
ADVIES: DE PLAATS VAN DE KINDERRECHTEN IN HET NIEUWE MIGRATIEWETBOEK

Mei 2021



Plate-forme mineurs en exil
Platform kinderen op de vlucht

Inhoud

Inleiding	1
I. Integreer het concept van het hoger belang van het kind volledig en op een transversale manier in het wetboek, zodat het een primaire overweging is bij elke beslissing die een kind of kinderen aangaat	3
A. Integreer het hoger belang van het kind in het nieuwe wetboek als transversaal beginsel van toepassing op elke procedure waarbij een kind betrokken is	4
B. Voorzie een beoordeling en vaststelling <i>in concreto</i> van het belang van de betrokken kinderen	5
C. Zorg ervoor dat met het belang van het kind rekening wordt gehouden bij elke beslissing die een kind of kinderen aangaat	6
II. Integreer in het Migratiewetboek het recht van het kind om te worden gehoord in alle procedures die hem of haar betreffen.....	7
III. Opsporen van en rekening houden met kwetsbaarheden	9
A. Voorzie in formele procedures om kwetsbaarheden op te sporen	11
B. Procedurele waarborgen	12
C. De identificatieprocedure betreffende NBMV	15
D. Maak een einde aan de detentie van gezinnen met kinderen en versterk de alternatieven voor detentie	17
E. Behoeften op het gebied van opvang en omkadering	18
IV. Integreer verwijzingen naar en leg verbanden met andere relevante normen van internationaal en Europees recht om de rechten van het kind beter te waarborgen	19
V. Diverse maatregelen om de eerbiediging van de rechten van het kind te verbeteren	20
A. Met betrekking tot de procedure voor een "duurzame oplossing" (art. 61/14 W. 1980)	20
B. Met betrekking tot de verblijfsstatus van in België geboren kinderen van niet-Belgische ouders	22
C. Overige aanbevelingen en aandachtspunten:.....	24
Conclusie.....	27
Bijlage 1 : <i>La loi sur la tutelle des MENA (loi programme du 24/12/2002) et ses dispositions spécifiques relatives à l'identification des MENA (détermination de l'âge) - Analyse par Cécile Ghymers avec l'aide de la Plate-forme Mineurs en exil</i>	28
Bijlage 2 : <i>Le séjour des MENA (articles 61/14 et s. de la loi du 15/12/80) ou séjour solution durable - Analyse par Cécile Ghymers</i>	37

Inleiding

Het nieuwe Migratiewetboek beoogt de leesbaarheid en coherentie van de regels inzake verblijf en opvang te verbeteren, hierbij rekening houdend met de relevante Europese en internationale regelgeving en rechtspraak. De Commissie Migratiewetboek zal ook lacunes in de regelgeving opsporen en voorstellen voor verbeteringen doen, met bijzondere aandacht voor het bevorderen van de rechtszekerheid. **Een belangrijke doelgroep mag in dit nieuwe wetboek niet worden vergeten: kinderen in migratie.**

Kinderen maken immers een groot deel uit van de mensen op wie de migratieregelgeving van toepassing is. Een kwart van de in 2019 in België geregistreerde verzoeken om internationale bescherming had betrekking op minderjarigen, waarvan 4% op niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (verder “NBMV”) en 22% op kinderen in gezinnen.¹

Zowel kinderen in gezinnen als niet-begeleide minderjarigen die rechtstreeks door migratie worden getroffen, zien de eerbiediging van hun grondrechten afhangen van talrijke administratieve en gerechtelijke procedures. Ondanks enige vooruitgang blijven deze procedures over het algemeen echter slecht aangepast aan hun situatie. De codificatie van de wetgeving betreffende de opvang, de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen lijkt derhalve een uitgelezen kans om deze tekortkomingen te verhelpen.

Kinderen in migratiesituaties worden immers geconfronteerd met complexe besluitvormingsprocedures en talrijke obstakels om toegang te krijgen tot zorg of een beschermingsstatus zoals die momenteel georganiseerd worden. Er wordt binnen de verschillende administratieve en gerechtelijke systemen ook niet voldoende rekening gehouden met hun ontwikkelingsbehoeften op lange termijn. Het is daarom noodzakelijk dat in het nieuwe wetboek ten volle rekening wordt gehouden met het specifieke karakter van kinderen in migratiesituaties.

De eerbiediging van hun grondrechten, zoals vastgelegd in het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (verder “IVRK”), moet een prioriteit worden in de wetgeving, met als hoofddoel hun eenvoudige, begrijpelijke procedures, maar vooral meer rechtszekerheid te garanderen.

De bescherming van de rechten van deze kinderen houdt ook in dat de grote principes² van de Richtsnoeren van het Comité van Ministers van de Raad van Europa voor kindvriendelijke justitie moeten worden toegepast. Deze richtsnoeren kunnen een belangrijke inspiratiebron zijn bij het opstellen van het nieuwe wetboek, aangezien zij de sleutels vormen tot kindvriendelijke justitie en centraal moeten staan in elke procedure waarbij kinderen betrokken zijn. Zij moeten daarom worden toegepast in alle internationale beschermingsprocedures waarbij kinderen betrokken zijn, ongeacht of zij deel uitmaken van een gezin dan wel niet-begeleid zijn.

Dit advies is het resultaat van een gezamenlijke oefening van het **Platform Kinderen op de vlucht en Défense des Enfants International (DEI) - Belgique**.

Om dit advies op te stellen werd een groot aantal bronnen geraadpleegd. In de eerste plaats zijn **verschillende bevindingen afkomstig uit onderzoek dat de beide auteurs, leden van het Platform Kinderen op de vlucht of andere partners reeds over kinderen in migratiesituaties verricht hebben**. In deze studies wordt gewezen op de obstakels waarmee kinderen worden geconfronteerd en worden aanbevelingen gedaan om hun opvang en omkadering te verbeteren.

Voorts heeft een **multidisciplinair overleg, waaraan verschillende professionals uit de academische, de juridische en de verenigingswereld deelnamen**, het mogelijk gemaakt verder te reflecteren over

¹ Bron: Federaal Migratiecentrum MYRIA, Migratie in cijfers en rechten, 2020, Katern uit het jaarverslag, p. 3, [online](#) beschikbaar.

² Onder meer: het hoger belang van het kind, het recht op gelijke behandeling, op informatie en inspraak, op een zorgvuldige en respectvolle behandeling, en op een eerlijk proces zijn allemaal rechten en beginselen die op concrete en systematische wijze ten uitvoer moeten worden gelegd. De richtsnoeren zijn [online](#) beschikbaar (III-Grondbeginselen, p. 17).

de integratie van de kinderrechten in het Migratiewetboek. Deze uitwisseling heeft concrete punten aan het licht gebracht, die in dit advies zijn opgenomen. **Wij danken alle deelnemers hartelijk voor hun suggesties en bijdragen.**

Naast de ledenorganisaties van het Platform Kinderen op de vlucht en DEI-Belgique hebben ook de **Ligue des droits humains (LDH)** en het **Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant (CIDE)**, die actief aan het overleg hebben deelgenomen, dit advies ondertekend.

Dit advies is niet exhaustief, wij hebben ons geconcentreerd op enkele belangrijke beginselen van de rechten van het kind en wij hebben ervoor gekozen enkele obstakels voor de verwezenlijking van deze rechten aan de orde te stellen binnen het huidige rechtskader van de Vreemdelingen- en Opvangwet. Verschillende ledenorganisaties van het Platform Kinderen op de vlucht werden eveneens benaderd door de Commissie Migratiewetboek, **wij verwijzen dan ook naar hun bijdragen die in complementariteit met dit advies gelezen moeten worden: Vluchtelingenwerk Vlaanderen, CIRÉ, Kinderrechtencommissariaat, MOVE – Voorbij detentie van migranten, Federaal Migratiecentrum - MYRIA, Centrum voor de Sociale Studie van Migratie en Vluchtelingen (CESSMIR) van de Universiteit Gent, UNHCR, NANSEN, de “Commission Etrangers” van de Ligue des droits humains, enz.**

Het Platform Kinderen op de vlucht is een nationaal, tweetalig platform, dat bestaat uit meer dan 55 ledenorganisaties en waarnemers.³ Het Platform beoogt de coördinatie van de acties van professionals die werken met NBMV en met kinderen die door hun ouder(s) worden begeleid maar in precair of onwettig verblijf verkeren. Door middel van haar coördinatietaken streeft het Platform naar een betere bescherming en sociale integratie van deze bijzonder kwetsbare groepen, die grotendeels uit nieuwkomers bestaan.

Défense des Enfants International - Belgique is een lokale en onafhankelijke vereniging, opgericht in 1991 en lid van de wereldwijde Defence for Children International (DCI) beweging sinds 1992. Terwijl DCI tot doel heeft alle kinderrechten te bevorderen en te verdedigen, richt DEI-Belgique zich vooral op geweld tegen kinderen, vrijheidsberoving, jeugdrecht, kinderen in migratiesituaties en kinderpaticipatie. DEI-Belgique voert actie-onderzoek uit (literair onderzoek en veldonderzoek), leidt professionals op, ontwikkelt activiteiten en instrumenten voor permanente educatie, ondersteunt strategische processen en doet aan pleitbezorging.

Contactpersonen: De auteurs van dit advies blijven beschikbaar voor een gedachtewisseling met de Commissie Migratiewetboek of met andere personen die betrokken zijn bij de opstelling en goedkeuring van het wetboek om meer informatie te verstrekken over de rechten van het kind. U kunt ons per e-mail bereiken op mz@sdj.be en Eva.Gangneux@defensedesenfants.be

³ De lijst van de leden en waarnemers van het Platform is [online](#) beschikbaar.

I. Integreer het concept van het hoger belang van het kind volledig en op een transversale manier in het wetboek, zodat het een primaire overweging is bij elke beslissing die een kind of kinderen aangaat

In dit deel van het advies worden de vragen 1, 6 en 7 uit de bevraging van de Commissie Migratiewetboek beantwoord.

Volgens artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind moet bij alle handelingen betreffende kinderen het hoger belang van het kind een eerste overweging (*a primary consideration*) vormen. Ook artikel 22bis, lid 4, van de Belgische Grondwet verwijst hiernaar.

Het hoger belang van het kind is een drievoudig concept: het is **een materieel recht, een fundamenteel interpretatief rechtsbeginsel** (er moet rekening mee worden gehouden bij de interpretatie van de wet) en tenslotte **een procedureregulering** die moet worden nageleefd wanneer het om een kind gaat.

Het VN-Kinderrechtencomité bepaalt onder meer dat artikel 3, lid 1, moet worden toegepast in besluiten van bestuurlijke autoriteiten betreffende onder andere bescherming, asiel, immigratie of toegang tot de nationaliteit en stelt dat "*bij individuele besluiten op deze gebieden door bestuurlijke autoriteiten [...] de belangen van het kind leidend [moeten] zijn, ook bij de beoordeling ervan. Dit geldt ook voor alle uitvoeringsmaatregelen*".⁴ Voor beslissingen over individuele gevallen, met inbegrip van beslissingen over een gezin, **moet het hoger belang van het kind daarom worden beoordeeld en vastgesteld met inachtneming van de concrete situatie van de betrokken kinderen.**

In de Belgische migratiewetgeving wordt nu al meermaals verwezen naar het hoger belang van het kind. In W. 2007 wordt melding gemaakt van de noodzaak om rekening te houden met het belang van het kind en worden elementen gespecificeerd waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling daarvan (art. 37). W. 1980 bevat momenteel acht **verwijzingen naar het belang van het kind en twee verwijzingen naar het belang van het kind of de minderjarige**. Het concept van het hoger belang van het kind is opgenomen in de W. 1980 betreffende: de toekenning van verblijfsvergunningen (arts. 10bis en 12bis), de beëindiging van het verblijf van een Unieburger (art. 44bis), een verzoek om internationale bescherming (art. 57/1), de procedures van toepassing op slachtoffers van mensenhandel (art. 61/2), het zoeken naar een duurzame oplossing voor een niet-begeleide minderjarige vreemdeling (art. 61/17) en verwijderingsbesluiten (arts. 74/13 en 74/16).

Hoewel wij **verheugd** zijn **over het toenemend aantal verwijzingen** naar de overweging van het belang van het kind in de wetgeving, **stellen wij vast dat het hoger belang van het kind vandaag nog niet daadwerkelijk op systematische en adequate wijze wordt beoordeeld, bepaald en in aanmerking genomen** bij alle beslissing betreffende kinderen die door deze wetten worden geregeld.

In het nieuwe migratiewetboek moet daarom het belang van het kind worden opgenomen als een transversaal rechtsbeginsel waarmee rekening moet worden gehouden in elke procedure en elke stap van de procedure die kinderen betreft (A). **Voorts moet het wetboek dit recht effectief maken door ervoor te zorgen dat het concreet wordt beoordeeld en vastgesteld voor elke beslissing die het kind aangaat (B).** Ten slotte **moet het wetboek de nodige waarborgen bieden om ervoor te zorgen dat**

⁴ Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, Algemeen commentaar no. 14, CRC/C/GC/14, §30.

het belang van het kind bij elke beslissing waarop het wetboek van toepassing is, daadwerkelijk de eerste overweging is (C).

A. Integreer het hoger belang van het kind in het nieuwe wetboek als transversaal beginsel van toepassing op elke procedure waarbij een kind betrokken is

Ondanks het feit dat artikel 3.1 van het IVRK en artikel 22bis, lid 4, van de Grondwet over de W.1980, zouden moeten primeren, stellen we bij de Belgische rechtbanken een gebrek aan erkenning vast van de rechtstreekse werking van het beginsel van het hoger belang van het kind. **Het is daarom van essentieel belang dat in het Migratiewetboek de overweging van het hoger belang van het kind wordt vermeld als een transversale regel die moet worden toegepast i.h.k.v. elke procedure die door dit wetboek zal worden geregeld.**

Deze algemene bepaling, bijvoorbeeld aan het begin van het wetboek, die bevestigt dat het beginsel van het hoger belang van het kind moet worden toegepast op alle aangelegenheden die het wetboek regelt, zou kunnen worden geïnspireerd door het artikel 1 van de nieuwe code voor preventie, jeugdhulp en jeugdbescherming van de Fédération Wallonie Bruxelles: « *Quiconque concourt à l'application du présent code est tenu de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ou du jeune et de respecter les droits et libertés qui lui sont reconnus. / Parmi ces droits et libertés, figurent ceux qui sont énoncés dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et dans la Constitution.* »⁵.

Een dergelijk transversaal artikel is noodzakelijk, maar **het blijft van belang dat voor elke procedure in de bepalingen tot regeling ervan melding wordt gemaakt van de noodzaak om het hoger belang van het kind te beoordelen, te bepalen en in aanmerking te nemen.**

Zoals het VN-Kinderrechtencomité stelt, is het hoger belang van het kind "een dynamisch concept dat beoordeeld moet worden in een specifieke context". Verder stelt het Comité dat "het belang van het kind [...] diverse kwesties beslaat die voortdurend aan verandering onderhevig zijn".⁶ **Het is bijgevolg niet wenselijk het belang van het kind vast te leggen in een strikte definitie, die het concept te zeer zou kunnen beperken of zelfs van zijn waarde zou ontdoen.**

Een transversaal artikel zou echter bakens kunnen uitzetten om de betekenis en de werkingssfeer van het hoger belang van het kind te verduidelijken. Deze kunnen worden geïdentificeerd aan de hand van de werkzaamheden van het VN-Kinderrechtencomité. Géraldine Mathieu en Anne-Catherine Rasson, onderzoekers aan de *Université de Namur* en deskundigen in kinderrechten, identificeren er vier:

- "het beginsel van het belang van het kind vereist respect voor de **fundamentele rechten** van het kind. " ;
- "**aan de rechten en het belang van het kind moet**, in het licht van de kwetsbaarheid van het kind, **het grootste gewicht worden toegekend** wanneer deze strijdig zijn met andere rechten en belangen";
- "er wordt een concrete en daadwerkelijke eerbiediging van het belang van het kind verwacht. De wetgever moet uiteraard keuzes kunnen maken die in theorie overeenstemmen met de

⁵ Fédération Wallonie Bruxelles, Décret du 18 janvier 2018 portant le code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, [online](#) te raadplegen.

