

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Het belang van het kind en de eigenheid van het asielrecht (noot onder RvS 29 mei 2013)

Reference:

Vandenhoe Wouter.- *Het belang van het kind en de eigenheid van het asielrecht (noot onder RvS 29 mei 2013)*

Tijdschrift voor vreemdelingenrecht / Vlaams Minderhedencentrum - ISSN 0776-8605 - 3(2014), p. 323-327

Het belang van het kind en de eigenheid van het asielrecht

Met het arrest van 29 mei 2013 legde de Raad van State de achillespees bloot van de Belgische grondwettelijke waarborgen van kinderrechten: aan het artikel 22bis van de Grondwet kennen rechters doorgaans geen directe werking toe. In het arrest spreekt de Raad van State zich eveneens uit over de verhouding tussen het recht van de kinderrechten en het asielrecht. In wat volgt behandelen we achtereenvolgens de directe werking, het belang van het kind en de verhouding tussen het recht van de kinderrechten en het asielrecht.

1. Directe werking

De Raad van State verwerpt in voorliggend arrest de directe werking van artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet. Die bepaling waarborgt dat het belang van het kind de eerste overweging is bij elke beslissing die het kind aangaat. De Raad van State voert twee argumenten aan. In de eerste plaats wijst hij erop dat het vijfde lid van artikel 22bis van de Grondwet voorziet in de uitvoering van artikel 22bis door de formele wetgevers. Dat vijfde lid is geïnspireerd door een gelijkaardige bepaling in artikel 23 van de Grondwet, dat het recht op een menswaardig leven waarborgt. Naast dit tekstuele argument verwijst de Raad van State ook naar de parlementaire voorbereiding. Daarin zou gewezen zijn op het “eerder symbolisch karakter” van de grondwettelijke waarborgen inzake kinderrechten.¹

De Raad van State is naar aanleiding van dit arrest onterecht bekritiseerd als zou hij kinderrechten alleen maar een symbolische rol toekennen in asielprocedures.² De Raad van State stelt zelf niet met zoveel woorden dat artikel 22bis van de Grondwet een symbolisch karakter heeft. Hij beroept zich op de parlementaire voorbereiding. Niettemin kan de Raad van State bekritiseerd worden voor zijn selectieve lezing van en verwijzing naar de parlementaire voorbereiding. Zo poneert de Raad van State, met algemene verwijzing naar twee parlementaire stukken van de Kamer, dat “in de Kamer [is] benadrukt dat deze nieuwe rechten geen directe werking maar een eerder symbolisch karakter zouden hebben.”³ In het ene aangehaalde stuk valt het woord symbolisch slechts één keer, is de teneur anders dan voorgesteld,⁴ en worden twee deskundigen geciteerd die vooral dienden te onderzoeken of de voorgestelde grondwetswijziging in overeenstemming was met de herzieningsverklaring.⁵ Ook in het andere aangehaalde stuk was de teneur positief (niet eerder symbolisch, maar “zeker” of “belangrijke” symbolische meerwaarde).⁶ Los van de verwijzing naar het al dan niet symbolisch karakter, besloten de experts, die de werkgroep bijstonden belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet, eerder voorzichtig dat de formulering van de tekst op *het eerste gezicht* noopte tot de conclusie dat de rechten in artikel 22bis van de Grondwet *in principe* geen rechtstreekse werking zouden hebben.⁷ De parlementaire werkgroep concludeerde mede op basis van dit advies eerder ongenueanceerd dat “de ontworpen bepalingen niet rechtstreeks van toepassing zouden zijn.”⁸ Uit de parlementaire voorbereiding in de Senaat blijkt op zijn minst dat er geen consensus was over de al dan niet directe werking van artikel 22bis van de Grondwet.⁹

¹ RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 6.2.

² C. Melkebeek, “Kinderrechten – art. 22bis Grondwet – in asielprocedures zijn enkel symbolisch volgens de Raad van State”, *E-zine Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten* juni 2013, 10 juni 2013, <http://www.ieugdenkinderrechten.be/> (30 april 2014);

³ RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 6.2.

