

Detentie van gezinnen met minderjarige kinderen in België

De Belgische context: van opsluiting naar de ontwikkeling van alternatieven van en voor detentie

Marjan Claes & Charlotte Coenen¹

Op 25 september 2018 besloot de Belgische staat geen gehoor te geven aan het verzoek van het VN-Comité voor de Rechten van het Kind om een gezin met minderjarige kinderen in detentie vrij te stellen. Het gezin werd op dat moment reeds 40 dagen vastgehouden in de nieuw geconstrueerde gezinswoningen op het terrein van gesloten centrum 127bis. Het betreft het eerste gezin in detentie in België sinds de noodgedwongen stopzetting van deze praktijk in 2008. Tot oktober 2008 werden minderjarigen vastgehouden in gesloten centra onder het algemeen detentieregime voor volwassenen. Hiervoor werd de Belgische staat verschillende malen veroordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens² (hierna: EHRM); onder artikel 3 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens³ (hierna EVRM) voor onmenselijke behandeling wegens onaangepaste detentieomstandigheden en onder artikel 5 §1 EVRM⁴ wegens het ontbreken van een band tussen de reden en het regime van detentie, aangezien kinderen werden vastgehouden in dezelfde omstandigheden als volwassenen.

Ten gevolge van deze veroordelingen door het EHRM werd geïnvesteerd in het ontwikkelen van alternatieven van en voor detentie. In 2008 werden de terugkeewoningen of FITT-woningen (Familie Identificatie- en Terugkeer Team-huizen) gecreëerd, een alternatief voor detentie, waarin zowel gezinnen met kinderen in onwettig verblijf als gezinnen die een asielaanvraag indienen aan de grens worden opgesloten. Wettelijk wordt dit verblijf geclassificeerd als detentie. Maar feitelijk gezien hebben de gezinnen een bepaalde bewegingsvrijheid. Sinds 2014 bestaat

eveneens de mogelijkheid om in de eigen woning te verblijven in afwachting van een vrijwillige terugkeer op basis van een overeenkomst afgesloten met de Dienst Vreemdelingenzaken (hierna: DVZ). Van deze laatste maatregel wordt echter weinig gebruik gemaakt. Voor beide alternatieven werd vastgesteld dat onvoldoende wordt geïnvesteerd in de ontwikkeling ervan en dat de voorziene begeleiding onvoldoende is.⁵

Een principiële verbod op opsluiting wettelijk verankerd

Een principiële verbod op het opsluiten van kinderen kwam er met de wet van 16 november 2011. Meer bepaald verankert artikel 74/9 van de Wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet) het principe dat een gezin met minderjarige kinderen niet wordt opgesloten. In ondergeschikte orde voorziet het wetsartikel in een uitzondering op dit verbod; opsluiting is mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden en onder zeer strikte voorwaarden. Zo is opsluiting enkel mogelijk in allerlaatste instantie, wanneer andere minder dwingende maatregelen niet doeltreffend kunnen worden toegepast in een plaats aangepast aan de specifieke noden van een gezin met kinderen en voor een zo kort mogelijke periode.

Detentie van kinderen in uitzonderlijke omstandigheden? Discussie op regionaal en internationaal niveau

Deze wettelijke voorwaarden werden uitgeschreven met

¹ Marjan Claes en Charlotte Coenen zijn juristen bij NANSEN vzw.

² EHRM 12 oktober 2006, nr. 13178/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*; EHRM 19 januari 2010, nr. 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a. t. België*; EHRM 13 december 2011, nr. 15297/09, *Kanagaratnam e.a. t. België*.

³ Artikel 3 EVRM bepaalt: "Niemand mag worden onderworpen aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen."

⁴ Artikel 5 §1 EVRM bepaalt: "Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure:"

⁵ Myria, *MyriaDocs #5: Terugkeer, detentie en verwijdering van vreemdelingen in België (2017). Terugkeer, tegen welke prijs?*, november 2017, p.19 en *Platform Kinderen op de vlucht, Detentie van kinderen in gezinnen in België: analyse van de theorie en de praktijk*, december 2015, p.54-85.

de rechtspraak van het EHRM in het achterhoofd. Het EHRM verbiedt detentie van kinderen op zich niet maar hanteert in zijn beoordeling van dergelijke dossiers wel een zeer strikte standaard die een verminderde appreciatiemarge van staten inhoudt.⁶ De bepalende factor is de kwetsbaarheid van de minderjarige, waaraan de hoedanigheid van vreemdeling in onwettig verblijf ondergeschikt is.