⁶ Extracten uit Algemeen commentaar no.14, CRC/C/GC/14 van het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties.

belangen van het kind, maar hij moet er ook rekening mee houden dat deze belangen vervolgens **in de praktijk door de autoriteiten opnieuw zullen worden geëvalueerd** in het licht van de specifieke omstandigheden, de situatie van het betrokken kind, zijn of haar ontwikkeling, zijn of haar capaciteiten en tijdsbesef.";

- Er moet een speciale plaats worden ingeruimd voor **de mening van het kind**".⁷

B. Voorzie een beoordeling en vaststelling *in concreto* van het belang van de betrokken kinderen

Rekening houden met het belang van het kind impliceert allereerst de beoordeling en vaststelling *in concreto* van het hoger belang van het betrokken kind of de betrokken kinderen. Wij stellen vast dat dit tot op heden niet op adequate wijze gebeurt. Daarom moet in het migratiewetboek de eis worden opgenomen van een welomschreven, onafhankelijke en multidisciplinaire beoordeling van het belang van het kind.

*"Beoordeling en vaststelling van de belangen van het kind zijn twee stappen die gevolgd moeten worden wanneer er een besluit moet worden genomen. De beoordeling van de belangen bestaat uit het evalueren en tegen elkaar afwegen van alle factoren die nodig zijn om een besluit te nemen in een specifieke situatie voor een specifiek individueel kind of specifieke groep kinderen."*⁸ Verder specificeert het Comité dat het vaststellen van de belangen van het kind een formeel proces is, met strikte procedurele waarborgen bedoeld om de belangen van het kind vast te stellen aan de hand van een beoordeling daarvan.⁹

Het Comité preciseert dat bij de beoordeling onder meer rekening moet worden gehouden met: de mening van het kind (en dus zijn of haar participatie), de identiteit van het kind (met inbegrip van elementen zoals geslacht, seksuele geaardheid, nationale afkomst, godsdienst en overtuigingen, culturele identiteit en persoonlijkheid), de instandhouding van de familiale omgeving en de relaties van het kind, de zorg, de bescherming en de veiligheid van het kind, mogelijke situaties van kwetsbaarheid, het recht van het kind op gezondheid en op onderwijs.

De Belgische migratiewetgeving bevat reeds een gedetailleerde verwijzing naar de beoordeling van het hoger belang van het kind, artikel 37 W. 2007 bepaalt immers: *"Bij het beoordelen van het hoger belang van het kind wordt in het bijzonder voldoende rekening gehouden met: 1° de mogelijkheden van gezinshereniging; 2° het welzijn en de sociale ontwikkeling van de minderjarige, met bijzondere aandacht voor de persoonlijke situatie van de minderjarige; 3° veiligheids- en beveiligingsoverwegingen, met name wanneer de minderjarige mogelijk het slachtoffer is van mensenhandel; 4° het standpunt van de minderjarige in overeenstemming met zijn leeftijd, maturiteit en kwetsbaarheid."*

Het kan nuttig zijn om in het migratiewetboek naar analogie met het huidige artikel 37 W. 2007 de elementen op te sommen waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling en de vaststelling van het belang van het kind en dit met als doel om het concept verder te preciseren en te

⁷ Mathieu, G. & Rasson A.-C., "Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant", *Act. dr. fam.*, à paraître et Rasson, A.-C. (2020), "L' "intérêt de l'enfant", clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant", *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. Mathieu, N. Colette-Basiecz, S. Wattier et M. Nihoul (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 159-198.

⁸ Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, Algemeen commentaar no.14, CRC/C/GC/14

⁹ Ibid.

operationaliseren. Wij benadrukken echter de noodzaak om het concept open en dynamisch te houden. Het is niet wenselijk om in een wettekst een exhaustieve lijst op te nemen van de criteria die in aanmerking moeten worden genomen bij het bepalen van het hoger belang van het kind. Criteria ter indicatie kunnen worden opgesomd, maar dan moet gepreciseerd worden dat de opsomming niet exhaustief is.

De beoordeling en vaststelling van het hoger belang van het kind dient idealiter te worden verricht door een multidisciplinair orgaan dat onafhankelijk is van de besluitvorming.

Graag verwijzen we naar een inspirerende praktijk van de Rijksuniversiteit Groningen. Hier werd een multidisciplinaire commissie opgericht die het belang van het kind beoordeelt en vervolgens een advies overmaakt aan de overheden en rechtbanken die verantwoordelijk zijn voor het nemen van een beslissing, waarbij rekening moet worden gehouden met het hoger belang van het kind.¹⁰

Daarnaast verwijzen we naar methodieken ontwikkeld om het hoger belang van het kind te beoordelen en te bepalen. Met name de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor Vluchtelingen heeft richtsnoeren opgesteld voor het beoordelen en bepalen van het belang van het kind.¹¹

C. Zorg ervoor dat met het belang van het kind rekening wordt gehouden bij elke beslissing die een kind of kinderen aangaat

Om ervoor te zorgen dat bij elke beslissing die op het kind betrekking heeft, rekening wordt gehouden met het belang van het kind, moet het recht hierin systematischer voorzien in alle soorten procedures in verband met migratie die een beslissing kunnen inhouden die op kinderen betrekking heeft. Voorts zijn **procedurele waarborgen** met betrekking tot het hoger belang van het kind onontbeerlijk voor elk van deze procedures.

Het VN-Kinderrechtencomité benoemt deze procedurele waarborgen. In de eerste plaats **moeten alle beslissingen worden gemotiveerd in het licht van het belang van het kind zoals dat naar behoren is vastgesteld, zodat de rechterlijke instanties in beroep bij hun toetsing de motivering van de beslissing met betrekking tot het hoger belang van het kind moeten betrekken**. Voorts heeft het kind in de loop van deze toetsing het recht zijn mening te geven, moeten de feiten worden vastgesteld, moet de procedure aansluiten bij de tijdsopvatting van het kind (aangepaste duur van de procedure, regelmatige toetsing), moeten de betrokken professionals daartoe gekwalificeerd zijn en, ten slotte, moet het kind toegang hebben tot een adequate juridische vertegenwoordiging.¹²

¹⁰ Meer informatie over deze commissie is [online](#) beschikbaar.

¹¹ UNHCR, Best interests procedure guidelines: assessing and determining the best interests of the child 2021, [online](#) beschikbaar.

¹² Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, Algemeen commentaar no.14, CRC/C/GC/14

II. Integreer in het Migratiewetboek het recht van het kind om te worden gehoord in alle procedures die hem of haar betreffen

In dit deel van het advies worden de vragen 2, 3, 6 en 7 uit de bevraging van de Commissie Migratiewetboek beantwoord.

Artikel 12 van het IVRK bepaalt dat elk kind het recht heeft te worden gehoord, evenals artikel 22bis, lid 2, van de Grondwet. Deze bepalingen bepalen dat **het kind het recht heeft te worden gehoord in alle gerechtelijke of administratieve procedures die hem of haar betreffen**. Het VN-Kinderrechtencomité is van mening dat het recht om te worden gehoord zowel geldt voor procedures die door het kind worden ingeleid als voor procedures die door andere personen worden ingeleid maar kinderen betreffen.¹³ Elk kind dat betrokken is bij een migratiegerelateerde procedure, zoals bepaald in het toekomstige Migratiewetboek, heeft dus het recht om in die procedure te worden gehoord.

Momenteel voorziet het Belgische wettelijke kader slechts in enkele gevallen in het recht van het kind om te worden gehoord in procedures in verband met migratie, maar dit recht wordt niet uitdrukkelijk gewaarborgd voor alle procedures of in elke fase van de procedures. Zo bepaalt artikel 57/1 W. 1980 dat een kind dat betrokken is bij een verzoek om internationale bescherming ingediend vanuit het gezin "*kan [...] vragen om gehoord te worden*" door het CGVS. Het gaat dus niet om een recht dat als zodanig aan het kind wordt toegekend, het is slechts een mogelijkheid. In feite worden deze kinderen, op wie een verzoek in naam van het hele gezin betrekking heeft, zelden gehoord. Dit blijkt uit een studie die DEI-Belgique over dit onderwerp heeft uitgevoerd.¹⁴ Bovendien wordt in andere procedures, zoals in de 9ter procedure, de mogelijkheid om het kind te horen niet eens door de wet vermeld.

Deelname van het kind aan de procedure is echter een van de grondbeginselen van kindvriendelijke justitie, naast de inachtneming van zijn of haar hoger belang, respect voor zijn of haar waardigheid, bescherming tegen discriminatie en eerbiediging van de rechtsstaat.

Het is daarom noodzakelijk dat **het Migratiewetboek uitdrukkelijk en transversaal voorziet in het recht van het kind om te worden gehoord in alle procedures en voor alle autoriteiten** (DVZ, CGVS, RvV, enz.) die onder het toepassingsgebied van het wetboek vallen, en dat deze **procedures vergezeld gaan van de waarborgen die onontbeerlijk zijn voor de eerbiediging van de rechten van het kind**.

Het recht van het kind, dat rechtstreeks bij een procedure is betrokken, om in de loop van die procedure te worden gehoord, impliceert dat het recht heeft op **de nodige aanpassingen en omkadering opdat deze participatie zinvol zou zijn**. Voorts **moet de lichamelijke en psychische integriteit van het kind worden beschermd en moeten zijn/haar grondrechten worden geëerbiedigd**, waarbij ook moet worden gekeken naar zijn of haar belangen (wij herinneren eraan dat het in aanmerking nemen van de mening van het kind van fundamenteel belang is voor de beoordeling van zijn/haar belangen).

¹³ Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, Algemeen commentaar no. 12, CRC/C/GC/12, §33

¹⁴ Tussen oktober 2018 en september 2020 heeft DEI-Belgique onderzoek verricht naar de toepassing van kindvriendelijke rechtsbeginselen in procedures voor internationale beschermingsverzoeken die betrekking hebben op kinderen in gezinnen (ongeacht of dit verzoek namens henzelf of door hun ouder(s) werd ingediend). Dit onderzoek werd ontwikkeld in het kader van het Europese project "*Child Friendly Justice in action!*", medegefinancierd door de Europese Commissie. Het volledige verslag van het onderzoek is [online](#) beschikbaar. De standpuntnota gewijd aan het recht op participatie in België is eveneens [online](#) beschikbaar.

Bij elk proces dat erop gericht is de mening van het kind te bevragen en in aanmerking te nemen, moeten daarom negen fundamentele regels in acht worden genomen. Het moet **transparant en informatief** zijn (het kind moet naar behoren worden geïnformeerd), **vrijwillig** (het kind mag niet worden gedwongen om deel te nemen), **respectvol** (het kind en zijn of haar mening moeten worden gerespecteerd), **relevant** (de besproken onderwerpen moeten het kind daadwerkelijk in staat stellen om op zijn of haar ervaring voort te bouwen), **kindvriendelijk** (met name in verband met de capaciteiten van het kind, leeftijd, rijpheid en speciale behoeften), **inclusief** (het non-discriminatiebeginsel moet volledig worden toegepast), **ondersteund door opleiding** (zowel volwassenen als kinderen kunnen opleiding nodig hebben), **veilig en risicogevoelig** (het kind moet worden beschermd tegen negatieve gevolgen) en **verantwoordelijk** (de deelneming van kinderen aan het proces moet worden gecontroleerd en geëvalueerd).

Deze kernbeginselen moeten door het Migratiewetboek worden benadrukt, samen met de volgende procedurele waarborgen, die deze beginselen aanvullen en operationaliseren voor migratiegerelateerde procedures:

- Het kind heeft het **recht tot participatie, maar mag daartoe nooit worden gedwongen**, noch onder begeleiding, noch zonder begeleiding, en een dergelijke weigering mag geen negatieve gevolgen hebben voor zijn/haar verblijfsaanvraag.
- Kinderen moeten vanaf het begin van de procedure toegang hebben tot **passende rechtsbijstand** (ook voor louter administratieve stappen).
- **Kinderen moeten naar behoren en regelmatig worden geïnformeerd.** Als zij niet naar behoren worden geïnformeerd, kunnen kinderen hun rechten niet kennen of begrijpen wat er op het spel staat en hoe de procedure in zijn werk gaat. Informatie is van essentieel belang om ervoor te zorgen dat bij de participatie van kinderen hun rechten worden geëerbiedigd en dat zij daadwerkelijk kunnen worden gehoord. Vanaf hun eerste contact met justitie of de immigratieautoriteiten en gedurende de hele procedure moeten kinderen en hun ouders naar behoren worden geïnformeerd over hun rechten, in het bijzonder: hun specifieke rechten in de procedure, de verschillende fasen van de procedure, hun mogelijkheden en recht op inspraak, de mogelijke uitkomsten van de procedure, de beroepsmogelijkheden en de vermoedelijke duur van de procedure. **Opdat het kind deze informatie kan begrijpen, moet deze op een kindvriendelijke, aan de leeftijd van het kind aangepaste manier overgebracht worden. Daarbij is het ook belangrijk rekening te houden met mogelijke culturele verschillen.** We merken op dat het belangrijk is deze informatie rechtstreeks aan het kind te geven en niet enkel aan de ouders. Daarom is de ontwikkeling van aangepaste tools zeer interessant, maar zij mogen de directe en mondelinge uitleg niet vervangen.
- Het is van essentieel belang dat de deelname gepaard gaat met waarborgen voor de **eerbiediging van de lichamelijke en psychische integriteit van het deelnemende kind.**
- **De vorm van de hoorzitting of het gehoor moet kindvriendelijk zijn**, en het is van essentieel belang ervoor te zorgen dat het kind over de nodige informatie beschikt om te kunnen antwoorden en de vragen en interacties aan te passen aan het kind. Daarom moeten hoorzittingen worden gehouden door professionals die specifiek zijn opgeleid om de mening van kinderen te bevragen en in aanmerking te nemen (communicatiemethoden, kinderpsychologie, ontwikkeling, enz.). Voorts is het van belang ervoor te zorgen dat er niet te veel mensen in de zaal zijn, of zelfs dat een hoorzitting achter gesloten deuren kan worden gehouden wanneer het belang van het kind dit vereist.

- Een kind mag niet het recht worden ontzegd om te worden gehoord louter op grond van zijn of haar leeftijd.
- De mening van het kind moet in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid het nodige gewicht krijgen en mag niet tegen zijn belangen worden gebruikt.

III. Opsporen van en rekening houden met kwetsbaarheden

In dit deel wordt met name antwoord gegeven op de zesde vraag uit de bevraging van de Commissie Migratiewetboek “Welke structurele of punctuele aanpassingen van de geldende regels zouden kunnen bijdragen tot een systematische aandacht voor de specifieke noden van bijzonder kwetsbare personen in de verblijfs- en opvangreglementering, teneinde hun rechtspositie te verduidelijken en rechtszekerheid te verzekeren?”

Het spreekt voor zich dat migrantenkinderen een kwetsbare doelgroep vormen. Reeds in zijn Algemeen Commentaar nr. 6 heeft het VN-Kinderrechtencomité vermeld dat, om te bepalen wat in het belang van het kind is, de identiteit, de nationaliteit, het onderwijs, de culturele, etnische en linguïstische achtergrond, de specifieke kwetsbaarheden en de behoefte aan bescherming van het kind duidelijk moeten worden vastgesteld. Om de specifieke behoeften van het kind te identificeren, moeten de kwetsbaarheden, waaronder de gezondheid, de fysieke en de psychosociale aspecten, en andere behoeften aan bescherming, waaronder die ten gevolge van huiselijk geweld, mensenhandel en trauma's, worden beoordeeld, alsook alle beschikbare informatie die kan helpen bij de beoordeling van de behoefte aan internationale bescherming.

In zijn Algemeen Commentaar Nr. 23 stelt het Comité dat:

“actoren voor kindbescherming en kindweldzijn de primaire verantwoordelijkheid moeten nemen voor kinderen in de context van internationale migratie. Wanneer een migrantenkind voor het eerst wordt aangetroffen door de immigratieautoriteiten, dienen actoren voor kindbescherming of kindweldzijn onmiddellijk geïnformeerd te worden en verantwoordelijk gemaakt te worden voor het screenen van het kind wat betreft bescherming, onderdak en andere behoeften. Niet-begeleide en alleenstaande kinderen dienen in een nationaal/lokaal alternatief zorgsysteem te worden geplaatst, het liefst in een gezinsachtige zorgomgeving samen met hun gezin, voor zover mogelijk, of anders in gemeenschapszorg als het gezin niet voorhanden is. Deze beslissingen moeten worden genomen in een proces dat oog heeft voor het kind, waaronder het recht van het kind om gehoord te worden, toegang te hebben tot de rechter en een beslissing die zijn of haar vrijheid kan ontnemen aan te vechten in een rechtbank¹⁵. Deze beslissingen moeten rekening houden met de kwetsbaarheden en behoeften van het kind, zoals ook die gebaseerd zijn op gender, handicap, leeftijd, geestelijke gezondheid, zwangerschap of andere omstandigheden.”¹⁶

¹⁵ Zie United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings Before a Court, met name beginsel 18 (A/HRC/30/37, par. 100).