⁴ “hoewel (...) [zij] geen significante juridische vooruitgang in zich draagt, (...) niettemin een belangrijk symbolisch signaal [geeft] [...]”, zie Herziening van artikel 22bis Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2007-08, nr. nr. 52K175/1, 6. Uit andere stukken valt op te maken dat de deskundigen het daarbij hadden over zowel de inhoud als over de juridische draagwijdte (zie Herziening van artikel 22bis Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2007-08, nr. nr. 52K175/5, 29-32).

⁵ Herziening van artikel 22bis Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2007-08, nr. nr. 52K175/1, 6.

⁶ Herziening van artikel 22bis Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2007-08, nr. nr. 52K175/5, 6 en 33.

⁷ Verslag over het voorstel tot herziening van artikel 22bis van de Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2007-08, nr. 52K175/005, 31.

⁸ *Ibid.*, 13.

⁹ *Hand. Senaat* 2004-05, 9 december 2004, nr. 3-87, 36-38. De Bethune verdedigde een andere benadering: “Dat de grondwetgever directe werking wil creëren, blijkt duidelijk uit de toelichting bij de verschillende voorstellen.”) Ook later heeft de Bethune te kennen gegeven dat het precies omwille van de betwiste directe werking van het kinderrechtenverdrag is dat ze opname in de Grondwet van de algemene beginselen van het kinderrechtenverdrag belangrijk was (zie Verslag over het voorstel tot herziening van artikel 22bis van de Grondwet, *Parl.St. Senaat* 2008-09, nr. 4-800/2, 5).

Een meer accurate weergave van de parlementaire voorbereidingen laat niet toe om zonder meer tot een gebrek aan directe werking van artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet te besluiten. De tegenovergestelde conclusie, namelijk dat die bepaling directe werking heeft, is echter evenmin uit de parlementaire voorbereiding af te leiden. Dat gebrek aan eensgezindheid en eenduidigheid kenmerkt ook de rechtspraak. Vooraleer we ingaan op de strekkingen in de rechtspraak, lijkt het nuttig om twee verduidelijkingen aan te brengen.

Ten eerste dient opgemerkt dat het leerstuk van de directe werking voornamelijk betrekking heeft op de doorwerking van internationale verdrags-, eerder dan van grondwetsbepalingen. De academische en rechterlijke interpretatie van het leerstuk bevindt zich dan ook voornamelijk op het eerstgenoemde domein. Dat brengt ons tot enkele inhoudelijke en terminologische verduidelijkingen. De (al dan niet directe) *werking* van een verdragsbepaling houdt verband met het teweegbrengen van rechtsgevolgen. In geval van directe werking heeft een verdragsbepaling 'onmiddellijke gevolgen'; ze doet "aan de zijde van justitiabelen [...] individuele rechten [...] ontstaan die de nationale rechterlijke instanties zouden moeten vrijwaren".¹⁰ Directe werking is te onderscheiden van de rechtstreekse toepasselijkheid; deze laatste heeft te maken met de *incorporatie* van internationale verdragen in het interne recht. Incorporatie vindt in België plaats door de enkele instemming met een verdrag door de wetgevende macht(en).¹¹ In voorliggende zaak gebruikt de Raad van State de termen toepasbaarheid en directe werking door elkaar, maar gaat het zonder twijfel over de directe werking van de in het geding zijnde grondwetsbepaling.

