

## Raad van State legitimeert discriminatie van kinderen in de asielprocedure

Noot bij het arrest van 29 mei 2013 van de Raad van State betreffende de toepassing van artikel 22bis lid 4 van de Grondwet in een asielzaak

Selma Benkhelifa & Hind Riad \*

**Deze noot werd geschreven naar aanleiding van het arrest van 29 mei 2013 van de Raad van State betreffende de toepassing van artikel 22bis lid 4 van de Grondwet in een asielzaak. Het arrest betreft de behandeling van een asielaanvraag van een gezin afkomstig uit Afghanistan, met vier minderjarige kinderen. Het lot van deze kinderen ingeval van terugkeer naar Afghanistan werd echter noch door het Commissariaat voor de Vluchtelingen en de Staatlozen noch in beroep door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in rekening genomen.**

Asielbeslissingen betreffende alleenstaanden en betreffende gezinnen met kinderen worden identiek gemotiveerd door de asielinstanties van België. Er wordt met andere woorden door de asielinstanties geen enkele aandacht besteedt aan de kinderen van asielzoekers, hoewel deze beslissingen een zeer grote invloed hebben op het leven van kinderen. Voor begeleide minderjarige kinderen is het immers zo dat er nooit een aparte motivering is voorzien aangaande het specifieke lot van de kinderen zelf en de risico's die zij lopen. Begeleide kinderen worden namelijk gewoonweg niet "gezien" door de asielinstanties.

Asielbeslissingen moeten nochtans individueel gemotiveerd worden. Bovendien stelt artikel 22bis lid 4 van de Grondwet duidelijk dat het belang van het kind de eerste overweging dient te zijn bij elke beslissing die het kind aangaat. Het is in deze context dat de Raad van State zich in bovenvermeld arrest heeft uitgesproken over de rechten van kinderen van asielzoekers.

De Raad van State sprak zich als volgt uit omtrent artikel 22bis, lid 4 Grondwet:

*"Bij gebrek aan directe werking van artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet kunnen de verzoekers zich niet rechtstreeks op deze bepaling beroepen om tot een onwettigheid in het bestreden arrest te besluiten. (...)*

*Bovendien kan de algemene bepaling dat het belang van*

*het kind de eerste overweging is bij elke beslissing die het kind aangaat, geen afbreuk doen aan de eigenheid van het asielrecht, waar de artikelen 48/3 en 48/4 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen in uitvoering van Europese regelgeving en van het internationaal verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ondertekend te Genève op 28 juli 1951, duidelijk omschreven voorwaarden voorzien voor de erkenning als vluchteling dan wel de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus."*<sup>1</sup> (eigen onderlijning)

Volgens de Raad van State heeft artikel 22bis, lid 4 van de Grondwet geen directe werking in onze rechtsorde. Kinderrechten horen volgens de Raad voorts niet thuis in een asielprocedure gezien de eigenheid van het asielrecht.

Artikel 22bis Grondwet zet verschillende bepalingen van het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: Kinderrechtenverdrag) om in Belgisch recht.<sup>2</sup> Artikel 22bis, lid 4 Grondwet is, meer bepaald, de omzetting van artikel 3, lid 1 Kinderrechtenverdrag.<sup>3</sup>

De inschrijving van kinderrechten in de Grondwet was enerzijds een politieke beslissing die vorm heeft gekregen naar aanleiding van de zaak Dutroux, maar anderzijds ook een juridische plicht in hoofde van de Belgische Staat gezien de ondertekening in 1991 van het Kinderrechtenverdrag.

Het Grondwettelijk Hof heeft nochtans nog zeer recent, meer bepaald in een arrest dd. 7 maart 2013, de bindende kracht van artikel 22bis, lid 4 Grondwet benadrukt:

*"(...) B.9. Zoals in B.5.3 naar voren is gebracht, verplichten zowel artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind de rechtscollages om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben, hetgeen de procedures in verband met het vaststellen van de afstamming omvat.*

\* Selma Benkhelifa en Hind Riad zijn advocaten bij Progress Lawyers Network te Brussel.

<sup>1</sup> RvS nr.223.630, 29 mei 2013.

<sup>2</sup> Verdrag van 20 november 1989 inzake de Rechten van het Kind, goedgekeurd bij wet 25 november 1991, BS 17 januari 1992.