¹⁶ § 13 van Gezamenlijk Algemeen Commentaar nr. 4 (2017) van de Commissie voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en nr. 23 (2017) van het Comité voor de Rechten van het Kind over de

In de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens worden migrantenkinderen omschreven als een categorie van "zeer kwetsbare leden van de samenleving" die bijzondere bijstand behoeven wegens hun specifieke noden, waaronder hun leeftijd en hun gebrek aan onafhankelijkheid (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga v. België; Tarakhel v. Zwitserland*). Het Hof heeft ook bij twee gelegenheden bevestigd dat de inherente kwetsbaarheid van een migrantenkind voorrang heeft boven overwegingen betreffende zijn of haar onregelmatige verblijfsstatus (*Abdullahi Elmi en Aweys Abubakar v. Malta; Popov v. Frankrijk*).

Vanuit het oogpunt van de rechten van het kind hebben alle kinderen het recht om op passende wijze te worden opgevangen en begeleid in het land waar zij verblijven. Ook de EU Procedurerichtlijn (2013/32/EU) voorziet in artikel 25 in verschillende garanties die aan NBMV moeten worden verleend. België biedt al enkele mogelijkheden om verblijfsdocumenten te verkrijgen en zorgt voor opvang en omkadering. Niettemin dienen zich een aantal fundamentele vragen aan.

Een eerste vraag kan worden gesteld in verband met het feit dat de overgrote meerderheid van NBMV wordt opgevangen in speciale structuren die voor hen zijn gecreëerd buiten de reguliere structuren voor kinderen en jongeren met speciale behoeften (jeugdbeschermingsstructuren). Wat is precies de sociale en politieke betekenis van het creëren van een apart opvang- en omkaderingssysteem voor NBMV buiten deze reguliere structuren? **Deze doelgroep lijkt in de eerste plaats te worden beschouwd als vreemdelingen en niet als kinderen.**

Ten tweede stellen wij vast dat de opvang die aan de meeste NBMV wordt geboden, namelijk opvang in collectieve centra, gebaseerd is op minder beschermende normen en criteria dan die welke door soortgelijke structuren i.h.k.v. de jeugdhulp worden gehanteerd. Wij stellen al enige tijd vast dat bepaalde subgroepen van NBMV als "kwetsbare NBMV" worden beschouwd en daarom worden doorverwezen naar intensievere zorg binnen de jeugdhulp. **Hieruit blijkt dat de hele groep NBMV niet langer als kwetsbaar wordt beschouwd, maar dat deze specifieke zorg steeds meer voorbehouden is aan subgroepen van NBMV.** Dit doet vragen rijzen over de manier waarop België de door het IVRK vastgestelde beschermingsstatus omzet.¹⁷

Een derde fundamentele kwestie betreft het feit dat de **bescherming** die België momenteel aan NBMV biedt, vaak slechts **tijdelijk** is, d.w.z. (gewoonlijk) tot de 18e verjaardag. Dit plaatst deze kinderen in een nog precairere positie, die bovendien bijzonder belastend is voor hun emotioneel welzijn.

Tenslotte moeten we hier ook de situatie van **begeleide kinderen** aanspreken, een groep kinderen die momenteel minder aandacht lijkt te krijgen dan de groep van NBMV. Toch mogen we ze zeker niet uit het oog verliezen. Begeleide minderjarigen bevinden zich ook in kwetsbare situaties waaraan dringend bijzondere aandacht moet worden besteed. Ook al kunnen begeleide kinderen "profiteren" van de bescherming en de aanwezigheid van hun ouders (of andere volwassenen die het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefenen), dan nog hebben zij extra bescherming en specifieke aandacht nodig. In de praktijk zijn zij immers vaak afhankelijk van hun wettelijke vertegenwoordigers en kunnen zij dus vaak niet zelf beslissen welke (procedure-)stappen zij zetten of welke elementen tijdens de procedure worden aangebracht. Zo merken wij op dat tijdens de asielprocedure de ouders het uitgangspunt

verplichtingen van de Staten die partij zijn betreffende mensenrechten van kinderen in de context van internationale migratie in de landen van herkomst, doorreis, bestemming en terugkeer*.

¹⁷ In die zin verwijzen wij ook naar de "kwetsbaarheidscriteria" die momenteel worden toegepast op te bepalen welke NBMV buiten de kantooruren toegang kunnen krijgen tot het beschermingssysteem. Zie Federaal Migratiecentrum - MYRIA, Verslag contactvergadering internationale bescherming van 20 januari 2020, p. 29. Een dergelijke categorisering van NBMV in kwetsbare en niet-kwetsbare NBMV is onaanvaardbaar.

vormen wanneer deze procedure door de ouders wordt ingeleid, en dat vaak niet of slechts in beperkte mate rekening wordt gehouden met de situatie van de minderjarige(n). In het kader van de humanitaire regularisatieprocedure (art. 9 bis W. 1980) is het niet duidelijk in hoeverre rekening wordt gehouden met de situatie van de begeleide minderjarige(n). Het is dan ook moeilijk te bepalen in hoeverre in het besluitvormingsproces rekening wordt gehouden met de situatie en de belangen van de kinderen. Het feit dat kinderen worden beschouwd als "aanhangers" van volwassen familieleden betekent echter dat hun rechten - die zij op basis van het IVRK ongeacht hun verblijfsstatus bezitten - onderbelicht blijven en niet als uitgangspunt worden genomen. Daarom zijn wij van mening dat de Belgische autoriteiten er in het kader van hun asiel- en migratiebeleid voor moeten zorgen dat begeleide minderjarigen al hun rechten daadwerkelijk kunnen uitoefenen, met inbegrip van het beginsel van non-discriminatie, het belang van het kind, het recht gehoord te worden, toegang tot passende informatie, maximale ontplooiingskansen, enz.¹⁸

A. Voorzie in formele procedures om kwetsbaarheden op te sporen

De huidige W. 1980 en W. 2007 erkennen de specifieke kwetsbaarheid van migrantenkinderen al en bieden deze kinderen bepaalde garanties, met name in het geval van NBMV. Zo wordt in art. 1, 12° W. 1980 een kwetsbare persoon gedefinieerd als "*zowel de begeleide als de niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarden, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die gefolterd of verkracht zijn of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan*". Het is echter vaak moeilijk te achterhalen hoe deze kwalificatie als kwetsbare persoon het verloop van de verblijfsprocedures beïnvloedt, welke procedurele waarborgen zij biedt en welke gevolgen zij heeft voor de omkadering (opvang, psychologische opvolging, enz.).

Momenteel bevatten W.1980 en W.2007 geen transversale bepalingen over de beoordeling van de kwetsbaarheid of over de procedurele gevolgen of gevolgen voor de omkadering van deze indeling als kwetsbare persoon. **Wij bevelen aan formele procedures voor het screenen en beoordelen van kwetsbaarheden vast te stellen.** Het doel van deze procedures is de risico's, behoeften, kwetsbaarheden en sterke punten van elk individu en/of gezin te bepalen, zodat met kennis van zaken kan worden besloten hoe een persoon moet worden opgevangen, begeleid en omkaderd. Er zijn al goede vertrekpunten aanwezig in het huidige wettelijke kader:

- ❖ Artikel 22, § 2 W. 2007 voorziet in een onderzoek van de persoonlijke situatie van de begunstigde van de opvang dat met name peilt naar niet onmiddellijk zichtbare tekenen van een eventuele kwetsbaarheid, zoals in het geval van personen die foltering hebben ondergaan of aan andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld werden blootgesteld. Paragraaf 3 van dit artikel bepaalt dat de evaluatie van de persoonlijke situatie van de begunstigde van de opvang moet worden voortgezet tijdens zijn gehele verblijf in de opvangvoorziening.
- ❖ Artikel 48/9 W. 1980 voorziet in het onderzoek van bijzondere procedurele noden door de DVZ en het CGVS. In dit verband zijn enkele opmerkingen op hun plaats: zo is het aan de vreemdeling om deze noden nauwkeurig en gedetailleerd aan te geven, door middel van een vragenlijst waarin hij de elementen moet aangeven die zijn bijzondere procedurele noden benadrukken. De verzoeker om internationale bescherming kan ook in een latere fase van de procedure elementen onder de aandacht van het CGVS brengen, maar deze elementen moeten door de verzoeker schriftelijk, nauwkeurig en gedetailleerd aan het CGVS worden

¹⁸ Zie ook : Kinderrechtencoalitie, Position paper over de positie van begeleide minderjarigen in asiel- en andere verblijfsprocedures, 2018. [Online beschikbaar](#).

meegedeeld. De beoordeling van de bijzondere procedurele noden is op zich niet vatbaar voor beroep. De bijzondere procedurele noden betreffen de procedure en dus niet de beoordeling van de inhoud van het verzoek. De autoriteiten kunnen ook besluiten geen versnelde procedure of grensprocedure toe te passen.

Deze twee bepalingen vormen een goede basis om meer systematisch aandacht te besteden aan de bijzondere behoeften en kwetsbaarheden van eenieder, minderjarig of niet, die om internationale bescherming verzoekt of een andere verblijfsaanvraag indient. Wij bevelen echter aan dat dergelijke kwetsbaarheidsscreenings en beoordelingen van bijzondere procedurele noden proactief en systematisch worden uitgevoerd, door personen met een specifieke opleiding op het gebied van kinderrechten, en dat alternatieven voor de vragenlijst en de schriftelijke procedure worden geboden.

Het is van fundamenteel belang dat zo spoedig mogelijk wordt begonnen met formele screening- en kwetsbaarheidsbeoordelingsprocedures om kwetsbaarheden en bijzondere noden vast te stellen, en:

- wanneer (al dan niet begeleide) kinderen betrokken zijn, hun belangen te beoordelen en vast te stellen en in overeenstemming met die belangen te handelen (zie punt I van dit advies dat aan het hoger belang van het kind is gewijd)
- te bepalen welke verblijfsprocedure het meest geschikt is om tot een duurzame oplossing voor een individu of gezin te komen;
- te bepalen welke procedurele waarborgen nodig zijn om tegemoet te komen aan de kwetsbaarheden en de bijzondere behoeften van een persoon of een gezin (bv. aanpassing van een hoorzitting in het geval van een minderjarige, een getraumatiseerde persoon, een slachtoffer van folter of seksueel geweld, ...);
- te bepalen welke (opvang)maatregelen moeten worden genomen om tegemoet te komen aan de behoeften (medisch, enz.) of kwetsbaarheden van een persoon of een gezin.

B. Procedurele waarborgen

Wij erkennen dat het CGVS recentelijk veel heeft geïnvesteerd in procedurele waarborgen voor kinderen, vooral met betrekking tot NBMV. Zo voorziet de huidige W. 1980 in een recht om gehoord te worden voor alle kinderen (art. 57/1 wet van 1980), al dan niet vergezeld, die namens hen een verzoek om internationale bescherming hebben ingediend, en in de mogelijkheid om gehoord te worden door het CGVS voor diegenen die betrokken zijn bij het verzoek van een ouder, en wordt erkend dat kinderen een kwetsbare categorie vormen (art. 1, °12 W. 1980). Ook wordt erkend dat het horen van kinderen om na te gaan of zij internationale bescherming nodig hebben, specifieke vaardigheden vereist. Om deze redenen beschikt het CGVS over een gespecialiseerd team van *protection officers*. Naast de basisopleiding hebben zij de EASO-module *Interviewing Children* gevolgd alsook een opleiding van Solentra over cultuursensitief werken en het vluchtelingenkind. De *protection officers* in het team voor minderjarigen zijn speciaal opgeleid om tijdens het persoonlijke onderhoud rekening te houden met de leeftijd, de rijpheid, het opleidingsniveau, het geslacht, de herkomst en de cultuur van het kind. Tolken die kinderen interviewen tijdens het persoonlijk onderhoud hebben ook een specifieke opleiding gekregen, gebaseerd op de EASO-module *Interviewing Children*.

Artikel 57/1 W. 1980 voorziet in de mogelijkheid voor begeleide kinderen om door het CGVS te worden gehoord. Bovendien wordt in dit artikel ook bepaald dat het belang van het kind "een doorslaggevende overweging is die het CGVS moet leiden tijdens het onderzoek van het verzoek om internationale bescherming" (§ 4). **Wij betreuren dat in dit artikel geen melding wordt gemaakt van de DVZ en**

andere relevante autoriteiten. Aangezien de registratie van een verzoek om internationale bescherming en de registratie en de hoorzittingen in het kader van verblijfsaanvragen op humanitaire of medische gronden door de DVZ worden verricht, moeten de bepalingen inzake het recht om te worden gehoord en het belang van het kind ook gelden voor de DVZ en voor alle andere betrokken autoriteiten, zoals de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (verder "RvV").

Het feit dat het aan de Belgische autoriteiten is om het belang van het kind te beoordelen en te bepalen, is relevant in het kader van de verplichting tot samenwerking die in de procedure internationale bescherming geldt en de verdeling van de bewijslast.¹⁹ Het is aan de verzoeker om te bewijzen dat hij/zij bescherming behoeft en daartoe alle elementen ter staving van zijn/haar verzoek aan te voeren. Het Hof van Justitie van de EU verduidelijkt echter dat dit "*de betrokken lidstaat niet belet om met de aanvrager samen te werken bij het bepalen van de relevante elementen van dat verzoek*". Bovendien oordeelde het Hof dat:

"indien, om welke reden ook, de elementen waarop de verzoeker om internationale bescherming zich beroept niet volledig, actueel of relevant zijn, moet de betrokken lidstaat in die fase van de procedure actief met de verzoeker samenwerken teneinde alle elementen te verzamelen die ter ondersteuning van het verzoek noodzakelijk zijn. Bovendien kan een Lidstaat gemakkelijker toegang hebben tot bepaalde soorten documenten dan de aanvrager".

De verplichting tot samenwerking veronderstelt dus een verschillende mate van symmetrie bij het verzamelen van informatie die relevant is voor het verzoek om internationale bescherming. Het belang van het kind verandert deze symmetrie enigszins. De voor internationale bescherming bevoegde autoriteiten moeten zich bij hun onderzoek laten leiden door het belang van het kind, maar dit kan uiteraard pas gebeuren nadat het belang van het kind is vastgesteld en beoordeeld, een taak die door de lidstaten moet worden vervuld. De asielinstanties zijn verplicht zoveel mogelijk informatie over het kind te verzamelen om beslissingen in het belang van het kind te kunnen nemen. Het kind heeft slechts een participerende rol in dit proces. De asielinstanties hebben dus een onderzoeks- en toetsingsplicht. Voor het kind is er een recht tot participatie, maar geen plicht, en dit in het belang van het kind.

Wat de beroepsprocedures bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen betreft, moeten minderjarigen, maar ook andere kwetsbare doelgroepen, de mogelijkheid hebben om mondeling toelichting te geven bij een verzoek om internationale bescherming of een andere verblijfsaanvraag. Tot op heden zijn deze procedures uitsluitend schriftelijk. Wat de arresten van het RvV betreft, zijn wij ook van mening dat het nodig en mogelijk is deze kindvriendelijker te maken. Er zijn al enkele precedentes, onder meer een beslissing van juni 2018 van de RvV betreffende een 13-jarig kind: de beslissing was geschreven in een kindvriendelijke taal, overeenkomstig de richtsnoeren van de Raad van Europa voor kindvriendelijke justitie (RvV 28 juni 2018, nr. 206 213). Deze goede praktijk zou een inspiratiebron moeten zijn voor andere (beroeps-)procedures waarbij kinderen betrokken zijn. De rechters van de RvV die tussenkomen in zaken waarbij kinderen betrokken zijn, moeten een opleiding krijgen die aangepast is aan hun rol en hun opdrachten inzake kinderrechten en kindvriendelijke justitie; zij moeten kennis verwerven over kinderpsychologie, in het bijzonder in migratiesituaties; over kindvriendelijke communicatie (naar analogie met de *Protection Officers* van het CGVS die gespecialiseerd zijn in het behandelen van dossiers van kinderen, zoals bepaald in artikel 2 van het koninklijk besluit van 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het CGVS).

¹⁹ Artikel 4 van de "Qualificatierichtlijn" (2011/95/EU) en Hof van Justitie van de EU, 22 november 2012, nr. C-277/11, *M./Minister van Justitie*.