Het klassieke criterium voor het bepalen van directe werking is tweevoudig: subjectief en objectief. Het objectieve criterium houdt in dat een verdragsbepaling enkel directe werking heeft als ze "voldoende nauwkeurig en volledig" is.¹² In voorliggend arrest gewaagt de Raad van State van de noodzaak van "verdere uitwerking of precisering."¹³ Het subjectieve criterium verwijst naar de wil van de verdragspartijen om in een verdrag subjectieve rechten toe te kennen of verplichtingen aan individuen op te leggen.¹⁴ Dat brengt ons tot een ander analytisch onderscheid: directe werking is ook te onderscheiden van de vraag of uit een verdragsbepaling subjectieve rechten voortvloeien.¹⁵ Daarnaast heeft subjectieve criterium soms een andere invulling gekregen, waarbij de aandacht verschuift naar degene tot wie de verplichting gericht is (in verdragen is dat typisch de staat). Maes heeft terecht gargumenteerd dat "[d]e enkele verwijzing naar de normaddressaat als rem op directe werking [...] een drogreden [is]."¹⁶

In de rechtsleer is herhaaldelijk vastgesteld dat de voornoemde klassieke criteria problematisch zijn, in het bijzonder in verband met mensenrechten.¹⁷ Daarom is voorgesteld, om een niet al te restrictieve, maar veeleer evolutieve interpretatie te geven aan het begrip directe werking. De noodzaak aan interpretatie en toepassing van een bepaling zou de directe werking van een bepaling niet in de weg mogen staan. De Feyter heeft voorgesteld om directe werking toe te kennen aan die bepalingen die louter een onthoudingsplicht inhouden, evenals aan de combinatie van het grondwettelijk discriminatieverbod met bepalingen die onderworpen zijn aan progressieve realisatie.¹⁸ Alen en Pas hebben een gradueel concept van directe werking bepleit. Daarin zou de mate van directe werking van een bepaling met name afhankelijk zijn van de normatieve kracht van een mensenrechtenbepaling en van de beleidsvrijheid die aan de staat gelaten wordt.¹⁹ Claes en Vandaele hebben een vermoeden van directe werking voor mensenrechtenverdragen voorgesteld. Ze onderschrijven het voorstel voor een gradueel concept van directe werking, waarbij een bepaling

¹⁰ Cass. 25 september 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1733.

¹¹ Zie bijv. P. LEMMENS, "De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (37) 42.

¹² Cass. 4 november 1999, *RW* 2000-01, 232.

¹³ RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 6.2.

¹⁴ Cass. 21 april 1983, *RW* 1983-84, 2315.

¹⁵ Lemmens gewaagt van een *verwarring* tussen beide, zie P. LEMMENS, "De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (37) 49. Vergelijk G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 76.

¹⁶ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 74-75.

¹⁷ Zie in het bijzonder E. CLAES en A. VANDAELE, "L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme", *Revue belge de droit International* 2001/2, 411-491.

¹⁸ K. DE FEYTER, "De juridische gevolgen van de internationale en nationale erkenning van economische, sociale en culturele rechten" in K. RIMANQUE en M. WOUTERS (eds.) *Jaarboek Mensenrechten 1994 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1996, (161) 170.

¹⁹ A. ALLEN en W. PAS, "The UN Convention on the Rights of the Child's Self-executing Character" in E. VERHELLEN (ed.), *Monitoring Children's Rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1996, (165) 173 en 183.

grotere directe werking heeft naarmate de beleidsvrijheid voor de staat kleiner is.²⁰ Maes heeft gesuggereerd dat de “noodzakelijkheid van helderheid van de internationale bepaling [...] omgekeerd evenredig [is] met de strijdigheid van de nationale norm ermee.” Volgens Maes kan een bepaling die eerder vaag is geformuleerd toch nog toepassing vinden in het objectieve contentieux “in de mate dat de aangevochten norm hiermee manifest in strijd is.” Hij stelt voor het objectieve contentieux een minder veeleisend criterium voor (“objectieve rechtstreekse werking”), en een glijdende schaal van precisie en duidelijkheid van de internationale norm, in functie van de ernst van de strijdigheid.²¹

