiten en bijstand aan de moeder en de kinderen heeft verstrekt om terugkeer mogelijk te maken. De rechtsvraag die in cassatie aan de orde is betreft de periode ná die gedurende welke aan de moeder en de kinderen, in overeenstemming met de Opvangrichtlijn en de

Terugkeerrichtlijn, opvang en voorzieningen zijn geboden in afwachting van het definitieve besluit op hun asielverzoek en, na de afwijzing van dit verzoek, in afwachting van hun terugkeer.

3.7.1 Onderdelen 1.1 en 1.2 bestrijden als onjuist het oordeel - in rov. 3.8 en 4.1 van het tussenarrest en in rov. 3 van het eindarrest - dat op de Staat de rechtsplicht rust ervoor te zorgen dat adequaat in de dagelijkse verzorging, huisvesting, medische zorg en scholing van de kinderen wordt voorzien zolang zij in Nederland verblijven. Geklaagd wordt, in de kern, dat het hof hiermee de verhouding tussen de wederzijdse rechten, verplichtingen en verantwoordelijkheden van de Staat en de moeder uit het oog heeft verloren. Daartoe wordt betoogd dat de beëindiging van het verblijf een gevolg is van het nalaten van de moeder mee te werken aan terugkeer, en dat de zorgverplichting voor de kinderen in beginsel op de moeder rust en eerst dan op de Staat indien zich de situatie voordoet dat de geestelijke of lichamelijke belangen van de kinderen ernstig worden bedreigd (onderdeel 1.1). Voorts, dat de omstandigheden dat een ouder op voorhand niet kenbaar beschikt over voldoende middelen van bestaan en dat een andere opvang

voor de kinderen op het moment van beëindiging van de opvang niet was geborgd, voor de Staat niet (onmiddellijk) bedoelde rechtsplicht doet ontstaan (onderdeel 1.2).

3.7.2 De klachten falen. Het hof heeft niet miskend dat de beëindiging van het verblijf rechtstreeks samenhangt met de keuze van de moeder niet mee te werken aan haar terugkeer naar Angola, en evenmin dat de zorg voor de kinderen primair bij de moeder berust. Het heeft geoordeeld dat de beslissing van de moeder om niet mee te werken aan terugkeer naar Angola de kinderen niet toe- of aangerekend kan worden nu zij hierin geen stem hebben gehad. Voorts heeft het hof geoordeeld dat de primaire verantwoordelijkheid van ouders met betrekking tot het welzijn van hun kinderen niet wegneemt dat de Staat, indien ouders die verantwoordelijkheid niet of onvoldoende nemen, de verplichting heeft erop toe te zien dat de rechten en belangen van de kinderen niettemin worden beschermd en geborgd en daartoe desnoods maatregelen te nemen. (rov. 3.7, onder (c) en (d), tussenaarrest). De rechtsopvatting waarop deze oordelen berusten, is juist. Op de Staat rust de verplichting te waken voor de rechten en belangen van minderjarigen die

zich op zijn grondgebied bevinden, ook waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel, mede omdat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van hun familieleden. Dit vindt steun in de rechtspraak van het EHRM, de aan de Opvangrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn ten grondslag liggende beginselen en het op grond van het ESH ingenomen standpunt van het ECSR en Comité van Ministers, een en ander als vermeld hiervoor in 3.5.1-3.5.3 en 3.5.5.

3.7.3 Dat het hof voor zijn bestreden oordeel van belang heeft geacht dat de moeder zelf niet de financiële middelen heeft om haar kinderen een adequate verzorging en huisvesting te geven en dat een andere opvang van de kinderen niet is gewaarborgd, geeft evenmin blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Naar het kennelijk oordeel van het hof viel te voorzien dat bij beëindiging van de opvang niet adequaat voor de kinderen gezorgd zou worden. Bij deze stand van zaken kon het hof op goede gronden aannemen dat het op straat zetten van de kinderen in strijd zou komen met de door de Staat jegens de kinderen in acht te nemen zorgvuldigheid en dat het belang van de kinderen mitsdien noopte tot nadere maatregelen. Hierbij dient te worden bedacht dat het hof geen uitspraak heeft

gedaan over de wijze waarop de Staat in opvang en verzorging van de kinderen dient te voorzien. Het achtte de door de Staat genoemde maatregelen van kinderbescherming voor het geval een humanitaire noodsituatie zou ontstaan, echter geen aanvaardbaar alternatief voor de voortzetting van het verblijf en de opvang van de kinderen in Ter Apel. Het heeft daartoe blijkens rov. 2 van zijn eindarrest van belang geacht dat deze maatregelen niet met zekerheid zullen aansluiten op de verwijdering van de moeder en de kinderen uit de opvang Ter Apel nu daarvoor de inschakeling van Bureau Jeugdzorg en/of een beslissing van de kinderrechter nodig is, en dat voorts niet zeker is of de door de Staat voorgestelde maatregelen ook tot opvang en verdere verzorging van de kinderen kunnen leiden, nu dit afhangt van omstandigheden die de Staat niet zelf in de hand heeft, zoals een beslissing van de kinderrechter. Voorts heeft het van belang geacht dat de maatregelen zullen leiden tot een scheiding van de kinderen van hun moeder, waarvoor, zo volgt uit hetgeen hierna in 3.9.2 wordt overwogen, in de gegeven omstandigheden onvoldoende rechtvaardiging bestaat.