Idealiter vragen wij om de oprichting van een "jeugdkamer" binnen de RvV, naar analogie van de jeugdkamers van de rechtbanken van eerste aanleg. Wij pleiten er op zijn minst voor dat bepaalde goede praktijken, waarbij rechters hoorzittingen met kinderen in een bepaald tijdsbestek plannen of toestaan dat een hoorzitting met kinderen achter gesloten deuren plaatsvindt, systematischer worden toegepast, en dat op zijn minst automatisch procedures achter gesloten deuren worden toegestaan indien de raadsman van het kind daarom verzoekt.

Wij pleiten er ook voor (op een niet-exhaustieve manier) dat:

- ❖ NBMV worden bijgestaan door een advocaat en een vertrouwenspersoon tijdens alle gesprekken met de autoriteiten;
- ❖ de voordij over NBMV kan worden verlengd indien nodig (opvolging van de gezinsherenigingsprocedure, specifieke kwetsbaarheid, ...) (art. 24, § 2, van de Programmawet van 24 december 2002);
- ❖ gratis en kwaliteitsvolle rechtsbijstand wordt verleend aan elk kind, begeleid of niet;
- ❖ in het Migratiewetboek wordt verduidelijkt dat de verklaring van een begeleid kind niet tegen zijn/haar ouders kan worden gebruikt;
- ❖ (meer) flexibele termijnen worden ingevoerd voor gezinnen in procedures, onder meer na het betekenen van een negatieve beslissing met betrekking tot de verblijfsaanvraag (bv. door de maatschappelijk werker die het gezin begeleidt de mogelijkheid te geven uitstel van de termijnen te vragen als hij/zij van mening is dat de (terugkeer)begeleiding er baat bij zou hebben). Wij bevelen aan dat gezinnen die een negatieve beslissing hebben ontvangen, ten minste 6 maanden de tijd krijgen om aan een duurzame oplossing te werken;
- ❖ er een maximumtermijn wordt vastgesteld voor de behandeling van verblijfsaanvragen in het kader van de 9bis-procedure;
- ❖ de procedure voor gezinshereniging toegankelijker wordt. Beperk de financiële bijdrage voor een verzoek tot gezinshereniging van gezinsleden van NBMV tot één bijdrage per gezin (i.p.v. één bijdrage per gezinslid). Neem de gezinsleden van NBMV die via gezinshereniging (of humanitair visum in het geval van broers en zussen) aankomen, als begunstigden in de W. 2007 op (zelfs als zij geen verzoek om internationale bescherming indienen). Zij moeten in aanmerking komen voor opvang in een centrum gedurende een periode van 6 maanden (eventueel te verlengen indien het gezin blijkt geeft van bijzondere kwetsbaarheid). Deze periode stelt hen in staat om de nodige stappen te zetten op het gebied van verblijf en huisvesting en om hun weg te vinden in de Belgische samenleving. De vaststelling van de afstamming in het kader van een gezinsherenigingsprocedure moet op een kindvriendelijke manier gebeuren (het kind moet erbij betrokken worden, gehoord worden, de toegepaste bewijslast moet rekening houden met de minderjarigheid, enz.) Tenslotte pleiten wij voor een verruiming van het begrip "gezin" op het gebied van gezinshereniging (artikel 40bis, § 2, lid 1, W. 1980). In het bijzonder moeten de (minderjarige) broers en zussen van een NBMV worden opgenomen; momenteel kan een NBMV geen recht op gezinshereniging met zijn/haar (minderjarige) broers en zussen doen gelden;²⁰
- ❖ ouders niet kunnen eisen aanwezig te zijn bij het gehoor van hun kinderen;

²⁰ Voor diepgaandere analyses betreffende gezinshereniging, zie: Vluchtelingenwerk Vlaanderen, Standpunt: Het vergemakkelijken van gezinshereniging voor mensen op de vlucht, januari 2019, [online](#) raadpleegbaar ; en Rode Kruis Vlaanderen, De Niet-Begeleide Minderjarige Vluchteling (= NBMV) en gezinshereniging, Het kan ook anders, 2015, [online](#) raadpleegbaar.

- ❖ kinderen naar behoren worden geïnformeerd over hun rechten;
- ❖ alle NBMV overeenkomstig het IVRK toegang krijgen tot jeugdhulp(opvang), met bijzondere nadruk op opvang in pleeggezinnen of kleinschalige opvangstructuren, die een permanente omkadering garandeert die is aangepast aan de individuele behoeften, met inbegrip van opvang, psychosociale ondersteuning en onderwijs of opleiding;
- ❖ door NBMV ingeleide asiel- en verblijfsprocedures met voorrang en adequaat worden behandeld, met alle nodige procedurele waarborgen;
- ❖ de belangen van het kind de eerste overweging vormen bij alle maatregelen en beslissingen die ten aanzien van het kind worden genomen, met inbegrip van het vinden van een duurzame oplossing (zie de procedure voorzien in art. 61/14 W. 1980, zie *infra* en de analyse van Cécile Ghymers in bijlage).

C. De identificatieprocedure betreffende NBMV²¹

Ook al valt de procedure voor de identificatie van NBMV actueel niet onder het rechtskader van W. 1980 of W. 2007, maar onder dat van de Voogdijwet, toch zijn wij zo vrij om deze kwestie hier te behandelen. Deze identificatieprocedure, die in de meeste gevallen een beslissing over de minder- of meerderjarigheid van de betrokkene inhoudt, vormt namelijk een centrale beschermingskwestie voor minderjarigen. Onterecht als meerderjarige geïdentificeerd worden heeft immers ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen. Als NBMV geïdentificeerd te worden opent meerdere rechten en niet als dusdanig erkend te worden leidt dus tot het verlies van een aantal grondrechten, waaronder het recht op adequate bescherming. Zonder deze bescherming lopen deze kinderen het risico onmenselijk of vernederend te worden behandeld en kan hun leven zelfs in gevaar zijn.

Thans bepaalt de Voogdijwet (art. 7) dat de Dienst Voogdij een medisch onderzoek moet verrichten wanneer "*de dienst Voogdij of de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering twijfel koesteren omtrent de leeftijd van de betrokken persoon*". Artikel 3 van het koninklijk besluit van 22 december 2003 bij de Voogdijwet bepaalt dat het medisch onderzoek "*psychoaffectieve tests*" kan omvatten. Deze worden tot op heden echter niet toegepast.²² De wetenschappelijke nauwkeurigheid en betrouwbaarheid van het medisch onderzoek dat tegenwoordig wordt gebruikt om de leeftijd van een persoon te schatten, wordt echter ook sterk betwist.²³

Naar onze mening is een fundamenteel andere aanpak nodig om de leeftijd van een zelfverklaarde NBMV in te schatten. Wij pleiten voor een benadering die niet uitgaat van (wetenschappelijk betwiste) medische onderzoeken als enig uitgangspunt, maar uitgaat van een weerlegbaar vermoeden van minderjarigheid of althans het voordeel van de twijfel. Iedereen die beweert een kind te zijn, moet als

²¹ Voor een diepgaandere analyse van de identificatieprocedure en, in het bijzonder, het proces van leeftijdsschatting, verwijzen wij naar: Katja Fournier, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV- in vraag : Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017, [online beschikbaar](#); en de analyse door Cécile Ghymers, advocate gespecialiseerd in dossiers van NBMV en vice-voorzitter van de Commissie « étrangers » van de Ligue des droits humains, zie de bijlage bij dit advies.

²² Dit wordt geïllustreerd door het antwoord van de voormalige minister van Justitie Koen Geens op een parlementaire vraag over de identificatie van NBMV in de context van de covid-gezondheids crisis: "*De psychoaffectieve gesprekken waarvan u spreekt zijn niet gebaseerd op wetenschappelijk onderbouwde methodes en worden bijgevolg niet gebruikt.*"

²³ Het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, het Europees Parlement, de Nationale Orde der Artsen, de International Society for Social Pediatrics and Child Health, de Haut Conseil de la santé publique de France en de Société Suisse de Pédiatrie hebben zich uitgesproken tegen het gebruik van medische onderzoeken (met name radiologische onderzoeken) om de leeftijd van een persoon te schatten.

zodanig behandeld worden. Een holistische en multidisciplinaire procedure op basis van op pedagogische methoden gebaseerde gesprekken en die rekening houdt met de culturele diversiteit en de gevolgen daarvan voor het vermeende kind moet de basis vormen van een leeftijdsbeoordeling. Medische onderzoeken mogen alleen in laatste instantie en alleen met instemming van de betrokkene worden ingezet.

Momenteel voorziet de Voogdijwet (art. 6) al in de mogelijkheid voor de Dienst Voogdij om op eigen initiatief of op verzoek van de asielinstanties een voorlopige voogd toe te wijzen aan een persoon die bij hen werd gesignaleerd, maar nog niet definitief als een NBMV werd geïdentificeerd. In de praktijk gebeurt dit alleen in "noodsituaties", zoals bij verdenking van mensensmokkel of mensenhandel of in medische situaties. De Voogdijwet (art. 8) bepaalt echter ook dat wanneer de Dienst Voogdij van oordeel is dat de onder de hoede genomen persoon voldoet aan de voorwaarden om als NBMV te worden erkend, **onmiddellijk** een voogd wordt aangesteld. In de praktijk zal de Dienst Voogdij echter pas een voogd toewijzen wanneer de minderjarige naar een regionaal opvangcentrum (2^e fase van de NBMV-opvang) is overgebracht. Tussen het moment waarop een persoon bij de Dienst Voogdij wordt gesignaleerd en het moment waarop een geïdentificeerde NBMV naar een regionaal opvangcentrum wordt overgebracht, verstrijken gewoonlijk 1 tot 2 maanden. Bijgevolg heeft de meerderheid van de NBMV gedurende deze periode geen bijstand van een voogd.

Bovendien biedt het beroep bij de Raad van State alleen de mogelijkheid om de wettigheid van de leeftijdsbeslissing na te gaan. Er vindt geen inhoudelijk onderzoek plaats van de redenen voor twijfel, noch van de betrouwbaarheid van de verrichte medische onderzoeken, en zelfs niet van de identiteitsdocumenten waarover de minderjarige beschikt om zijn of haar minderjarigheid te staven. Momenteel betekent het beroep bij de Raad van State, gezien het ontbreken van een opportuniteitsonderzoek en de lange duur van de behandeling ervan, dat een minderjarige geen effectief rechtsmiddel heeft om zijn of haar rechten te doen gelden.

Het is dringend noodzakelijk ervoor te zorgen dat alle noodzakelijke procedurele waarborgen, die thans ontbreken, in de wet en in de praktijk worden opgenomen. Bij leeftijdsschattingsprocedures moet het belang van het kind voorop staan. **Daarom doen wij de volgende aanbevelingen:**

- ❖ Twijfels over de minderjarigheid mogen alleen in individuele gevallen worden geuit indien zij ernstig zijn en objectief en formeel gerechtvaardigd zijn. **De verplichting om de twijfel formeel te motiveren en een maximumtermijn voor het uiten van twijfel moeten in het rechtskader worden opgenomen;**
- ❖ Aangezien de Dienst Voogdij de exclusieve bevoegdheid heeft om NBMV te identificeren en gemachtigd is om in het belang van het kind te handelen, **moet de wetgever de Dienst Voogdij uitdrukkelijk de mogelijkheid geven om niet in te gaan op door andere autoriteiten geuite twijfels over de minderjarigheid;**
- ❖ **Zodra een NBMV is geïdentificeerd, of idealiter zodra een persoon verklaart een NBMV te zijn, moet een (voorlopige) voogd worden aangesteld** om die persoon te begeleiden en te vertegenwoordigen, ook in de leeftijdsschattingsprocedure.
- ❖ **Er moet een beroep in volle rechtsmacht mogelijk zijn** om zowel het besluit om de minderjarigheid te betwijfelen als de uitkomst van de leeftijdsschatting effectief en snel aan te vechten. Dit beroep moet ook **schorsende werking** hebben, zodat de jongere in de tussentijd als een minderjarige kan worden beschouwd en door een voorlopige voogd kan

worden bijgestaan. In dit verband moet worden gezorgd voor kosteloze toegang tot een advocaat en rechtsbijstand.

D. Maak een einde aan de detentie van gezinnen met kinderen en versterk de alternatieven voor detentie

In zijn beleidsnota stelt de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie dat "*minderjarigen niet in gesloten centra kunnen worden vastgehouden*". Welke gevolgen zal dit engagement hebben voor gezinnen met kinderen in de zogenaamde terugkeerwoningen? Deze gezinnen krijgen ook een detentiebeslissing en bevinden zich juridisch gezien dus ook in detentie. W. 1980 maakt geen onderscheid tussen gesloten centra en de woonunits (ook terugkeerwoningen of FITT-woningen genoemd). Beide maatregelen hebben hun rechtsgrondslag in artikel 74/8, § 1, W. 1980 en het woord "woonunits" komt in W. 1980 niet voor. Het verschil tussen beide wordt pas duidelijk in het koninklijk besluit van 14 mei 2009 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de woonunits.

De vraag rijst ook welke gevolgen dit engagement zal hebben voor degenen die zichzelf aan de grens als NBMV aangeven. Wanneer de grensautoriteiten twijfels uiten over de minderjarigheid van een persoon die verklaart een NBMV te zijn, moet de leeftijdsschatting plaatsvinden binnen drie werkdagen na aankomst aan de grens (art. 41 §2 W. 2007). Deze termijn kan met drie werkdagen worden verlengd indien het onderzoek als gevolg van onvoorziene omstandigheden niet binnen deze termijn kan plaatsvinden. Tijdens dit onderzoek verblijft de betrokkene in een gesloten centrum dat door de DVZ wordt beheerd.

Een kind sluit je niet op. Punt. Het VN-Kinderrechtencomité erkent dat de detentie van kinderen op grond van de migratiestatus van hun ouders altijd een schending van de rechten van het kind is en altijd indruist tegen het belang van het kind.

In het Migratiewetboek moet een onvoorwaardelijk verbod op de detentie van kinderen op grond van hun verblijfsstatus worden opgenomen. Dit zal zorgen voor een betere bescherming van migrantenkinderen. Daartoe moet het huidige artikel 74/9 W. 1980 worden gewijzigd.

Wij pleiten voor een paradigmaverschuiving van een eenzijdige focus op terugkeer naar een duurzame oplossing via holistisch en intensief casemanagement in samenwerking met de betrokken gezinnen, en dit in een gemeenschapssetting, d.w.z. in de vertrouwde omgeving van de gezinnen. Voorts is het van essentieel belang dat verzoekers om internationale bescherming en andere migranten veel vroeger in hun traject worden begeleid door een casemanager die onafhankelijk is van de autoriteiten die over hun migratiestatus beslissen. Deze **vroegtijdige interventie** helpt om vertrouwen op te bouwen en samen toe te werken naar een duurzame oplossing voor geblokkeerde migratieprojecten.

Het regeerakkoord voorziet in "*alternatieve maatregelen*" om te vermijden dat dit verbod op de vasthouding van minderjarigen misbruikt wordt om de terugkeer onmogelijk te maken en noemt verder "*terugkeerhuizen, regelmatige administratieve en/of politiecontroles, huisarrest, borg en elektronisch toezicht*" als alternatieven voor detentie. Wij zijn het ermee eens dat de regering moet werken aan kindvriendelijke alternatieven voor detentie. Wij vrezen echter dat de in het regeerakkoord genoemde voorbeelden repressief en vrijheidsbeperkend van aard zijn, zodat zij niet als alternatieven voor detentie kunnen worden beschouwd. De Commissie Bossuyt erkende in haar eindverslag dat de terugkeerwoningen, die in 2008 werden opgericht als alternatief voor detentie, in feite "*een alternatieve detentie*" zijn.

Met alternatieven voor detentie bedoelen wij maatregelen die voorkomen dat gezinnen met kinderen die het bevel hebben gekregen het land te verlaten, in hechtenis worden genomen of aan alternatieve vormen van detentie worden onderworpen. Deze alternatieven moeten de klassieke mensenrechtentoets van wettigheid, evenredigheid en noodzakelijkheid doorstaan, en alle nodige waarborgen bevatten om de eerbiediging van de mensenrechten en de rechten van het kind te garanderen. Een interessant model om gezinnen te begeleiden naar een duurzame oplossing is casemanagement, waarbij individuen en/gezinnen intensief worden begeleid in hun zoektocht naar een duurzame oplossing, in België of elders. De geplande financiering van pilootprojecten, die in samenwerking met Fedasil, de DVZ, grote steden, sociale diensten en NGO's mensen zonder wettig verblijf in de eerstelijnsopvang sneller en gericht naar de bestaande verblijfsprocedures of terugkeer moeten leiden, lijkt ons een goede stap in deze richting. Dit kunnen echte alternatieven voor detentie zijn.