Aan verdragsbepalingen inzake burgerlijke en politieke rechten, zoals vervat in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BUPO-verdrag), kent de Belgische rechtspraak doorgaans directe werking toe.²² Aan economische, sociale en culturele rechten daarentegen, zoals onder meer gewaarborgd door het Herzien Europees Sociaal Handvest (HESH) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (ECOSOC-Verdrag), wordt de directe werking meestal onzeggend. Een uitzondering hierop is het recht op staken en wat de Raad van State betreft, ook de negatieve verplichting vervat in artikel 4.4 HESH.²³ Wat het Kinderrechtenverdrag betreft is de rechterlijke praktijk uiteenlopend, maar lijkt de tendens bij de hoogste rechtscolleges (Hof van Cassatie en Raad van State) eerder afwijzend te zijn.²⁴ Meer specifiek wat de Raad van State betreft heeft Lemmens opgemerkt dat het Kinderrechtenverdrag bijna uitsluitend aan bod gekomen is in het vreemdelingencontentieux, waar het hoge aantal zaken en de “vaak vergezochte middelen” zouden verklaren waarom de Raad van State de rechtstreekse werking doorgaans onzegt aan de bepalingen van het Kinderrechtenverdrag.²⁵ De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kent artikel 3 Kinderrechtenverdrag geen directe werking toe, maar beschouwt het als een nuttig interpretatief instrument.²⁶ Diezelfde Raad heeft artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat waarborgt dat de belangen van het kind een essentiële overweging moeten vormen, wel directe werking toegekend, en die bepaling in het licht van artikel 3 Kinderrechtenverdrag geïnterpreteerd.²⁷ Hij concludeerde dat het belang van de betrokken kinderen in rekening moet gebracht worden, ook als het gaat om maatregelen die hen onrechtstreeks beïnvloeden, zoals een verzoek om gezinshereniging vanwege een ouder.²⁸

Het Hof van Cassatie lijkt minstens impliciet de directe werking van artikel 22bis van de Grondwet te aanvaarden. Het stelde vast dat de rechter in hoger beroep onder meer art. 22bis van de Grondwet niet had geschonden door de betrokkenen schuldig te verklaren aan het niet-naleven van de verplichting tot vaccinatie tegen polio.²⁹

Op te merken valt dat de vraag naar de directe werking van verdragsbepalingen voor het Grondwettelijk Hof niet echt relevant is, omdat het Hof louter toetst aan de Grondwet, niet aan verdragen.³⁰ Het Grondwettelijk Hof betreft internationale verdragsrechtelijke normen vaak in de analyse van grondwettelijke normen zonder de vraag naar de directe werking te hoeven stellen. De directe werking van artikel 22bis van de Grondwet is voor het Grondwettelijk Hof geen discussiepunt.

2. Belang van het kind

²⁰ E. CLAES en A. VANDAELE, “L’Effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l’homme”, *Revue belge de droit International* 2001/2, (411) 423 en 463.

²¹ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 73-78.

²² Zie E. CLAES en A. VANDAELE, “L’Effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l’homme”, *Revue belge de droit International* 2001/2, (411) 417 en 440.

²³ RvS 28 april 2008, nr. 182.454.

²⁴ Voor een overzicht en analyse van de rechtspraak, zie onder meer W. VANDENHOLE, “The Convention of the Rights of the Child in Belgian case-law” in J. DOEK en T. LIEFAARD (eds.), *Litigating Children’s Rights*, New York/Heidelberg, Springer, 2014, te verschijnen; P. SENAËVE m.m.v. S. ARNOEYTS, “Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het IVRK” in P. LEMMENS en P. SENAËVE (eds.), *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 103-170; Herziening van artikel 22bis Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2007-08, nr. K51175/5, 30-32; A. ALEN en W. PAS, “De directe werking van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind”, *Kinderrechtengids*, deel I, 1.1. 1994.

²⁵ P. LEMMENS, “De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde” in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (37) 51-52.

²⁶ RvV 18 mei 2010, *JDJ* 2011, nr. 307, 39-41.

²⁷ Het Handvest heeft dezelfde juridische waarde als de EU-Verdragen.