Vanuit dit oogpunt vereist het EHRM in het kader van artikel 5 EVRM, in tegenstelling tot de rechtspraak over detentie van volwassenen, dat de staat aantoonbaar dat detentie noodzakelijk is om het vooropgestelde doel te bereiken. Bij de beoordeling van de noodzaak van detentie vormt het hoger belang van het kind de eerste overweging. Het EHRM verwijst hiervoor expliciet naar het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (hierna: IVRK).⁷ Zo twijfelde het EHRM in het arrest 'Rahimi tegen Griekenland' aan de goede trouw van de Griekse autoriteiten omdat het hoger belang van het kind en zijn individuele situatie niet in overweging werden genomen, en geen alternatieven voor detentie werden onderzocht.⁸ In het arrest Popov stelde het EHRM dat het Franse systeem het recht op vrijheid onvoldoende beschermd omdat de specifieke situatie van de kinderen niet werd onderzocht en de autoriteiten niet verifieerden of de detentie de uiterste maatregel was waarvoor geen alternatieven beschikbaar zijn. Dit gold ongeacht het feit of de kinderen vergezeld werden door hun ouders en of ze vastgehouden werden in aangepaste omstandigheden. In beide gevallen besloot het EHRM dat er sprake was van onrechtmatige detentie.⁹

Volgens het Hof is het recht op familielevens en het hoger belang van het kind niet beperkt tot het samen vasthouden van de familie.¹⁰ Omdat de levensomstandigheden eigen aan detentie tot een inmenging van het recht op familielevens in de zin van artikel 8 EVRM kunnen leiden, dient detentie van gezinnen met kinderen volgens het EHRM zoveel mogelijk beperkt te worden.¹¹ Om te beoordelen of de detentie het recht op familielevens schendt heeft het EHRM in het arrest Popov een aantal criteria vooropgesteld, meer bepaald het risico op onderduiken, het onderzoek naar alternatieven en de snelle uitvoering van de uitwijzing teneinde de opsluiting te beperken in tijd.¹²

Omdat bij detentie het verbod op foltering, vernedering of onmenselijke behandeling (beschermd door artikel 3 EVRM) in het gedrang kan komen, waakt het EHRM er inzake detentie van kinderen over dat de detentieomstandigheden aangepast zijn aan hun noden. Om te bepalen of de detentieomstandigheden aangepast zijn aan de noden van het kind, kan niet louter een standaard checklist worden afgevinkt. Ieder kind heeft immers andere noden en de plaats waar kinderen worden vastgehouden moet aangepast zijn aan de specifieke noden van het individuele kind, zodat zijn of haar hoger belang effectief vooropstaat.

Het Agentschap voor Fundamentele Rechten en Vrijheden van de Europese Unie vermeldt bijvoorbeeld dat aangepaste, kindvriendelijke ruimtes moeten worden voorzien zodat de plaats van vasthouding niet lijkt op een gevangenis. Zo zouden minimaal de ramen niet voorzien mogen zijn van tralies en moet het gebruik van prikkeldaad vermeden worden, mag er geen fysieke dwang gebruikt worden zoals handboeien en moet het aantal gewapende of uniform dragende personeelsleden beperkt worden. Daarnaast moet er ook toegang zijn tot speelmogelijkheden en onderwijs, evenals sociale en psychologische ondersteuning.