Tot slot stellen wij met tevredenheid vast dat het regeerakkoord ook voorziet in een systematische evaluatie van de alternatieven voor detentie, om deze zo nodig aan te passen. In dit verband beveelt ook het adviesorgaan van de Nationale Commissie voor de Rechten van het Kind aan om de bestaande alternatieven voor detentie te evalueren aan de hand van een op de rechten van het kind gebaseerde aanpak.

E. Behoeften op het gebied van opvang en omkadering

In de eerste plaats bevelen wij aan dat kwetsbare groepen (NBMV, minderjarigen en hun gezinnen, enz.) op aangepaste wijze worden opgevangen, in kleinschalige voorzieningen. We verwijzen naar een onderzoek dat momenteel wordt uitgevoerd binnen de Odisee co-hogeschool, in samenwerking met Fedasil, en dat tot doel heeft de kansen van begeleide kinderen in het opvangnetwerk te verbeteren door een visie op begeleiding en bescherming van deze kinderen te ontwikkelen en door een opleidingsprogramma voor professionals in de opvangcentra te ontwikkelen en uit te voeren.²⁴

Met betrekking tot materiële hulp, zoals bepaald in het koninklijk besluit van 24 juni Koninklijk besluit tot bepaling van de voorwaarden en de modaliteiten voor het verlenen van materiële hulp aan een minderjarige vreemdeling die met zijn ouders illegaal in het Rijk verblijft

Onwettig verblijvende gezinnen met minderjarige kinderen hebben recht op materiële hulp indien de kinderen behoeftig zijn en indien de ouders of personen die daadwerkelijk het ouderlijk gezag uitoefenen, hun onderhoudsplicht niet (kunnen) vervullen. In principe heeft alleen de minderjarige recht op materiële hulp, maar in de praktijk worden de ouders samen met het kind opgevangen. Aanvankelijk werden de gezinnen die recht hadden op materiële hulp ondergebracht en begeleid in een Fedasil opvangcentrum.

Sinds de inwerkingtreding op 22 maart 2018 van de belangrijke wetwijzigingen van W. 1980 en W. 2007 bepaalt de Opvangwet echter uitdrukkelijk dat materiële hulp kan worden verleend in een opvangvoorziening die wordt beheerd door het Agentschap (d.w.z. Fedasil) of door een partner (bv. de DVZ). Indien deze gezinnen onder begeleiding van Fedasil onvoldoende meewerken aan een vrijwillige terugkeer, kan tegen hen een vasthoudingsbeslissing worden genomen en komen zij in een terugkeerwoning onder toezicht te staan van een terugkeerfunctionaris van de DVZ. Fedasil biedt enkel materiële hulp aan gezinnen wanneer de DVZ aangeeft dat het niet in staat of niet bereid is een

²⁴ Zie: <https://www.kcgezinswetenschappen.be/node/880>

gezin passende opvang te bieden of wanneer Fedasil hiertoe door een arbeidsrechtbank wordt veroordeeld.

De terugkeerwoningen werden in oktober 2008 opgericht om opvang te bieden aan gezinnen met kinderen die in het kader van het Belgische terugkeerbeleid een vasthoudingsbevel hebben gekregen. Gezinnen die beroep doen op hun recht op materiële hulp behoren dus in principe niet tot de doelgroep van deze terugkeerwoningen!

Als gevolg van deze praktische en juridische veranderingen is het recht op materiële hulp, zoals dat in de wet is vastgelegd, in de praktijk uitgehold. Steeds minder gezinnen vragen immers materiële hulp aan bij het OCMW omdat ze weten dat dit zal leiden tot een plaatsing in een door de DVZ gerunde terugkeerwoning. Bijgevolg belanden deze gezinnen vaak in daklozenopvangcentra of zelfs op straat, een evolutie waarvoor de daklozensector al enkele jaren waarschuwt.

Gezinnen met minderjarige kinderen hebben behoefte aan een toekomstoriëntatie waarbij beide mogelijkheden worden onderzocht: een verblijf in België en vrijwillige terugkeer. Samen met het gezin moet worden nagegaan of zij in België een toekomst kunnen hebben en zo ja, welke. Tegelijkertijd moet het moeilijke onderwerp van vrijwillige terugkeer worden aangepakt en moet het gezin alle praktische hulp en informatie krijgen om de drempels voor een eventuele terugkeer weg te nemen. Het belang van het kind moet altijd het uitgangspunt zijn bij de begeleiding van gezinnen met kinderen.

Daarom bevelen wij aan om gezinnen die recht hebben op materiële hulp krachtens de wet van 2007, de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en het koninklijk besluit van 24 juni 2004, kwalitatieve opvang te bieden. Wij pleiten ervoor dat deze gezinnen worden ondergebracht in het opvangnetwerk van Fedasil, in een kleine structuur die is aangepast aan de behoeften van gezinnen met kinderen, en wij bevelen aan dat een onafhankelijke casemanager beschikbaar wordt gesteld om het gezin te begeleiden naar een duurzame oplossing. We bevelen ten eerste aan het gebruik van terugkeerwoningen voor de opvang van deze gezinnen te evalueren en in de jaarlijkse statistische verslagen van de DVZ cijfers te publiceren over de verschillende profielen van gezinnen die in de terugkeerwoningen worden opgevangen.

IV. Integreer verwijzingen naar en leg verbanden met andere relevante normen van internationaal en Europees recht om de rechten van het kind beter te waarborgen

Dit deel van het advies beoogt met name een antwoord te geven op de subvraag van vraag 1: Hoe zou het aan te nemen Migratiewetboek in zijn formulering moeten omgaan met de relatie met andere pertinente normen van internationaal en Europees recht, en andere pertinente Belgische wetgeving, decreten en ordonnanties?

Om ervoor te zorgen dat de rechten van de betrokken kinderen beter worden geëerbiedigd door de procedures waarin het Migratiewetboek voorziet, **moet het wetboek duidelijk verwijzen naar het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind (IVRK)**. Het hierboven reeds vermeldde artikel 1, lid 4, van de Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse kan in dit verband als inspiratiebron dienen. Deze bepaalt: *"Quiconque concourt à l'application du présent code est tenu de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ou du*

jeune et de respecter les droits et libertés qui lui sont reconnus. Parmi ces droits et libertés, figurent ceux qui sont énoncés dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et dans la Constitution”.

Voorts **moeten andere internationale normen en standaarden** die specifieke richtlijnen bevatten voor de toepassing van de rechten van het kind **worden vermeld als bronnen voor de interpretatie van de het wetboek wanneer de bepalingen ervan van toepassing zijn op kinderen**. Dit is het geval met de **richtsnoeren van de Raad van Europa voor kindvriendelijke justitie**²⁵. Deze werden in 2010 aangenomen en bevatten algemene beginselen en specifieke regels die van toepassing zijn op alle juridische procedures waarbij kinderen betrokken zijn. De richtsnoeren moeten ervoor zorgen dat de rechten van alle kinderen in deze procedures ten volle worden geëerbiedigd en zijn opgebouwd rond vijf kernbeginselen: informatie en participatie, rechtsbijstand, het hoger belang van het kind, respect en waardigheid en non-discriminatie. De richtsnoeren bevatten met name duidelijke aanwijzingen over de wijze waarop de rechten van het kind in elke procedure kunnen worden versterkt.

Voorts moet het wetboek, specifiek wat het belang van het kind betreft, als referentie- en interpretatienorm **verwijzen naar Algemeen Commentaar nr. 14 (2013) van het VN-Kinderrechtencomité over het recht van het kind dat zijn of haar belangen de eerste overweging vormen**, en, wat het recht van het kind om te worden gehoord betreft, naar **Algemeen Commentaar nr. 12 (2009) van datzelfde comité over het recht van het kind om te worden gehoord**.

V. Diverse maatregelen om de eerbiediging van de rechten van het kind te verbeteren

Dit deel van het advies is met name bedoeld om antwoord te geven op vraag 7: Elke andere suggesties die u ten behoeve van het aan te nemen Migratiewetboek wenst te formuleren, met het oog op de verbetering van de rechtszekerheid, de congruentie en de leesbaarheid van de verblijfs- en opvangreglementering.

A. Met betrekking tot de procedure voor een "duurzame oplossing" (art. 61/14 W. 1980)²⁶

De zogenaamde procedure "duurzame-oplossing" biedt een wettelijk kader buiten de asielprocedure voor het verblijf van NBMV in België. Het einddoel van deze procedure is het bepalen en uitvoeren van een duurzame oplossing, namelijk gezinshereniging, terugkeer naar het land van herkomst of integratie in België. Er is echter geen duidelijke methodologie voor het vaststellen van de duurzame oplossing. Momenteel doet de voogd een voorstel voor een duurzame oplossing aan het bureau MINTEH van de DVZ, maar het is deze laatste die beslist - door al dan niet een verblijfsdocument toe te kennen - over de duurzame oplossing. De DVZ is echter een autoriteit voor migratiecontrole en is

²⁵ De Richtsnoeren van het Comité van Ministers van de Raad van Europa voor kindvriendelijke justitie zijn [online](#) te raadplegen.

²⁶ Voor diepgaandere analyses over de procedure « duurzame oplossing voor NBMV », verwijzen we naar: Van duurzame oplossing naar levenstraject voor niet-begeleide buitenlandse minderjarigen. Julie Ryngaert, Ilse Derluyn (UGent) en Wouter Vandenhole (2011) *Mintegratie, over nieuwe vormen van migratie en integratie*. pp. 247-281; Katja Fournier: Duurzame oplossingen voor NBMV: Pistes voor de toekomst, in Ellen Desmet, Jinske Verhellen en Steven Bouckaert (eds.), *Rechten van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België*, pp. 279-291; Cécile Ghymers, *Le séjour des MENA (articles 61/14 et s. de la loi du 15/12/1980) ou séjour solution durable* (in bijlage).

geen instelling die denkt in termen van kinderrechten of kinderbescherming. Er is dus sprake van een belangenconflict met mogelijks ernstige gevolgen. UNICEF en UNHCR noemen een onafhankelijk, op kinderrechten gebaseerd besluitvormingsorgaan als een van de eerste procedurele garanties voor een kwalitatieve vaststelling van een duurzame oplossing. Bovendien vindt er in het land van herkomst geen sociaal onderzoek van het gezin plaats, waardoor het onmogelijk is een goede risicobeoordeling uit te voeren in geval van terugkeer. Daarnaast moet de minderjarige de gelegenheid krijgen te worden gehoord en zijn of haar mening te geven over de kwesties die hem of haar aangaan. Met zijn of haar mening moet rekening worden gehouden in overeenstemming met zijn of haar maturiteit.

Momenteel kan tegen het besluit over de duurzame oplossing geen beroep in volle rechtsmacht worden ingesteld, waardoor het recht op een doeltreffend en kwalitatief beroep wordt beperkt. Als de voogd van de minderjarige het niet eens is met de door de DVZ voorgestelde duurzame oplossing, kan hij of zij bij de RvV een beroep tot nietigverklaring en/of een verzoek tot schorsing indienen. De RvV heeft inzake echter geen eigen onderzoeksbevoegdheid. Bovendien lijkt de RvV de besluiten van de DVZ in de overgrote meerderheid van de gevallen te volgen. Wanneer dit niet het geval is, blijkt dat de beslissingen van de RvV de praktijk van de DVZ nauwelijks beïnvloeden en dat de oorspronkelijke beslissing alsnog wordt gehandhaafd. Besluitend kan worden gesteld dat, hoewel verschillende actoren betrokken zijn bij het zoeken naar een duurzame oplossing voor de minderjarige, zij weinig invloed hebben op de uiteindelijke beslissing over deze oplossing.

Wij stellen ook vast dat de verhouding tussen de verschillende actoren bij het zoeken naar een duurzame oplossing voor de minderjarige niet altijd optimaal is en dat er in de praktijk zeer weinig samenwerking of overleg is. Zowel de Dienst Voogdij als de DVZ spelen bijvoorbeeld een belangrijke rol bij het zoeken naar een duurzame oplossing, maar aangezien deze twee overheidsinstanties verschillende missies hebben, leidt dit vaak tot verschillende (tegenstrijdige) interpretaties van wat een duurzame oplossing voor de minderjarige zou kunnen zijn. Bovendien worden veel beslissingen over de toekomst van de betrokken jongeren genomen zonder hen te raadplegen, met als gevolg dat deze jongeren vooral afhankelijk zijn van de inzet van anderen.

Op dit punt moet een belangrijke tekortkoming in de huidige procedure worden vermeld. Aangezien een duurzame oplossing vaak niet onmiddellijk kan worden gevonden (volgens de DVZ), neemt de procedure ten minste 8 à 9 maanden in beslag en moet deze dus uiterlijk vlak na de 17e verjaardag van de NBMV worden opgestart om te kunnen hopen op een A-kaart voordat de jongere meerderjarig wordt (de enige verblijfsvergunning die het verblijf na het bereiken van de meerderjarigheid kan dekken). Een eerste verblijfsvergunning kan door de DVZ worden afgegeven na analyse van het dossier en een onderhoud met de minderjarige, maar heel vaak alleen in de vorm van een attest van immatriculatie met een geldigheidsduur van 6 maanden. In de meeste gevallen is het pas aan het einde van deze eerste periode van 6 maanden dat de DVZ de duurzame oplossing onderzoekt en beslist of een A-kaart, en dus een verblijfsrecht voor het kind in België, al dan niet de duurzame oplossing kan zijn die in zijn of haar belang is.

Opdat de NBMV na zijn meerderjarigheid wettig in België zou kunnen verblijven, moet hij deze A-kaart echter ontvangen vóór zijn meerderjarigheid. De DVZ moet dus vóór zijn 18e verjaardag hebben besloten dat de duurzame oplossing in zijn belang erin bestaat in België te blijven. Bijgevolg hebben NBMV die ouder zijn dan 17 jaar wanneer zij in België aankomen, zeer weinig kans om via deze procedure een verblijfsvergunning te krijgen die ook na hun meerderjarigheid nog geldig is. Het is

uiteraard betreuenswaardig dat sommige minderjarigen de facto van deze procedure zijn uitgesloten omdat zij in feite te dicht bij de leeftijd van meerderjarigheid zijn.

Een andere belangrijke opmerking is het feit dat "Europese NBMV" (cf. art. 5/1 Voogdijwet) van deze procedure zijn uitgesloten (zie art. 61/14 1°).

Organisaties die op het terrein met NBMV werken, constateren dat veel minderjarigen die potentiële slachtoffers van uitbuiting of mensenhandel zijn, om verschillende redenen (loyaliteit aan de uitbuiters, (directe of indirecte) betrokkenheid van familieleden, enz.) nooit in de procedure voor slachtoffers van mensenhandel terechtkomen. Zelfs als deze jongeren door passende opvang en ondersteuning uit het uitbuitingsnetwerk kunnen worden gehaald, leidt dit niet altijd tot medewerking aan een gerechtelijk onderzoek of is het om verschillende redenen niet meer mogelijk om in het onderzoek rekening te houden met de verklaringen van de jongere (de ouders zijn al verdwenen, het telefoonverkeer van de jongere is niet meer te volgen, enz.).

Daarom stellen wij voor dat in de procedure duurzame oplossing wordt voorzien dat elementen die erop wijzen dat een jongere vermoedelijk het slachtoffer van mensenhandel is²⁷ en dat hij/zij het uitbuitingsnetwerk heeft verlaten, in de beoordeling van het dossier moeten worden meegenomen. In de procedure duurzame oplossing wordt rekening gehouden met de integratie van de jongere in de samenleving. Het feit dat een jongere een verleden van diefstal, prostitutie, enz. in zijn of haar dossier heeft, kan bij de beoordeling van het dossier als een negatief element worden beschouwd. Daarom is het van belang om ook deze elementen van slachtofferschap en het feit dat de jongere afstand heeft genomen van het uitbuitingsnetwerk in aanmerking te nemen als elementen ten gunste van de jongere. Het vergt veel moed en doorzettingsvermogen van de jongere om een dergelijke omgeving te verlaten, en ook sociaal werkers zijn zeer betrokken bij deze trajecten. Bovendien voorkomen wij op deze manier dat minderjarigen opnieuw worden gerekruteerd door uitbuitingsnetwerken.