²⁸ RvV 21 februari 2013, nr. 97 183. Het cassatieberoep tegen dit arrest is verworpen door de RvS (RvS 15 januari 2014, nr. 226.067).

²⁹ Cass. 18 december 2013, P.13.0708.F.

³⁰ GwH 22 juli 2003, nr. 106/2003, B.4.2.

Niettegenstaande de verwerping van de directe werking van artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet, argumenteert de Raad van State dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen “wel degelijk de situatie van de kinderen van de verzoekers in ogenschouw heeft genomen.”³¹ De Raad van State lijkt de standaard van het belang van het kind als eerste overweging zo te reduceren tot aandacht hebben voor de situatie van de kinderen. Dat brengt ons bij de vraag naar de betekenis van het begrip “belang van het kind” en de rol die het begrip speelt.

Het begrip “belang van het kind” is een open norm: het heeft geen eenduidige inhoud. Bovendien werkt het vaak eerder bevoogdend, omdat het belang van het kind vaak een subjectieve invulling krijgt vanuit het perspectief van volwassenen, in veel gevallen van de rechter.³² Zo staat het in een spanningsverhouding tot het recht van het kind om zijn mening te uiten. In een recente algemene commentaar heeft het Comité voor de Rechten van het Kind de *betekenis* van het belang van het kind niet echt verduidelijkt: het geeft aan dat het begrip complex is en de inhoud geval per geval moet vastgesteld worden, in functie van de specifieke situatie.³³ Weliswaar heeft het Comité de *functie* van het begrip gepreciseerd, maar dat levert geen inhoudelijke verduidelijking op. Het Comité ziet een complementaire rol voor het belang van het kind en het spreekrecht: het belang van het kind kan slechts bepaald worden met naleving van het spreekrecht.³⁴

Eerder dan het begrip een abstracte, algemene invulling te geven, gaat er zeker in een migratiecontext veel aandacht naar de beoordeling (“assessment”) en de formele procedures om het belang van het kind te bepalen (“best interests determination”).³⁵ Het Comité voor de Rechten van het Kind hanteert in zijn algemene commentaar dezelfde begrippen. Het reikt een niet-exhaustieve lijst van elementen aan om het belang van het kind te bepalen. Elementen op die lijst zijn onder andere: de mening van het kind; de identiteit van het kind; het behoud van de gezinsomgeving en het behoud van sociale relaties; zorg, bescherming en veiligheid van het kind; kwetsbaarheidssituatie; het recht op gezondheid; en het recht op onderwijs.³⁶ Elders hebben we gepoogd om na te gaan hoe het belang van het kind richting zou kunnen bieden aan het bepalen van een levenstraject voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.³⁷

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft inzake het belang van het kind gaandeweg enkele parameters geïdentificeerd. In Neulinger en Shuruk argumenteerde de grote kamer dat het belang van het kind twee dimensies heeft: het behoud van de gezinsbanden en de ontwikkeling van het kind in een gezonde omgeving.³⁸ In de zaak Popov definieerde het Hof het belang van het kind als het bijeengehouden van het gezin, en het overwegen van alternatieven zodat de detentie van minderjarigen enkel een ultieme maatregel is.³⁹

Een tweede vraag is welke draagwijdte precies gegeven moet worden aan het belang van het kind. De algemene bepaling in het Kinderrechtenverdrag over het belang van het kind, artikel 3, bepaalt dat het belang van het kind *een* eerste overweging moet zijn bij elke beslissing betreffende het kind. Het onbepaald lidwoord “een” staat daar niet toevallig. Tijdens de onderhandelingen wilden staten

³¹ RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 6.2.

³² Voor een algemene duiding, zie onder meer M. FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child in A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007; E. DE KEZEL, “Het begrip “het belang van het kind”, *RW* 1998-99, 1163-1167; zie ook C. SMYTH, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child. An Exploration of Meaning and Compliance*, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/20462/Proof.Smyth.Thesis%2016x24.pdf?sequence=20> (30 april 2014); R. VASSEUR, “Onenigheid tussen gescheiden ouders met betrekking tot de levensbeschouwelijke opvoeding van hun kinderen: potentiële criteria ter nadere invulling van het belang van het kind” (noot onder Jeugdrb. Brugge 26 januari 2012, *TJK* 2012/3, 254-259).