3.7.4 Hierop stuit ook de motiveringsklacht van onderdeel 9.1 af. De klacht is gericht tegen de overweging in rov. 3.7 onder (g) van het tussenarrest dat niet is gebleken dat enige lagere overheid of enige instelling die zich de belangen van uitgeprocedeerde (ouders en) kinderen aantrekt, bereid en in staat is de behartiging van de feitelijke of financiële belangen van de kinderen op zich te nemen indien zij door de Staat uit de opvang in Ter Apel worden verwijderd. Betoogd wordt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, nu de Staat in zijn akte na tussenarrest heeft uiteengezet welke maatregelen de Staat (en andere instellingen) kan/kunnen nemen ter behartiging van de feitelijke of financiële belangen van de kinderen. Dit betoog faalt. Het hof heeft de voorgestelde maatregelen in rov. 2 van zijn eindarrest immers in zijn beoordeling betrokken, doch ontoereikend bevonden. Dit oordeel hangt, zo volgt uit het voorgaande, nauw samen met de onzekerheden waarmee bedoelde maatregelen zijn omgeven, welke onzekerheden het onderdeel niet bestrijdt. In de door het middel aangehaalde passages in de akte na tussenarrest van de Staat zijn voorts geen andere opvangmogelijkheden genoemd dan de maatregelen van kinderbescherming die het hof in zijn beoordeling in rov. 2 heeft betrokken.

3.7.5 De motiveringsklacht van onderdeel 1.2 faalt eveneens. Het betoog dat over de middelen die de moeder na de beëindiging van het verblijf in Ter Apel mogelijk nog zou kunnen verkrijgen, op voorhand niets met (voldoende) zekerheid valt vast te stellen, ziet eraan voorbij dat het ontbreken van voldoende zekerheid over de opvang van de kinderen - aansluitend aan het verblijf in Ter Apel - voor het hof juist aanleiding was om de (voorlopige) voortzetting van de opvang te bevelen, welk oordeel niet onbegrijpelijk is.

3.7.6 Uit het voorgaande volgt dat het hof niet blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met het aan zijn slotsom - in rov. 5 van het eindarrest, weergegeven hiervoor in 3.2.3 - ten grondslag liggende oordeel dat op de Staat de rechtsplicht rust om (in de gegeven omstandigheden) voor de kinderen in adequate opvang en verzorging te voorzien.

Ten overvloede - het middel bevat geen op het opvang- en verzorgingsniveau toegespitste klachten - merkt de Hoge Raad nog op dat, voor zover het hof ervan is uitgegaan dat op de Staat de rechtsplicht rust aan uitgeprocedeerde minderjarige vreemdelingen een opvang- en verzorgingsniveau te bieden dat gelijk is aan het

niveau dat zij tot dan toe in het land van verblijf hebben ontvangen dan wel dat uitstijgt boven het niveau dat nodig is ter voorkoming van een humanitaire noodsituatie, het hof daarmee zou hebben blijk gegeven van een opvatting die geen steun vindt in het recht. Indien, zoals in het onderhavige geval, uitzetting door een ouder wordt tegengewerkt, kan niet worden aanvaard dat daarmee een eerder ontvangen opvang- en verzorgingsniveau kan worden afgedwongen jegens minderjarigen - en nog minder, als afgeleide daarvan, jegens de ouder zelf - die geen aanspraak hebben op rechtmatig verblijf in Nederland. Het hof heeft de op de Staat jegens de kinderen rustende rechtsplicht - met juistheid - gekoppeld aan hun minderjarigheid, zodat het voortzetten van de opvang en verzorging, zeker indien de kinderen jong zijn, nog jaren kan duren indien uitzetting gedurende langere tijd niet mogelijk blijkt. Dit zou een te grote last op de Staat leggen (vgl. in deze zin ook de hiervoor in 3.5.4 aangehaalde uitspraak van EHRM 27 mei 2008, onder 44), en miskent de primaire verantwoordelijkheid van de ouders, als onder meer tot uitdrukking komend in art. 3 lid 2 en art. 27 lid 2 IVRK. Bij de inrichting en invulling van de noodopvang dient de Staat wel rekening te houden met de bijzondere belangen

van, zeker jonge, kinderen, en hun familie- of gezinsbanden zoveel mogelijk in acht te nemen (vgl. de rechtspraak van het EHRM, weergegeven hiervoor in 3.5.3).

3.8 De tegen rov. 3.6 en 3.8 gerichte klachten van de onderdelen 2.1-2.5 falen op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.27-3.31.