Tenslotte is het van belang te benadrukken hoe moeilijk het is om daadwerkelijk tot een duurzame oplossing te komen. Zo is bijvoorbeeld de terugkeer van een minderjarige naar zijn land van herkomst of de hereniging van een minderjarige met zijn gezin in een ander Europees land in de praktijk vaak zeer moeilijk gebleken of duurt dit erg lang.

B. Met betrekking tot de verblijfsstatus van in België geboren kinderen van niet-Belgische ouders

In 2017 reageerden verschillende organisaties (DGDE, Ciré, SDJ, enz.) en advocaten gespecialiseerd in vreemdelingenrecht op een wijziging van het beleid van de DVZ inzake de verblijfsstatus van kinderen van niet-Belgische ouders. De DVZ publiceerde een interne nota, waarin wordt bepaald dat het kind automatisch de gunstigste verblijfsstatus van een van zijn ouders krijgt.²⁸ In de nota wordt echter

²⁷ Elementen die wijzen op "objectief slachtofferschap" hebben vooral betrekking op de situatie van de minderjarige op het moment van de eerste aangifte: een minderjarige die betrokken is bij georganiseerde overvallen, een minderjarige die wordt aangetroffen in de prostitutie of in een voertuig of container met een groep anderen, enz. en zaken die daar (in)direct verband mee houden (bepaalde telefoonnummers, pogingen tot contact door het uitbuitingsnetwerk, sporen van mishandeling, werkmateriaal voor prostitutie, enz.)

²⁸ Communication de la Direction générale de l'Office des étrangers du 31 août 2017 sur le statut de séjour d'un enfant né en Belgique de parents qui ne sont pas belges. Ce document interne indique que :
« Sur demande du(des) parent(s), le bourgmestre ou son délégué établit un certificat d'identité attestant que l'enfant né en Belgique séjourne légalement en Belgique [Cf. arrêt royal du 10 décembre 1996 relatif aux différents documents d'identité pour les enfants de moins de douze ans]. En ce qui concerne le statut de séjour qui est reconnu ou octroyé à cet enfant, vous faites la différence suivante :

gepreciseerd dat deze toekenning alleen zal plaatsvinden wanneer de ouder-kindrelatie op het tijdstip van de geboorte reeds wettelijk is vastgesteld.

Sinds de inwerkingtreding van de wet inzake frauduleuze erkenningen in 2017 is de duur van vaderschapserkenningsprocedures, waarbij een van de ouders onwettig verblijft, echter extreem lang en kan deze oplopen tot 8 maanden (momenteel wordt deze nog met twee maanden verlengd i.h.k.v. de sanitaire crisis²⁹). Bijgevolg wordt de overgrote meerderheid van de vaderschapserkenningen, hoewel de ouders deze meestal wel vóór de geboorte van het kind opstarten, ruim na de geboorte geregistreerd. Volgens de nota van de DVZ profiteren deze kinderen niet van het meest gunstige verblijf van hun ouders.³⁰

Wat het verblijf van deze kinderen betreft, heeft de Service Droit des Jeunes de Bruxelles vastgesteld dat sommige Brusselse gemeenten het kind rechtstreeks een verblijfsvergunning toekennen; andere gemeenten wachten tot een aanvraag is ingediend en eisen dus een nationaal identiteitsbewijs alvorens de verblijfsvergunning toe te kennen; nog andere gemeenten vragen de ouders om een procedure tot gezinshereniging of tot regularisatie op humanitaire basis (artikel 9bis) op te starten.³¹

Deze **lacune in de wetgeving** en de nota van de DVZ - waarvan de wettigheid zeer twijfelachtig is - leiden dus tot een grote ongelijkheid in de praktijk van de gemeenten. Enerzijds leidt dit tot discriminatie tussen verschillende categorieën van kinderen³² en anderzijds worden de belangen van deze kinderen ondermijnd, met name vanwege de gevolgen op het gebied van de sociale zekerheid (geboortepremie, kinderbijslag, mutualiteit, inschrijving in de kinderopvang of een school, het openen van een globaal medisch dossier, fiscale voordelen, enz.)

Op basis van het bovenstaande **moet in het Migratiewetboek de verblijfsstatus van deze kinderen worden verduidelijkt**. Ons standpunt is als volgt: indien een kind in België is geboren uit een legaal verblijvende ouder, maar de afstamming niet kon worden vastgesteld op het moment van de geboorte van het kind, of indien de ouder pas een verblijfsvergunning heeft verkregen na de geboorte van het kind, dan moet het kind automatisch het verblijfsrecht van deze ouder volgen, zodra de afstamming van de ouder wordt vastgesteld of van zodra de ouder een verblijfsvergunning in België heeft verkregen, ook indien dit na de geboorte van het kind pas het geval zou zijn.

(a) Lorsque les deux parents séjournent légalement en Belgique, le statut de l'enfant né en Belgique est le même que celui de ses parents. Si les parents n'ont pas le même statut de séjour, le statut de l'enfant est le statut le plus favorable; (b) Lorsqu'un seul des parents séjourne légalement en Belgique, le statut de l'enfant né en Belgique est le même que celui de ce parent. L'enfant ne doit pas forcément séjourner avec ce parent.

Dans les deux cas (a et b), le lien de filiation entre l'enfant né en Belgique et son (ou ses) parent(s) doit être juridiquement établi au moment de la naissance en Belgique.»

²⁹ Koninklijk besluit van 29/03/2021 tot verlenging van sommige maatregelen genomen bij wetten van 20 december 2020 houdende diverse tijdelijke en structurele bepalingen inzake justitie in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19.

³⁰ De administratieve vereenvoudiging geldt dus niet voor kinderen die in België zijn geboren en geen ouder hebben die op het moment van de geboorte legaal in België verblijft, en voor kinderen die in het buitenland zijn geboren en ten minste één ouder hebben die legaal in België verblijft.

³¹ De W. 1980 voorziet niet specifiek in de mogelijkheid tot gezinshereniging met een in België geboren kind.

³² 1. Beide ouders verblijven wettig in België op het tijdstip van de geboorte; 2. Eén ouder verblijft wettig en de andere onwettig op het tijdstip van de geboorte; 3. Kind erkend door een vreemdeling die wettig verblijft voor of op het tijdstip van de geboorte; 4. Kind erkend door een vreemdeling die wettig verblijft na de geboorte; 5. Ouders die op het moment van de geboorte van het kind een procedure hebben lopen. In België geboren kind van asielzoekers (lopende procedure of einde van de procedure); 7. In België geboren kind van als vluchteling erkende ouders (zie ADDE Editio - Newsletters nr. 132 - juni 2017).

Bovendien pleiten wij voor de intrekking van de wet tegen frauduleuze erkenningen. De wet van 19 september 2017 heeft nieuwe belemmeringen opgeworpen voor de vaststelling van afstamming tussen ouders en hun kinderen. Wij zijn van mening dat deze wet in strijd is met de Grondwet en met het IVRK, **zoals ook de Raad van State in een bijzonder kritisch advies had gesteld**.³³ De Raad van State had kritiek geuit op het feit dat er ook sprake kan zijn van frauduleuze erkenning in geval van een biologische relatie, en was tevens van mening dat de ambtenaar van de burgerlijke stand rekening moet houden met het belang van het kind.

Het bij deze wet ingestelde mechanisme lijkt ons onevenredig en bovendien onnodig, aangezien er al mechanismen bestaan om fraude te bestrijden (weigering of intrekking van het verblijf van de ouder die op basis van een frauduleuze erkenning zou zijn verkregen, en een vordering tot nietigverklaring van de erkenningsakte, ingesteld door het openbaar ministerie op grond van met name artikel 138bis van het Gerechtelijk Wetboek). Kinderen die ten gevolge van deze wet niet door hun vader (Belg, Europeaan of vreemdeling met verblijfsrecht in België) kunnen worden erkend, krijgen geen verblijfsstatus. Afgezien van het feit dat hun afstamming niet wordt vastgesteld, zijn de gevolgen voor onwettig verblijvende kinderen ernstig, aangezien zij van hun sociale rechten worden beroofd en het risico lopen met hun moeder te worden uitgezet. Kinderen die niet kunnen worden erkend door hun onwettig in het land verblijvende vader lopen het risico permanent van deze vader te worden gescheiden als hij het land wordt uitgezet. Afhankelijk van de situatie is het mogelijk dat deze kinderen, aan wie het afstammingsrecht is ontzegd, hun ouder niet zullen kunnen leren kennen of geen band met hem/haar zullen kunnen vormen, dat zij geen recht zullen hebben op een onderhoudsbijdrage van deze ouder, op kinderbijslag en dat zij niet van hem/haar zullen kunnen erven... In sommige gevallen zullen deze kinderen zelfs hun afkomst niet kennen. Deze verschillende gevolgen vormen ernstige schendingen van de rechten van het kind.

Het nieuwe artikel 330/2 van het Burgerlijk Wetboek voorziet nu in een beroep tegen de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand naar aanleiding van de beslissing van het Grondwettelijk Hof van 7 mei 2020³⁴, dat van oordeel was dat de verwijzing naar de procedure om het vaderschap te zoeken, zoals bepaald in de vernietigde bepalingen, geen echte beroepsprocedure vormde en niet in alle gevallen toereikend was. Het nieuwe artikel 330/2 luidt als volgt: *“Tegen de weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand om de akte van erkenning op te maken, kan door de persoon die het kind wil erkennen binnen de maand na de kennisgeving van deze beslissing beroep worden aangetekend bij de familierechtbank. De personen wier toestemming vereist is worden in het geding geroepen. De rechtbank bepaalt of het gaat om een in artikel 330/1 bedoelde situatie, rekening houdend met de aanwezige belangen en waarbij het belang van het kind de eerste overweging is”*. (ingevoegd bij de wet van 31 juli 2020. - Wet houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie).

C. Overige aanbevelingen en aandachtspunten:

- **Oprichting van een multidisciplinair orgaan**

Wij bevelen aan **een multidisciplinair advies- en overlegorgaan op te richten** (bestaande uit bijvoorbeeld personeelsleden van de DVZ, het CGVS, de RvV, juristen, psychologen, artsen, enz.) dat bevoegd is om adviezen uit te brengen over wat er binnen de DVZ en het CGVS gebeurt (met name om inzicht te krijgen in de opleidingen van de functionarissen belast met het interviewen van kinderen, de wijze waarop de vragenlijsten voor de gehoren worden opgesteld, de wijze waarop de onderzoeken

³³ Raad van State, afdeling Wetgeving, advies 60.382/2 van 9 januari 2017.

³⁴ Grondwettelijk Hof, nr. 58/2020 van 7 mei 2020.

in het herkomstland worden uitgevoerd om de veiligheid en/of de persoonlijke situatie van het kind te evalueren, hoe de gehoren (bij DVZ, CGVS en RvV) kunnen worden verbeterd en aangepast aan kinderen, te begrijpen waarom sommige zaken uiterst traag worden afgehandeld en andere niet, om de mogelijkheid te onderzoeken om gehoren in de andere landstaal af te nemen wanneer dat nodig is voor de voogd, enz.).

- **Gebrek aan een instantie die de Belgische nationaliteit toekent aan staatlozen**

Het is verrassend dat er **geen instantie is aangewezen om de Belgische nationaliteit toe te kennen aan staatlozen** (de familierechtbank is bevoegd in geval van betwisting). In de praktijk stellen we vast dat gemeenten aarzelen om een staatloze baby de Belgische nationaliteit toe te kennen omdat zij niet zeker weten wat te doen, terwijl in andere soortgelijke gevallen de gemeente ermee instemt het kind onmiddellijk de Belgische nationaliteit toe te kennen.

- **Duurzame oplossingen voor gezinnen die niet verwijderd kunnen worden**

Sommige gezinnen kunnen, ondanks een negatief antwoord op hun verblijfsaanvraag, niet naar hun land van herkomst terugkeren (bv. omdat het land van herkomst geen papieren wil afleveren of de persoon niet als onderdaan wil erkennen; een complexe gezinssituatie, bv. leden met verschillende nationaliteiten; medische redenen waardoor een persoon niet kan reizen; een terugkeer zou tot schendingen van de mensenrechten leiden, enz.) Momenteel worden deze gezinnen aan hun lot overgelaten. De risico's om in mensonterende situaties terecht te komen, op straat te leven en misbruikt of uitgebuit te worden nemen dan aanzienlijk toe. Daarom bevelen wij aan dat gezinnen die om redenen buiten hun wil niet naar hun herkomstland kunnen terugkeren, een verblijfsrecht voor België toe te kennen. Ook moet hun materiële bijstand (opvang) worden verleend zolang hun verblijfsituatie nog niet is geregulariseerd.

- **Erken het recht op gezinsleven voor meisjes die als vluchteling zijn erkend omdat zij een risico op genitale verminking lopen**

In april 2019 kondigde het CGVS een wijziging aan in zijn erkenningsbeleid ten aanzien van de families van deze meisjes. Sindsdien worden de ouders van deze meisjes niet langer samen met hun dochter(s) als vluchteling erkend indien zij geen persoonlijke vrees voor vervolging kunnen aantonen. De angst van de ouders zelf, omdat zij zich verzetten tegen de besnijdenis van hun dochter(s), wordt niet langer aanvaard als een reden voor erkenning. Wij zijn bezorgd over de mogelijke scheiding van deze gezinnen, die in strijd is met het beginsel van de eenheid van het gezin. Voor een meer diepgaande analyse van deze kwestie verwijzen wij u naar een [nota van Intact van 30 april 2019](#).

- **Verplichting van de autoriteiten tot monitoring, evaluatie en gegevensverzameling.**

Onafhankelijk toezicht en evaluatie zijn essentieel voor een transparant beleid. Momenteel verzamelen de bevoegde autoriteiten weinig of geen kindspecifieke gegevens. Zo zijn er bijvoorbeeld geen cijfers over de duur van het verblijf van gezinnen met kinderen in de terugkeerwoningen, de nationaliteit en leeftijd van deze kinderen, of zij vervolgens al dan niet onderduiken, enz. Ook het effect van de toegepaste maatregelen op de kinderen is niet bestudeerd. Zonder dergelijke gegevens is het onmogelijk een goed migratie- en terugkeerbeleid te voeren in het belang van het kind. Daarom dringen wij aan op een studie en regelmatige publicatie van specifieke cijfers en gegevens betreffende, onder meer, kinderen in de terugkeerwoningen.

- **Over de handelingsbekwaamheid van NBMV**

Vanuit het oogpunt van de rechten van het kind moet de beoordeling van de handelingsbekwaamheid van NBMV grondig worden herzien om tot een samenhangend beleid te komen dat minderjarige stapsgewijs bevoegdheden verleent. Wij verwijzen graag naar het advies van het Kinderrechtencommissariaat, waarin ook op deze kwestie wordt ingegaan.

Conclusie

Kinderen maken een aanzienlijk deel uit van de personen op wie de bepalingen van het toekomstige Migratiewetboek van toepassing zijn. Bovendien staat de huidige wetgeving, zoals wij hebben vastgesteld, momenteel niet toe dat hun grondrechten worden geëerbiedigd en effectief worden toegepast. **Daarom is het van essentieel belang dat bij de opstelling van het wetboek bijzondere aandacht wordt besteed aan een betere eerbiediging van de rechten van het kind.** Het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind moet als leidraad en referentie dienen bij de opstelling van het wetboek, evenals de Algemene Commentaren van het VN-Kinderrechtencomité, die de bepalingen van het IVRK in detail toelichten.

Wij verzoeken daarom allen die betrokken zijn of zullen worden bij de opstelling en aanneming van het Migratiewetboek, rekening te houden met dit advies. Aangezien dit advies niet exhaustief is, verwijzen we ook naar de adviezen van andere mensen- en kinderrechtenorganisaties i.h.k.v. de bevraging van de Commissie Migratiewetboek. Wij vestigen in het bijzonder de aandacht op de twee analyses die bij dit verslag zijn gevoegd: "*Le séjour des MENA (articles 61/14 et s. de la loi du 15/12/80) ou séjour solution durable - Analyse par Cécile Ghymers*" en "*La loi sur la tutelle des MENA (loi programme du 24/12/2002) et ses dispositions spécifiques relatives à l'identification des MENA (détermination de l'âge) - Analyse par Cécile Ghymers avec l'aide de la Plate-forme Mineurs en exil*". Deze beide analyses moeten worden beschouwd als een aanvulling op dit advies.