³³ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (29 mei 2013), *UN Doc. CRC/C/GC/14*, § 32.

³⁴ *Ibid.*, § 43.

³⁵ Zie *UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, June 2008, <http://www.unhcr.org/4566b16b2.html> (30 april 2014) en *Field Handbook for the Implementation of the UNHCR BID Guidelines*, 2011 <http://www.refworld.org/pdfid/4e4a57d02.pdf> (30 april 2014).

³⁶ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (29 mei 2013), *UN Doc. CRC/C/GC/14*, §§ 52-79. In de literatuur zijn ook checklists ontwikkeld; de bekendste is die van Kalverboer en Zijlstra (M. KALVERBOER en E. ZIJLSTRA (eds.), *Kinderen uit asielzoekersgezinnen en het recht op ontwikkeling: het belang van het kind in het vreemdelingenrecht*, Amsterdam, SWP, 2006.

³⁷ J. RYNGAERT, I. DERLUYN en W. VANDENHOLE, “Van duurzame oplossing naar levenstraject voor niet-begeleide buitenlandse minderjarigen” in C. TIMMERMAN, I. LODEWYCKX, E. VANDERWAEREN en D. VANHEULE (eds.), *MInteGRATIE. Over nieuwe vormen van migratie en integratie*, Antwerpen, Antwerp University Press, 2011, (247) 268-275.

³⁸ EHRM, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 2010, § 136.

³⁹ EHRM, *Popov v. France*, 2012, §§ 141.

vermijden dat het belang van het kind zonder meer andere belangen zou overheersen. In de lezing van het Comité moet artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag zo begrepen worden dat het een prioriteitstelling inhoudt: het belang van het kind mag niet beschouwd worden op het zelfde niveau als andere overwegingen wegens de bijzondere situatie van het kind.⁴⁰ In specifieke bepalingen van het Kinderrechtenverdrag, en in andere juridische instrumenten zoals het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie of de Belgische Grondwet, wordt het belang van het kind verheven tot de eerste overweging. In de lezing van het Grondwettelijk Hof betekent dit dat rechtscolleges verplicht zijn om “in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben.” Het voegt daar aan toe:

“Hoewel het belang van het kind de eerste overweging vormt, heeft het geen absoluut karakter. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in door het feit dat het de zwakke partij is in de familiale relatie. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet mogelijk om niet eveneens rekening te houden met de belangen van de andere in het geding zijnde partijen.”⁴¹

Hoewel het Hof deze verduidelijking gaf in de context van de afstammingsregeling, maakte het deze analyse in dergelijk algemene bewoordingen dat ze ook van toepassing kan zijn op migratiezaken.

Het EHRM maakt van het belang van het kind de hoogste (“paramount”) overweging.⁴²

3. De verhouding tussen het recht van de kinderrechten en het asielrecht

De Raad van State doet in voorliggend arrest ook uitspraak over de verhouding tussen de bepaling over het belang van het kind en het asielrecht:

“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 [Vreemdelingenwet] in uitvoering van Europese regelgeving en van het [Vluchtelingenverdrag], duidelijk omschreven voorwaarden voorzien voor de erkenning als vluchteling dan wel de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus.”