Deze lijst is uiteraard niet exhaustief, en geen algemene beoordeling kan worden gemaakt: het zijn de noden van het individuele kind die centraal staan. Het EHRM oordeelt altijd in functie van de leeftijd en psychische toestand van de kinderen. Zo stelde het EHRM een schending van artikel 3 EVRM vast in hoofde van oudere kinderen, omdat zij zich door hun maturiteit meer bewust waren van het feit dat zij van hun vrijheid werden beroofd. Evengoed sprak het EHRM een veroordeling uit omwille van de jonge leeftijd van een kind dat werd opgesloten omdat, gezien de jonge leeftijd, het herhaalde fysieke en emotionele leed erg zwaar doorwoog. Een andere belangrijke factor is de duur van de detentie. Al is ook daar enkel een beoordeling in concreto en in samenhang met de andere omstandigheden afdoende; het EHRM sprak een veroordeling uit na respectievelijk 18 dagen,¹³ 15 dagen¹⁴ en 7 dagen.¹⁵ Ook de algemene leefomstandigheden neemt het EHRM in rekening: zo oordeelde het meermaals dat een opsluiting naast een vliegveld¹⁶ bijdraagt aan een schending van artikel 3 EVRM.

6 CDDH-MIG, *Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration*, 26 januari 2018, p.21.

7 Zie bv. EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, A.B. e.a. t. Frankrijk en EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, Popov t. Frankrijk.

8 EHRM 5 april 2011, nr. 8687/08, Rahimi t. Griekenland, §109.

9 EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, Popov t. Frankrijk, §119.

10 EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, Popov t. Frankrijk, §147.

11 EHRM 10 april 2018, nr. 75157/14, Bistieva e.a. t. Polen, §73.

12 A. Gelblat, 'La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers: L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe?', *La Revue des droits de l'homme*, 2016.

13 EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, A.B. e.a. t. Frankrijk.

14 EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, Popov t. Frankrijk.

15 EHRM 12 juli 2016 nr. 33201/11, R.M. t. Frankrijk.

16 EEHRM 19 januari 2010, nr. 41442/07, Muskhadzhiyeva e.a. t. België, EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, A.B. e.a. t. Frankrijk.

Detentie van kinderen kan nooit in hun belang zijn: het VN-Kinderrechtencomité vraagt België gezin met kinderen vrij te stellen

Samen met het EHRM staat ook secundair EU-recht in uitzonderlijke omstandigheden en onder strikte voorwaarden detentie van kinderen toe.¹⁷ Maar niet alle actoren op regionaal niveau zitten op dezelfde golflengte. Zo riep de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa de bevoegde staatssecretaris tot twee maal toe op om af te zien van het plan om kinderen opnieuw op te sluiten. Hij benadrukte dat detentie, zelfs in aangepaste omstandigheden, nooit in het belang van het kind is.¹⁸ Dit standpunt komt overeen met wat het VN-Kindercomité en andere internationaalrechtelijke actoren¹⁹ herhaaldelijk glashelder bevestigen: detentie van kinderen omwille van hun migratiestatus houdt *altijd* een schending van de rechten van het kind in en kan nooit in hun belang zijn.²⁰ Hieruit volgt dat artikel 37 (b) van het IVRK, dat bepaalt dat een kind opgesloten kan worden als laatste maatregel en voor de kortst mogelijke periode, niet van toepassing is in immigratierechtelijke context.²¹ Het is binnen deze context dat het VN-Kinderrechtencomité de Belgische Staat verzocht om het eerste gezin dat werd vastgehouden in de familie units in vrijheid te stellen. Hiermee volgde het Kinderrechtencomité de argumentatie ontwikkeld door het gezin dat detentie de kinderen een ernstig nadeel berokkent, dat het onomkeerbare gevolgen teweegbrengt inzake psychische en psychologische ontwikkeling en dat het ingaat tegen het hoger belang van het kind.²²

Evaluatie van de Belgische praktijk

Wat betreft de omstandigheden van de nieuw gebouwde gezinswoningen in België kunnen een