Bijlage 1 : La loi sur la tutelle des MENA (loi programme du 24/12/2002) et ses dispositions spécifiques relatives à l'identification des MENA (détermination de l'âge) - Analyse par Cécile Ghymers avec l'aide de la Plate-forme Mineurs en exil

Il est évident que nous ne formulons aucune remise en question du principe même de cette loi, à savoir l'organisation d'une tutelle pour les MENA (mineurs étrangers non accompagnés) et d'un statut spécifique pour protéger les MENA mais concernant spécifiquement l'identification des MENA et la détermination de leur âge, de sérieuses critiques doivent être formulées car le système est plus qu'imparfait, crée de graves discriminations, est terriblement coûteux à l'état et **engendre l'exclusion de très nombreux mineurs vulnérables de cette protection à laquelle ils ont droit car ils sont considérés majeurs à tort !**

Il y a lieu d'avoir à l'esprit que c'est évidemment catastrophique pour un MENA qui a besoin de cette tutelle et de ce statut de protection d'en être exclu et que les conséquences sont dramatiques et très importantes : **application du règlement Dublin avec possibilité de transfert vers le premier pays d'entrée en UE, pas d'accueil adapté en Belgique, changement de sa date de naissance par l'office des étrangers vers une date de naissance fictive le considérant majeur, pas de scolarité, bénéfice du doute dans la DPI interprété moins soupagement, non-assistance du tuteur durant les étapes de la procédure et les auditions, pas de possibilité d'initier une procédure de séjour MENA sur base des articles 61/14 et suivants, etc..**

Voici donc dans cette note détaillée le cadre légal actuel relatif à la détermination de l'âge des MENA, les différentes critiques et les propositions de solutions que nous souhaitons formuler sur cette question, solutions basées sur des recommandations internationales et d'autres systèmes d'évaluation de l'âge existant dans d'autres pays.

Il nous semble véritablement que même si cette loi tutelle ne se trouve actuellement pas dans la loi du 15/12/80 sur l'accès, le séjour et l'établissement sur notre territoire, elle doit incontestablement apparaître dans un futur code de la migration car les MENA sont évidemment des migrants et l'office des étrangers intervient de manière très importante et est même à la base la plupart du temps des signalements de ces MENA qui se présentent à l'office des étrangers pour introduire une demande de PI et à la base des doutes émis concernant leurs minorités déclarées.

1) Cadre légal et pratique actuelle

Ces dernières années, le nombre d'étrangers mineurs arrivant seuls en Belgique a fortement augmenté. Lorsqu'ils introduisent une demande de protection internationale ou sont repérés sur le territoire, ils sont signalés au service de tutelle (ST). Ce service, qui relève du Service public fédéral Justice, vérifie s'ils remplissent les conditions pour bénéficier du statut de mineur étranger non accompagné (MENA). Dans ce cas, le service leur attribue un tuteur et leur propose un programme d'accueil adapté. Ils bénéficient également d'une protection spéciale dans le cadre des procédures de séjour. La procédure d'asile sera adaptée aux besoins spécifiques du mineur.

Toutefois, si les autorités ont des doutes sur leur âge, ils sont d'abord soumis à un test d'âge (test osseux). Sur la base de cet examen, le service de tutelle décide si le demandeur a droit ou non à cette protection spéciale. Dans la pratique l'autorité qui émet en majorité les doutes sur la minorité déclaré par les jeunes est l'office des étrangers.

L'article 7 de la loi sur la tutelle stipule que lorsque le service de la tutelle, l'office des étrangers, le commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou le conseil du contentieux des étrangers ont des doutes sur l'âge déclaré d'un jeune, celui-ci est soumis immédiatement à un test médical effectué par un médecin pour déterminer s'il est âgé ou non de moins de 18 ans.

Ce test médical est un triple test osseux (radiographie des dents, de la clavicule et du poignet) destiné à déterminer son âge et détermine si le demandeur est mineur ou non, mais il n'a jamais eu pour vocation d'établir une date de naissance exacte. Si le médecin a des doutes sur l'âge - ce qui se fait en incluant une marge d'erreur dans l'estimation finale - le Service des Tutelles doit toujours prendre en compte l'âge le plus jeune suivant la loi. (article 7 §3 de la loi)

Selon le site internet du service de tutelle, ils organisent des entretiens avec les jeunes eux-mêmes. Les informations récoltées sont complétées par celles des travailleurs sociaux des centres d'accueil où les jeunes séjournent et par ceux de leurs tuteurs (provisoires). En outre, ils font vérifier l'authenticité des documents d'identité présentés.

Dans la pratique, la vérification de l'âge consiste principalement et même presqu'uniquement en des tests médicaux donc ce triple test osseux individuel qui reprend un âge déterminé par chacun des 3 tests (avec des marges d'erreur) et qui reprend un seul âge en termes de conclusion avec une marge d'erreur.

Le rapport de cet examen médical est soumis au service des tutelles, qui prend la décision finale concernant l'âge de la personne et qui reprend TOUJOURS la conclusion du test donc l'estimation finale en indiquant la marge d'erreur reprise. (le ST ne reprend donc jamais les résultats d'un des trois tests alors que parfois ces résultats sont en dessous de 18 ans, il ne reprend que la conclusion finale) et les tests psycho-affectifs ne sont pas utilisés dans la pratique. Les entretiens au ST avec le mineur et l'analyse des documents sont quant à eux très rarement utilisés dans la pratique et souvent quand un avocat insiste et intervient auprès du ST seulement.

Il est terriblement choquant que des documents authentiques étrangers qui attestent de l'identité et la minorité donc ne soient pas pris en compte dans notre système actuel et que des tests médicaux considérés non fiables par de nombreux scientifiques priment sur des documents officiels et souvent analysés et considérés comme authentiques !

La plateforme Mineurs en exil a publié fin 2017 une analyse très complète des différents points critiques de ce système d'évaluation de l'âge des MENA et des failles de cette loi.

Nous donnons un bref aperçu des principales lacunes dans ce document mais souhaitons renvoyer vers [cette analyse](#) très complète pour une meilleure compréhension des lacunes et critiques de la loi actuelle sur la détermination de l'âge des MENA.

2) Non fiabilité des tests osseux effectués actuellement

La première critique est en effet que suivant de nombreuses analyses scientifiques ces tests osseux ont une fiabilité très douteuse et n'ont en tout cas jamais été créés pour établir ou déterminer un âge précis. Les marges d'erreur sont très importantes et parfois de plusieurs années, ce qui est évidemment tout à fait inacceptable lorsqu'on cherche à déterminer l'âge d'un adolescent et si il est mineur ou majeur.

En pratique, le test d'âge consiste comme indiqué en une radiographie de la clavicule, de la main et du poignet et des dents. Ces radiographies peuvent être complétées par un examen clinique des dents.

Le médecin estime généralement l'âge du demandeur pour chaque test, en laissant une marge d'erreur qui peut aller de 6 mois à 3 ans environ. Sur la base de ces tests individuels, le médecin établit une estimation finale, également assortie d'une marge d'erreur.

Ces méthodes physiques et scientifiques d'estimation de l'âge reposent sur des recherches scientifiques qui datent d'il y a bien trop longtemps. Par exemple, les méthodes utilisées pour la radiographie du poignet ont été développées dans les années 1950. Il est également important de noter qu'aucune des méthodes utilisées n'a été développée et testée sur des jeunes des pays d'où proviennent les MENA.

Plusieurs organisations internationales ont déjà indiqué qu'elles regrettaient profondément l'utilisation des examens physiques et médicaux pour déterminer l'âge des MENA. Par exemple, le Conseil de l'Europe a indiqué qu'*il existe un large consensus sur le fait que les examens physiques et médicaux de l'âge ne sont pas fondés sur des preuves scientifiques empiriques solides et qu'ils ne peuvent aboutir à une estimation fiable de l'âge chronologique. [...] En outre, il a été démontré que ces méthodes ont un impact négatif sur le bien-être physique et mental de la personne qui subit ces examens d'âge. Par conséquent, le recours à des examens médicaux invasifs doit être réduit au minimum*'. Le Conseil de l'ordre des médecins en Belgique s'est également positionné déjà à deux reprises, en 2010 et 2017, contre ces tests osseux en vue de déterminer l'âge des jeunes migrants !

Dans le contexte belge, on ne peut pas dire que le recours aux examens médicaux invasifs soit réduit au minimum vu qu'il s'agit de la norme et qu'on procède d'office à ces examens médicaux dès qu'il y a doute des autorités et que ce doute est presque systématique chez les adolescents demandeurs de protection internationale.

Le recours à des tests osseux donc médicaux, invasifs et dont la fiabilité est douteuse, doivent donc incontestablement intervenir en dernier ressort lorsque différentes autres méthodes et analyse (documents, entretien personnel, etc..) n'ont pas permis d'établir la minorité et l'identité du jeune qui se déclare mineur.

3) Absence de garanties procédurales

Outre la faible fiabilité des méthodes utilisées, **la procédure actuelle des tests d'âge ne fournit pas de garanties procédurales suffisantes**. Dans ce qui suit, nous énumérons certaines des lacunes les plus importantes. Pour un aperçu complet, nous renvoyons à nouveau au rapport de la Plate-forme mineurs en exil mentionné ci-dessus.

A) Le doute des autorités n'est pas motivé et n'est pas encadré juridiquement

Le service des tutelles procède à une vérification de l'âge s'il y a des doutes sur l'âge réel d'un MENA mais actuellement il n'existe pas de critères en Belgique pour exprimer un doute sur l'âge d'une personne. Par conséquent, il n'y a pas de motivation formelle, ce qui n'est pas transparent et peut donner une impression d'arbitraire.

En effet l'office des étrangers émet des doutes systématiques et sans aucune motivation (et donc sans que le jeune puisse comprendre les raisons de ce doute) et alors même que le jeune parfois dispose avec lui de documents d'identité par exemple quand l'adolescent est entré par un autre état membre et pourrait s'il était considéré majeur être transféré sur base du règlement Dublin ou pour certaines nationalités !

Ne pas motiver un doute et ne pas disposer de critères clairs pour limiter et encadrer ce doute est une porte ouverte à l'arbitraire, aux discriminations et aux injustices ! Nous rappelons que ce doute engendre d'OFFICE des tests osseux (indépendamment des documents en possession du mineurs) et ce doute entraîne donc des conséquences très importantes et devrait être encadré juridiquement et être motivé.

En plus d'être motivé ce doute sur la minorité émanant d'une autorité devrait pouvoir être émis uniquement dans un certain délai et seulement en l'absence de documents d'identité.

En effet actuellement l'office des étrangers émet soudainement des doutes de nombreux mois, voir années après l'arrivée d'un MENA et alors qu'il bénéficie déjà d'une tutelle depuis longtemps, ce qui n'est pas acceptable. (un jeune reconnu réfugié peut donc être visé par un doute après sa reconnaissance par le CGRA?) et l'office émet aussi des doutes alors que le jeune dispose de documents d'identité probants (et même parfois un passeport) ce qui n'est pas acceptable car le doute entraîne le test médical qui ensuite permet d'écarter les documents d'identité alors qu'initialement les documents d'identité auraient bien entendu dû éviter l'existence même d'un doute sur la minorité déclarée.

Un recours devrait aussi exister pour contester ce doute émis par l'office des étrangers ou une autre autorité si il est abusif, tardif, non justifié, mal motivé ou basé sur des éléments erronés.

B) Absence d'un système de tutelle provisoire durant la phase d'identification

Les MENA qui doivent se soumettre à une procédure de détermination de leur âge doivent (presque) toujours le faire sans tuteur. Ils attendent donc des semaines, voir des mois, avant qu'une décision soit prise concernant leur identification et ne sont pas soutenus, pas accompagnés et sont donc en quelque sorte présumés être majeurs dans l'attente de cette identification, ce qui n'est pas acceptable. Les MENA devraient, à l'inverse, être présumés mineurs jusqu'à preuve du contraire.

Plusieurs institutions internationales recommandent de désigner systématiquement un tuteur provisoire en cas de doute sur l'âge.

C) Absence de prise en compte des documents étrangers authentiques

Il faut qu'une importance soit attachée et mentionnée dans la loi sur les documents authentiques attestant de la minorité. Actuellement le Service des tutelles rejette les documents en indiquant que tests osseux prévalent et que le test médical en cas de doute est obligatoire suivant la loi et ce peu importe la présence ou l'existence de documents probants ! De plus le Service des tutelles invoque régulièrement que les documents ne sont pas légalisés la plupart du temps et ne peuvent donc avoir force probante et être reconnus en Belgique mais en fait quand sont légalisés (et même parfois lorsque l'on dépose des passeports) ils les rejettent également en faisant prévaloir les tests osseux.

Il faudrait donc indiquer expressément dans la loi qu'une attention particulière doit être accordée aux documents officiels étrangers établissant l'identité et aux preuves de la minorité, surtout s'ils sont légalisés et/ou si rien n'indique qu'il s'agirait de faux documents ou qu'ils ont été considérés authentiques.

Il ne faudrait donc en réalité non pas un système de doute qui engendre un test médical qui ensuite permet d'écarter les documents d'identité en indiquant que le test médical prévaut ou que l'âge repris dans les documents est trop écarté de l'âge découlant des résultats des tests osseux mais plutôt

évidemment un doute qui peut être manifesté uniquement lorsque le jeune ne dispose pas de documents probants d'identité et donc d'abord un examen des documents probants et ensuite seulement la possibilité alors d'émettre un doute qui doit engendrer une procédure alors de détermination de l'âge.

D) Absence de protocole clair entre médecins sur la manière d'interpréter ou de conclure à un âge dans le cadre des tests osseux

L'absence de protocole unanime et transparent sur la méthode de calcul ou pour obtenir une moyenne d'âge découlant des tests osseux est un réel problème également dans la pratique.

Un triple test est prévu en pratique (mais la loi ne mentionne qu'un test médical sans autre précision) donc des radiographies de la clavicule, des dents et du poignet mais rien n'est indiqué ni dans la loi, ni dans un protocole quelconque sur la manière dont les hôpitaux et les médecins doivent analyser les résultats ou quel résultat le S.T doit prendre en compte dans sa décision d'âge.

Par conséquent dans la pratique le S.T prend d'office l'âge repris en termes de conclusion par les médecins, quoi qu'il y ait dans les résultats individuels des 3 tests, et selon les hôpitaux les conclusions sont très différentes...

Certains prennent en effet l'âge le plus bas des 3 tests en considération en termes de conclusion, d'autres prennent la moyenne des résultats des 3 tests individuels, enfin certains même si c'est incroyable prennent un seul des résultats donc un seul des 3 tests en termes de conclusion ! Cela engendre des incompréhensions et des discriminations en fonction de l'hôpital où est effectué le test médical.

Il manque donc dans la loi ou dans un arrêté une méthode de calcul, des directives ou un protocole clair indiquant comment l'âge doit être calculé sur base des tests ? l'âge moyen le plus bas ? l'âge moyen des 3 tests ? l'âge le plus bas d'un des 3 tests ?

En cas de tests osseux donc, en dernier ressort bien entendu, il y a lieu de prévoir dans la loi une méthode claire de calcul découlant des tests osseux avec la prise en compte évidemment de l'âge le plus bas en faveur de l'enfant et ce protocole et cette méthode claire doit impérativement être appliquée par tous les médecins et hôpitaux de manière transparente.

E) L'absence d'un recours effectif

Cela constitue un troisième défaut et surtout le principal défaut de la procédure actuelle.

Un recours contre la décision de détermination de l'âge doit actuellement être introduit auprès du Conseil d'État (en suspension et en annulation) Ce recours n'a pas d'effet suspensif et ne porte que sur la légalité de la décision prise.

Il n'y a pas d'examen substantiel des motifs du doute, ni de la fiabilité des examens médicaux effectués, ni même examen des documents d'identité dont dispose le mineur pour établir sa minorité !!

Il faut impérativement prévoir un **recours de plein contentieux** où un tribunal examine le fond du dossier et les éléments donc en faveur de la minorité, les documents etc. Ce recours devrait de **plus être suspensif** et permettre donc au jeune dans l'attente d'être toujours considéré mineur avec une tutelle provisoire et sans que son identité soit modifiée dans les registres avec un âge fictif jusqu'à ce qu'une décision définitive intervienne quant à sa minorité/majorité.

4) Recommandations EASO et exemple de Malte

En raison du manque de fiabilité des méthodes utilisées et des garanties procédurales limitées lors des tests d'âge, le MENA qui doit se soumettre à ces tests d'âge est doublement désavantagé. Le manque de fiabilité des méthodes augmente le risque que le MENA soit considéré à tort comme majeur, et la procédure ne protège pas suffisamment le MENA contre ce risque.