Die uitspraak kan op uiteenlopende wijzen geïnterpreteerd worden. Een mogelijke lezing is dat de Raad van State hier gebruik maakt van het principe dat de specifieke regel voorrang heeft op de algemene (*lex specialis derogat legi generali*). Hij beklemtoont immers dat de *algemene* bepaling over het belang van het kind geen afbreuk kan doen aan de *eigenheid* van het asielrecht. Een andere lezing zou kunnen zijn dat de Raad van State alludeert op een hiërarchische verhouding tussen het Europees recht en het internationaal verdragsrecht, dat ten grondslag ligt aan de betreffende bepalingen van de Vreemdelingenwet, en artikel 22bis van de Grondwet, waarbij de eerstgenoemden zouden primeren op de Grondwet. Meer inhoudelijk zou de Raad van State hier kunnen bedoelen dat het belang van het kind de voorwaarden voor de ouders voor erkenning als vluchteling of voor de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus niet buitenspel kan zetten.⁴³

Dergelijke positie lijkt moeilijk houdbaar. Zo heeft het Grondwettelijk Hof in een recent arrest inzake een niet-begeleide minderjarige vreemdeling geoordeeld dat het belang van het kind niet buitenspel gezet kan worden:

“[D]e wetgever [kan] [...] de bevoegde overheid niet ervan vrijstellen rekening te houden met het specifieke belang van het kind, in het verlengde van de grondwettelijke en internationale bepalingen [...]. [...] bij elke door de minister of zijn gemachtigde genomen beslissing [moet] met name rekening [...] worden gehouden met het hoger belang van het kind.”⁴⁴

⁴⁰ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (29 mei 2013), *UN Doc. CRC/C/GC/14*, § 37 en 39.

⁴¹ GwH 29 januari 2014, nr. 16/2014, B.8.

⁴² EHRM, *Popov v. France*, 2012, § 140.

⁴³ Met dank aan een anonieme reviewer voor het opperen van deze interpretatie.

⁴⁴ GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, B.12.5.

Weliswaar gaat het hier om een beslissing die rechtstreeks een niet-begeleide minderjarige betreft, maar aangezien minderjarige kinderen in de regel het juridisch verblijfsstatuut van hun ouder(s) volgen, heeft elke beslissing over het verblijfsstatuut van de ouder(s) onvermijdelijk ook een invloed op de kinderen, en lijkt het dus moeilijk houdbaar om hun belang niet mee in rekening te nemen.

Het EHRM heeft duidelijk gemaakt dat de extreme kwetsbaarheid van een kind soms primeert op de hoedanigheid van vreemdeling in onwettig verblijf (in dat geval in het licht van het verbod van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling),⁴⁵ en het belang van het kind een zeer belangrijke rol speelt in migratiecontrolebeleid, zodat dat laatste kan doorkruist worden.⁴⁶

Het in overweging nemen van het belang van het kind betekent echter niet systematisch dat dat belang overweegt. Zo oordeelde het Straatsburgse Hof in een recente zaak tegen België dat de verwijdering van een zeer zieke moeder in onwettig verblijf samen met haar jonge kinderen geen onterechte prioriteitstelling van het algemeen belang over onder meer het belang van de kinderen inhield.⁴⁷

De afwijzende houding van de Raad van State ten aanzien van het belang van het kind als een element dat in rekening gebracht moet worden in de erkenning als vluchteling of de toekenning van de bijzondere beschermingsstatus lijkt minder en minder houdbaar. Iets anders is welk gewicht aan het belang van het kind wordt toegekend. Het belang van het kind is niet absoluut. Het moet afgewogen worden met andere belangen.

Wouter Vandenhole*

⁴⁵ EHRM, Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga, 2006, § 55; EHRM, Muskhadzhiyeva e.a., 2010, §§ 56-58; EHRM, Kanagaratnam e.a., 2011, §§ 62 en 67.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM, Nunez v. Norway, 2011, § 84 over de uitzetting van een moeder met verbod om het land opnieuw binnen te komen binnen de eerste twee jaren.

⁴⁷ EHRM, Josef c. Belgique, 2014, § 146.

*De auteur is hoofddocent aan de Universiteit Antwerpen, UNICEF-leerstoel Kinderrechten, Onderzoeksgroep Recht en Ontwikkeling, Faculteit Rechten. UNICEF eerbiedigt de academische vrijheid van de houder van de leerstoel. De door de houder ingenomen standpunten verbinden geenszins UNICEF.