aantal bijzonder zorgelijke elementen naar voor worden geschoven. De woningen bevinden zich langs de terreinen van de Brusselse nationale luchthaven, wat ernstige bezorgdheden met betrekking tot luchtvervuiling en geluidsoverlast met zich meebrengt. Daarnaast is het duidelijk dat de gezinswoningen alle karakteristieken van een gesloten centrum vertonen, onder meer door de aanwezigheid van dubbele, metershoge hekken rond het domein, zichtbare bewakingscamera's, bewakers in uniform, beperkte privacy en het gebrek aan bewegingsvrijheid. Bovendien worden de gezinnen opgesloten in hun woning van 22u tot 6u. Ondertussen werden drie gezinnen vastgehouden in de gezinsunits, allen moeders met kinderen met een leeftijd van één tot 15 jaar. De DVZ leverde aan de ouder een bevel af om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies). De vasthouding werd bevolen in toepassing van artikel 7, derde lid van de Vreemdelingenwet, en het risico op onderduiken werd vastgesteld in hoofde van de begeleidende ouder. Het risico op onderduiken werd gemotiveerd op basis van het feit dat geen gevolg werd gegeven aan meerdere bevelen om het grondgebied te verlaten, dat verschillende verblijfsprocedures werden gevoerd, dat na geïnformeerd te zijn over de vrijwillige terugkeerprocedure hier niet op ingetekend werd en dat het gezin de FITT-woning zonder toestemming had verlaten. In geen van de afgeleverde bijlagen 13septies werd de vasthouding gemotiveerd ten aanzien van de specifieke situatie van het kind; het hoger belang van het kind, noch zijn specifieke kwetsbaarheid of persoonlijke situatie werd onderzocht of in overweging genomen op vlak van detentie. Nochtans is de Belgische Staat verplicht het hoger belang van het kind in rekening te brengen bij alle beslissingen die kinderen direct of indirect raken.²³ In het koninklijk besluit van 1 augustus 2018, dat het regime en de werkingsmaatregelen van de gesloten gezinswoningen bepaalt, wordt enkel over het hoger belang van het kind gesproken tijdens de vasthouding. Dit koninklijk besluit bepaalt verder dat detentie slechts voor een zo kort mogelijke periode kan, met een maximum van

17 Artikel 15.1 en 17 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 (Terugkeerrichtlijn); artikel 11.2 Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (Opvangrichtlijn).

18 Brieven beschikbaar op: https://rm.coe.int/letter-to-mr-theo-francken-secretary-of-state-for-migration-and-asylum/16808b2d5b_en/http://www.refworld.org/docid/58c685a14.html.

19 Zie onder andere: UNHCR, *UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context*, januari 2017, p.2.

20 Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §5.

21 Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §10.

22 DEI-Belgique, Communiqué de presse: Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies ordonne la libération de la famille serbe, <http://www.dei-belgique.be/fr/accueil/dernieres-nouvelles/article/communiquede-presse-le-comite-des-droits-de-l-enfant-des-nations-unies-ordonne>.

23 E. Desmet, 'Minderjarigen in de volle rechtsmachtprocedure van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen', T. Vreemd., 2018, p. 12.

twee weken, verlengbaar met nog eens twee weken. Het is slechts bij deze verlenging dat er sprake is van een rapportering van de directeur-generaal van de DVZ (Dienst Vreemdelingenzaken) aan de minister, waarin de toestand van de minderjarige kinderen en de impact van de vasthouding op hun fysieke en psychische integriteit betrokken wordt. Op basis van artikel 5 EVRM zou een dergelijke evaluatie in het kader van het onderzoek naar de noodzaak van detentie echter moeten plaatsvinden alvorens een kind in detentie te plaatsen. In geval de detentie met twee weken verlengd wordt, wordt dit mondeling gemeld aan de ouder van het gezin. De verlenging wordt met andere woorden, in tegenstelling tot de verlenging van de detentie van een alleenstaande volwassene in een gesloten centrum, niet schriftelijk gemotiveerd. Hiermee is niet voldaan aan procedurele waarborgen die detentie, als een ernstige inmenging op het recht op vrijheid, omkaderen en die van essentieel belang zijn om arbitraire detentie te voorkomen. In het arrest Mahdi heeft het Hof van Justitie uitdrukkelijk gesteld dat ook bij de verlenging van detentie een schriftelijke beslissing dient afgeleverd te worden met opgave van feitelijke en juridische gronden.²⁴ Bovendien wordt de maximum detentietermijn in de praktijk verlengd doordat alternerend gebruik wordt gemaakt van detentie in gezins- en in terugkeerwoningen. Het eerste gezin dat werd vastgehouden in de gezinsunits, werd overgebracht naar een terugkeerwoning omdat de maximum detentietermijn van vier weken was bereikt. Dit gezin werd later opnieuw gearresteerd nadat zij de terugkeerwoning zonder toestemming had verlaten. Het gezin werd opnieuw vastgehouden in de gezinsunits zonder dat een nieuwe detentietitel werd afgeleverd. Verder wordt automatisch tot opsluiting overgegaan wanneer de familie niet ingetekend heeft op het vrijwillige terugkeertraject en 'ontsnapt' is uit de terugkeerwoning. Dit is het zogenaamde cascadesysteem voorzien door het KB van 2 juli 2018, waarbij een persoon automatisch overgaat van één maatregel naar een volgende - meer dwingende - maatregel na het niet slagen van een eerder genomen maatregel. Zoals het Platform Kinderen op de Vlucht stelt in haar rapport, gaat een automatisch watervalstelsel in tegen het principe dat elke nieuwe detentemaatregel moet worden bestudeerd op vlak van willekeur, noodzakelijkheid en proportionaliteit.²⁵ Het Grondwettelijk Hof verduidelijkt dat, in toepassing van artikel 74/9 Vreemdelingenwet, niet automatisch tot detentie kan worden besloten na de vaststelling dat het terugkeerproject in de eigen woning of in de terugkeerwoning niet geslaagd is. Er dient daarnaast aangetoond te worden dat de