<sup>3</sup> Artikel 3, lid 1 van het Kinderrechtenverdrag luidt als volgt: "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, vormen de belangen van het kind de eerste overweging."

(...) B.11. Door te bepalen dat de rechtbank de vordering slechts afwijst indien de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig is met het belang van het kind, staat artikel 332quinquies, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, niettemin slechts een marginale toetsing toe, door de rechter, van het belang van het kind, die niet bestaanbaar is met de vereiste van artikel 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind om, bij het afwegen van de op het spel staande belangen, een voorrangspositie toe te kennen aan het belang van het kind." (eigen onderlijning)

Ook het Hof van Cassatie erkende reeds de directe werking van artikel 3 en 12 Kinderrechtenverdrag in een baanbrekend arrest dd. 11 maart 1994:

*"De UNO-conventie voor de Rechten van het Kind, inmiddels goedgekeurd bij wet van 25 november 1991, stelt duidelijk dat voor alle maatregelen die t.a.v. kinderen worden genomen, onder meer door de rechterlijke instanties, de belangen van de kinderen de eerste overweging moeten vormen. De kinderen moeten bovendien in de gelegenheid gesteld worden gehoord te worden in de aangelegenheden die hen aanbelangen en aan hun mening dient passend belang te worden gehecht overeenkomstig hun leeftijd en hun rijpheid (art. 12 van het verdrag)."*<sup>4</sup> (eigen onderlijning)

Of het nu om een afstammingszaak gaat of een zaak betreffende het recht op kinderbijslag, de Belgische hoven en rechtbanken stellen dat zodra een beslissing een effect zal hebben op een kind, de eerste overweging het hoger belang van het kind dient te zijn.<sup>5</sup> Het principe van de directe werking van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag, en dus de bindende kracht van lid 4 van artikel 22bis Grondwet, wordt met andere woorden algemeen aanvaard.

Nochtans volgt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, ondersteund door de Raad van State, deze stelling niet. Volgens de Raad van State kan men het hoger belang van het kind niet invoeren in een asielprocedure gezien de "*eigenheid van het asielrecht*", dit wil zeggen dat de Raad van mening is dat kinderen van asielzoekers anders kunnen worden behandeld dan andere kinderen. Het recente arrest van de Raad van State en bovenvermelde rechtspraak roepen de vraag op of de Raad van State kan beslissen om kinderen anders te behandelen afhankelijk van de aard van de procedure?

Gezien de Antidiscriminatiewetgeving in ons land, diende de Raad van State dit verschil in behandeling binnen de grenzen van de discriminatiewetgeving te verantwoorden. De verantwoording die de Raad van State geeft, met name "*de eigenheid van het asielrecht*" is te beknopt om enige analyse mogelijk te maken. Het is onmogelijk om na te gaan op welk aspect van de asielprocedure de Raad van State zich baseert om dit te stellen. De verwijzing naar "*de eigenheid van het asielrecht*" kan dan ook in geen geval volstaan als rechtvaardigheidsgrond voor ongelijke behandeling van kinderen in de asielprocedure ten opzichte van kinderen betrokken in andere procedures. Welk legitiem doel gediend zou zijn met het onderscheid is dus absoluut onduidelijk.

Wat ook de Raad van State als doel moge voorhebben, het gemaakte onderscheid draagt er wellicht niet toe bij om dit doel te verwezenlijken. Wij kunnen niet anders dan besluiten dat er een ongeoorloofd onderscheid wordt gemaakt in de behandeling van kinderen, afhankelijk van de aard van de procedure waarin zij betrokken zijn. Met andere woorden, de Raad van State legitimeert discriminatie van kinderen in de asielprocedure.

<sup>4</sup> Cass. 11 maart 1994, Arr. Cass.1994/I/, 253.

<sup>5</sup> Zie o.a.: Arbh. Bergen 23 maart 1999 J.dr.jeun. 2000, afl. 192, 36; Arbr. Brussel, 9 december 2004, AR nr. 79.589/04; Arbr. Brussel, 8 november 2004, AR nr. 78.914; Arbr. Brugge, 24 december 2001, RW 2002-2003, afl. 21, 833-834.