3.9.1 In de onderdelen 3.1-3.4 en 3.8 worden klachten gericht tegen het oordeel - in rov. 4.3 en rov. 6 van het eindarrest - dat de door de Staat voorgestelde maatregelen, in de omstandigheden van dit geval, een niet gerechtvaardigde inbreuk op art. 8 EVRM opleveren en niet kunnen gelden als een aanvaardbaar alternatief voor de voortzetting van het verblijf in de opvang Ter Apel.

3.9.2 Uit de beoordeling in rov. 4.3 van het beroep van de moeder en de kinderen op art. 8 EVRM, weergegeven hiervoor in 3.2.3, volgt dat het hof met juistheid ervan is uitgegaan dat de Staat bij de inrichting van de opvang en verzorging van de kinderen, hun familie- en gezinsleven met de moeder zoveel mogelijk dient te eerbiedigen. Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre dit familie- en gezinsleven door de Staat dient

te worden geëerbiedigd, heeft het hof van belang geacht dat de opvang van de kinderen enkel gecontinueerd dient te worden in afwachting van hun uitzetting. Voorts heeft het in aanmerking genomen dat gesteld noch gebleken is dat de moeder tot nog toe in de zorg voor haar kinderen is tekortgeschoten, waarmee het tot uitdrukking heeft gebracht dat het ontbreken van adequate verzorging na beëindiging van de opvang enkel veroorzaakt zal worden door een gebrek aan financiële middelen. Mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.7.3 is overwogen, komt het bestreden oordeel in de kern erop neer dat een kinderbeschermingsmaatregel in de gegeven omstandigheden niet het geëigende instrument is om te voorzien in de overbrugging van een periode waarin aan de kinderen met het oog op hun uitzetting onderdak en verzorging moet worden geboden, althans onvoldoende is toegesneden op de aard van het verblijf als waarom het in deze zaak gaat, te weten het bieden van (nood)opvang en verzorging aan minderjarige vreemdelingen in afwachting van hun uitzetting. Dit oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk. Een zodanige maatregel sluit immers mogelijk niet aan op de beëindiging van het verblijf in Ter Apel, en leidt voorts tot een scheiding van de kinderen en de moeder waarvoor in dit geval onvoldoende

rechtvaardiging bestaat. Enerzijds dient het opvang- en verzorgingsniveau, zoals hiervoor in 3.7.6 aan de orde kwam, met het oog op de belangen van de Staat, te worden afgestemd op de aard van het verblijf. Anderzijds geldt dat gedurende de periode dat uitzetting (nog) niet gerealiseerd kan worden, moeilijk kan worden volgehouden dat "the best interests" van de kinderen - aan welke belangen het hof in rov. 4.3 van zijn eindarrest met juistheid een cruciale betekenis heeft toegekend - zijn gediend met een inbreuk op het familie- en gezinsleven zoals met de door de Staat voorgestelde maatregelen zal worden veroorzaakt.

Op het voorgaande stuiten de onderdelen af.

3.10.1 Onderdelen 4.1 en 4.2 keren zich tegen rov. 3 van het eindarrest, waarin het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat aan de moeder en de kinderen definitief toelating tot Nederland geweigerd is, dat zij geen aanspraak op verder verblijf in Nederland kunnen maken en dat hun aanwezigheid alhier daarom tijdelijk is, in afwachting van hun - vrijwillig of door de Staat afgedwongen - vertrek. Geklaagd wordt dat het hof de grenzen van de rechtsstrijd heeft miskend althans een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven, en

voorts dat zijn oordeel nadere motivering behoeft, nu partijen niet hebben betoogd dat de aanwezigheid van de moeder en de kinderen tijdelijk is, en evenmin dat de Staat zou beschikken over mogelijkheden om hen gedwongen naar Angola te laten terugkeren.

3.10.2 Het bevel tot (voorlopige) voortzetting van het verblijf in Ter Apel wordt gedragen door het, hiervoor in 3.7.6 en 3.9.2, juist bevonden oordeel dat op de Staat de rechtsplicht rust om, waar valt te voorzien dat de moeder niet de middelen zal hebben om voor de kinderen te zorgen, voor de kinderen in adequate opvang en verzorging te voorzien, en daarbij hun recht op familie- en gezinsleven met de moeder zoveel mogelijk te eerbiedigen. Het bevel steunt verder op het tevergeefs bestreden oordeel dat de door de Staat voorgestelde maatregelen geen aanvaardbaar alternatief voor de (voorlopige) voortzetting van het verblijf en de opvang van de kinderen in Ter Apel vormen. Uit hetgeen hiervoor in 3.7.3-3.7.5 en 3.9.2 is overwogen, volgt dat hieraan, naast de beweerdelijk door het hof tot uitgangspunt genomen tijdelijkheid van het verblijf, overwegingen ten grondslag liggen die dit oordeel zelfstandig kunnen dragen. Het voorgaande brengt mee dat de klachten bij

gebrek aan belang niet tot cassatie kunnen leiden.

3.11 De overige onderdelen kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de moeder begroot op € 365,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter, de vice-president F.B. Bakels en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, C. Drion en M.V. Polak, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer J.C. van Oven op 21 september 2012.



J.C. van Oven