vasthouding noodzakelijk en proportioneel is en dat er geen minder dwingende maatregelen kunnen worden toegepast.²⁶ Artikel 74/9 Vreemdelingenwet bepaalt immers dat een kind in principe niet opgesloten wordt. Ten slotte lijkt de bestaande gerechtelijke procedure inzake de toetsing van de rechtmatigheid van detentie onaangepast aan de specificiteit van detentie van kinderen. Bestaande wettelijke termijnen leiden ertoe dat een snelle rechterlijke toetsing niet mogelijk is. In het geval van het eerste gezin in detentie volgde pas na 28 dagen een uitspraak in beroep. Ondertussen werd dit beroep zonder voorwerp verklaard omdat het gezin werd overgeplaatst van een 'gesloten gezinswoning' naar de terugkeerwoning waarvan de rechter stelde dat het een 'open gezinswoning' en dus geen detentie betrof, terwijl de terugkeerwoningen wettelijk gekwalificeerd worden als detentie. Op deze manier kan niet gesproken worden van een effectief en toegankelijk beroep bij de rechterlijke macht.²⁷

Besluit

Kinderen opsluiten brengt altijd ernstige schade toe. Hun opsluiting louter bepalen op basis van de migratiestatus van hun ouders is in strijd met het IVRK. Ook de regionale verdragen zoals het EVRM en de richtlijnen van de Europese Unie stellen bijzonder strikte voorwaarden aan immigratiedetentie van kinderen. De Belgische staat is ervan overtuigd dat ze aan deze strikte voorwaarden voldoet, omdat ze aangepaste omstandigheden zou creëren die tegemoet komen aan de noden van kinderen. Toch worden er in de praktijk verschillende tekortkomingen vastgesteld die raken aan essentiële rechten en procedurele waarborgen. Ook het VN-Kinderrechtencomité, de waakhond van het IVRK, stelde vast dat de detentie van het eerste vastgehouden gezin inging tegen het hoger belang van de kinderen. De Belgische staat negeerde echter het verzoek tot invrijheidstelling, een voorlopige maatregel die door het Comité alleen wordt aangenomen als die noodzakelijk is om in uitzonderlijke omstandigheden onherstelbare schade te voorkomen. Een dergelijke onverschillige houding ten aanzien van internationale verplichtingen en tekortkomingen op vlak van fundamentele rechten is ontoelaatbaar, in het bijzonder wanneer die houding de meest kwetsbaren treft. Het is jammer te moeten vaststellen dat België plots tot een van de slechtste leerlingen van de klas behoort op het vlak van het plaatsen van kinderen in detentie, terwijl het voordien een voortrekkersrol speelde bij het uitdenken van alternatieven.

24 HvJ, 5 juni 2014, C-146/14, Mahdi, §44.

25 Platform Kinderen op de vlucht, *Detentie van kinderen in gezinnen in België: analyse van de theorie en de praktijk*, december 2015, p.28.

26 Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, p.22.

27 EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99, Conka t. België, §46.