Les exemples d'autres pays montrent qu'il est possible de procéder différemment : une vérification holistique de l'âge qui garantit les droits de l'enfant et donne au gouvernement la possibilité d'estimer de manière fiable l'âge des MENA en cas de doute. Dans ce qui suit, nous donnons un aperçu de certaines des alternatives dans la pratique.

Le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) a publié en 2018 une nouvelle édition du guide pratique de l'EASO sur l'évaluation de l'âge. Ils y préconisent une approche holistique et multidisciplinaire de l'évaluation de l'âge.

L'approche holistique est globale. Elle prend en compte non seulement l'aspect spécifique de l'âge, mais tous les aspects impliqués dans l'âge chronologique. En conséquence, les tests d'âge deviennent plus flexibles et individualisés. Les besoins spécifiques de l'enfant en question sont davantage mis en avant et l'intérêt supérieur de l'enfant est garanti.

À cela s'ajoute l'approche multidisciplinaire. Cette méthode implique que tous les aspects de l'âge chronologique soient abordés à partir de différentes disciplines professionnelles. Comme il n'existe pas de méthode permettant de déterminer avec certitude l'âge correct, il est important de considérer les différents facteurs sous différents angles. Un test d'âge multidisciplinaire devrait donc consister en une combinaison de tests médicaux et non médicaux.

Les meilleurs professionnels auxquels faire appel varient en fonction de l'aspect à prendre en compte. Là encore, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être déterminant et **si des doutes subsistent après l'examen, il faut supposer que le demandeur est en réalité un mineur, le doute devant incontestablement profiter à l'enfant!**

Malgré les directives de l'EASO, peu de pays, comme Malte, disposent d'une méthode holistique entièrement développée.

Une enquête du Conseil de l'Europe montre que sur les 37 pays participants, 19 appliquent une méthode multidisciplinaire, dont 6 pays se limitent à la combinaison de différentes disciplines médicales. Cependant, certains gouvernements ont pris des initiatives louables pour réduire l'utilisation de ces méthodes médicales.

Malte applique donc une approche holistique composée de trois étapes dont la Belgique devrait s'inspirer.

Tout d'abord, il est important de noter que les examens médicaux ne sont effectués qu'au stade final des tests d'âge, si les deux premières étapes n'apportent pas de réponse concluante. Comme en Belgique, les tests d'âge sont officiellement initiés lorsque des doutes sont émis sur l'âge d'un MENA. La première étape consiste en un entretien avec ce MENA par un employé du gouvernement maltais et un conseiller transculturel. Ces conseillers sont formés par le JRS et ne sont pas des employés officiels du gouvernement maltais, ce qui préserve leur indépendance. L'entretien dure entre 30 et 40 minutes et met l'accent, entre autres, sur l'apparence physique, les informations contextuelles (telles

que la culture et l'histoire du voyage), les observations générales. Après cet entretien, on peut déjà décider si le jeune qui se déclare MENA est mineur ou non.

Si un doute subsiste quant à l'âge du MENA, on procède à un deuxième entretien, plus approfondi. Cet entretien est mené par trois conseillers transculturels et dure entre 60 et 75 minutes.

Après cette phase, on peut à nouveau décider si le MENA est mineur ou non. Si, à ce stade, un doute subsiste quant à l'âge de la personne concernée, le dossier est soumis au président de l'organe chargé des enquêtes sur l'âge. Ce président peut alors décider si le jeune est mineur ou non. Si le président estime que des doutes persistent, il peut soumettre le jeune à un deuxième test d'âge ou à un examen médical.

Les principaux avantages de cette procédure sont le recours à des conseillers transculturels indépendants et formés qui utilisent une structure narrative ouverte pour mener l'entretien avec le jeune. En outre, il est positif que le recours à un examen médical ne soit utilisé qu'en dernier ressort, lorsque toutes les autres possibilités ont été épuisées. Enfin, il est important de noter que l'ensemble de l'évaluation de l'âge doit, en principe, avoir lieu dans les 10 jours qui suivent le renvoi à l'évaluation de l'âge.

5) Proposition d'une méthode plus globale de détermination de l'âge des MENA

En tenant compte des lignes directrices de l'EASO et des exemples pratiques, nous proposons une méthode plus globale d'évaluation de l'âge en Belgique. Le but ultime de cette réflexion est de réduire le nombre de MENA qui doivent subir des tests médicaux dans le cadre du dépistage de l'âge. (tests de plus terriblement coûteux à la société et effectués trop systématiquement)

Cette méthode holistique est basée sur des facteurs physiques, psychologiques, socioculturels, environnementaux et de développement. Afin de couvrir tous ces éléments, des experts de différentes disciplines doivent participer à l'évaluation de l'âge ou être consultés sur le développement de l'évaluation de l'âge. Les experts ayant une expérience du développement de l'enfant jouent un rôle central à cet égard.

La première étape du test d'âge reste l'expression d'un doute sur l'âge déclaré d'un MENA. Un doute sur l'âge ne doit être exprimé que dans des cas individuels **s'il existe une justification objective et formelle. L'obligation de motivation formelle du doute sur l'âge devrait être inscrite dans la loi et le doute ne devrait être possible qu'en l'absence de documents d'identité bien entendu.**

Avant d'entamer la procédure d'évaluation de l'âge, le jeune qui se déclare mineur doit pouvoir le prouver par tous les moyens légaux. Cela peut se faire en présentant des documents prouvant son âge, comme des papiers d'identité, mais aussi des évaluations psychosociales. Si un document est rejeté, le rejet doit être formellement justifié et il doit être démontré si et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte lors de la prise de décision.

Si une estimation de l'âge est jugée nécessaire, la personne concernée doit donner son consentement éclairé. Le refus de se soumettre à certaines procédures ne remet pas en cause l'appréciation de l'âge ou la demande de protection ou de séjour.

Dans l'évaluation de l'âge proposée, les méthodes médicales ne sont utilisées qu'en dernier ressort. La préférence est donnée aux entretiens prolongés avec le MENA, au cours desquels la personne concernée a la possibilité de faire des déclarations à son niveau concernant l'âge déclaré. Cet entretien doit être mené par des conseillers transculturels, formés selon les directives de l'EASO. Ces conseillers

doivent être en mesure d'agir de manière indépendante afin que leur rôle n'entre pas en conflit, potentiel ou réel, avec l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, il convient de créer une commission d'examen indépendante chargée de superviser les protocoles et les pratiques liés à l'évaluation de l'âge.

Comme à Malte, deux entretiens peuvent être utilisés, le premier étant le plus court. Cela met notamment l'accent sur l'apparence physique, les informations contextuelles (telles que la culture et l'histoire du voyage), les observations générales et l'évaluation de l'âge chronologique. Cet entretien donne au MENA l'occasion de raconter de son point de vue des événements qui peuvent donner une indication de son âge réel. L'enquêteur utilise un récit ouvert, lorsqu'il est approprié de connaître la composition familiale de l'enfant. L'accent est mis ici sur les frères et sœurs de l'individu, car cela permet une bonne estimation de l'âge de l'individu. En outre, les informations sur le niveau d'éducation de l'enfant peuvent également constituer un indicateur de l'âge.

Après cet entretien, on peut déjà décider si le MENA est mineur ou non. Cette décision est prise par l'équipe qui a mené l'entretien avec le MENA, conformément aux protocoles établis par le comité d'examen indépendant.

Si aucune décision ne peut être prise sur la base de cet entretien, un deuxième entretien, plus approfondi, est mené. Cet entretien est mené par trois conseillers transculturels et développe les éléments mentionnés dans le premier entretien. En outre, cela donne au MENA la possibilité de réagir pendant la procédure aux doutes existants sur son âge réel.

S'il reste impossible pour l'équipe de prendre une décision sur l'âge du MENA, le président du comité peut décider d'interroger à nouveau le MENA ou de l'orienter vers un examen médical. Lors de cet examen médical, il est important d'accorder le bénéfice du doute au MENA faisant l'objet de l'enquête. Les marges d'erreur qui existent pour chaque enquête (sur la base de références récentes) doivent être clairement indiquées. Si l'âge d'un mineur se situe dans les marges d'erreur du test, alors la personne doit être considérée comme mineure.

La pierre angulaire de cette procédure devrait être la possibilité d'un recours permettant de contester rapidement et efficacement le doute formellement exprimé sur l'âge ET le résultat du test d'âge.

Conclusion

Cette loi sur la tutelle des MENA a le mérite d'exister. Elle a enfin offert une protection à ces migrants vulnérables mais le système de détermination d'âge est véritablement inquiétant et discriminant et manque de garanties et de très nombreux mineurs sont donc exclus à tort de cette protection à laquelle ils ont pourtant droit et ne peuvent même pas se battre contre cette exclusion et contre leur détermination d'âge. (qui entraîne de plus une modification de leur identité)

Il faut absolument offrir à ces jeunes des garanties procédurales, un recours de plein contentieux, effectif et utile où tous les éléments relatifs à l'âge du mineur sont pris en compte et analysés. Il faut en amont, avant ce recours, qu'une nouvelle méthode autre que médicale soit appliquée par un groupe d'experts neutres et indépendants et que ces tests médicaux non fiables ne soient utilisés qu'en dernier ressort.

Les modifications proposées permettraient notamment de respecter d'avantage les droits de l'enfant, d'entraîner beaucoup moins de coûts pour la société (beaucoup trop de tests systématiques sont effectués), de ne pas exclure des enfants de la protection dont ils ont besoin et à laquelle ils ont droit,

de désencombrer le Conseil d'Etat aussi de recours qui n'aboutissent jamais car le jeune n'est juste pas d'accord avec la décision ou veut que ses documents soient examinés, de respecter la force probante des documents authentiques étrangers et de disposer d'un recours effectif tout simplement.

Bijlage 2 : Le séjour des MENA (articles 61/14 et s. de la loi du 15/12/80) ou séjour solution durable - Analyse par Cécile Ghymers

Une loi datant du 12 septembre 2011, modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers³⁵, est venue offrir un cadre légal au séjour en Belgique des mineurs étrangers non accompagnés en dehors de la procédure d'asile.

La procédure élaborée par la loi est très particulière sous plusieurs aspects. Diligentée par le tuteur uniquement, elle se déroule en différentes étapes, aux termes desquelles plusieurs sortes de titres de séjour peuvent être délivrées. La question centrale est la **recherche d'une solution durable pour l'enfant, conforme à son intérêt supérieur**, d'où le fait que cette procédure de séjour est également appelée « *procédure de recherche de la solution durable* ».

Le cœur du débat qui doit avoir lieu dans le cadre de la demande de séjour faite par le tuteur, lors de l'audition et, le cas échéant, dans le cadre d'un recours contre la décision de l'Office des étrangers, est de savoir quelle est la solution durable conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas d'espèce.

Ce débat est particulièrement complexe car l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion vaste.

Chacun peut l'interpréter différemment et ce, surtout, lorsque des parents ou familiers existent au pays mais que le mineur refuse de retourner auprès d'eux ou lorsque des familiers existent au pays d'origine mais également en Belgique.

Très souvent il y a désaccord entre le tuteur qui estime, au nom de l'intérêt de l'enfant, que la seule solution durable est le maintien en Belgique (auprès de familiers le prenant en charge adéquatement) alors que l'Office considère, au nom de l'unité familiale, que la seule solution durable allant dans l'intérêt de l'enfant est le retour auprès de parents ou de familiers dans le pays d'origine et refuse de délivrer un titre de séjour en Belgique.

Ces dispositions légales qui sont récentes, et qui ont le mérite d'exister bien entendu, et qui doivent impérativement continuer à exister sont toutefois très imparfaites et engendrent donc de l'arbitraire et surtout une absence de possibilité de recours effectif.

Nous souhaitons donc tout en soulignant le bénéfice de cette procédure spécifique de séjour pour les mineurs, non accompagnés, et ne tombant a priori pas dans le cadre de la procédure de protection internationale, attirer l'attention sur les graves imperfections de cette loi.

6) La durée de la procédure et l'exclusion des MENA de plus de 17 ans de facto

Cette procédure de séjour durera la plupart du temps près d'une année avant d'offrir éventuellement un titre de séjour pouvant aller au-delà de la majorité du MENA (Certificat d'inscription au registre des étrangers : ci-après, Carte A).

Étant donné que la solution durable ne peut souvent pas être dégagée immédiatement (selon l'Office des étrangers), la procédure dure en effet au minimum 8-9 mois et doit donc être initiée au plus tard juste après les 17 ans du MENA pour espérer aboutir à la délivrance d'une carte A avant la majorité du jeune (seul titre de séjour pouvant couvrir le séjour au-delà de la majorité).

³⁵ Loi du 12 septembre 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour temporaire au mineur étranger non accompagné, M.B. 28/11/2011 (articles 61/14 à 61/25).

En effet, un premier titre de séjour pourra être délivré par l'Office des étrangers après analyse du dossier et audition du mineur mais, très souvent, uniquement sous forme d'attestation d'immatriculation (ci-après, A.I.) valable 6 mois. Dans la majorité des cas, c'est seulement à l'échéance de cette première période de 6 mois que l'Office des étrangers examinera la solution durable et décidera si une carte A, et donc le maintien de l'enfant en Belgique, peut ou non constituer en la solution durable allant dans son intérêt supérieur.

Pour que le MENA puisse rester en séjour légal en Belgique au-delà de sa majorité, il doit impérativement recevoir cette carte A avant sa majorité. L'Office des étrangers doit donc avoir décidé, avant ses 18 ans, que la solution durable allant dans son intérêt supérieur est son maintien en Belgique.

Par conséquent, les MENA qui ont plus de 17 ans lors de leur arrivée en Belgique n'ont que très peu de chances, par le biais de cette procédure, d'obtenir un titre de séjour allant au-delà de leur majorité. Il est évidemment regrettable qu'une partie des mineurs soient *de facto* exclus de cette procédure car ils sont en réalité trop proches de l'âge de la majorité.

Il nous semble que la solution facile au niveau de la loi pour permettre à tous les mineurs de bénéficier de cette procédure serait **de modifier l'article 61/18 de la loi en indiquant une troisième possibilité de décision de l'office des étrangers dès l'introduction de la demande de séjour.**

En effet actuellement la loi prévoit, dans son article 61/18, que l'Office a, à ce stade, manifestement que deux possibilités :

- soit délivrer au tuteur un ordre de reconduire le MENA dans un autre pays si cette solution durable a été retenue (annexe 38) ;
- soit délivrer au mineur un document de séjour (A.I.) valable 6 mois si une solution durable n'a pas été trouvée et doit encore être recherchée³⁶.

Une possibilité n'a donc pas été envisagée ici par le législateur : celle d'une solution durable immédiate du maintien du mineur en Belgique (carte A immédiatement)

Or, il existe une série de situations de MENA, jeunes ou moins jeunes, pour lesquels la solution durable qui consiste en le maintien en Belgique apparaît immédiatement (cela pourra être le cas, par exemple, lorsque le mineur dispose de la preuve du décès de ses deux parents, de la preuve de l'absence de famille dans un autre pays que la Belgique, de la preuve de familiers en Belgique pouvant prendre soin de lui et de son passeport démontrant son identité).

Il faut en effet comprendre qu'un jeune qui est sous AI de 6 mois et qui devient majeur tombe en séjour illégal... car seuls les MENA ayant obtenu un certificat d'inscription au registre des étrangers (Carte A) avant leur majorité peuvent rester en Belgique au-delà de leur majorité.

Cette carte A est ensuite prolongée à leur demande chaque année par le bureau « long séjour » si l'ancien MENA démontre poursuivre sérieusement des études ou travailler.

L'analyse de la pratique actuelle démontre donc que la délivrance de la carte A avant la majorité, et donc le maintien du mineur en Belgique comme solution durable acceptée par l'Office des étrangers, est uniquement possible pour des MENA arrivés jeunes en Belgique. (et qui en plus ont des possibilités

³⁶ L'arrêté royal du 8 octobre 1981, en son article 110*undecies*, prévoit que ce titre de séjour est une attestation d'immatriculation conforme au modèle de l'annexe 4.

de démontrer par des documents leur identité et l'absence de garanties d'accueil dans leur pays d'origine – voir ci-après)

Le législateur ne peut, à notre sens, avoir eu comme intention de rejeter les MENA de 17 ans et demi de l'application de cette législation, vu que la loi vise expressément les ressortissants de pays tiers à l'espace économique européens âgés de moins de 18 ans et non accompagnés de leur représentants légaux³⁷.

7) L'appréciation de la solution durable par l'Office des étrangers et la charge de la preuve

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'Office des étrangers va déterminer où se trouve la solution durable allant dans l'intérêt de l'enfant et la loi indique à l'article 61/14 les trois possibilités qui existent à cet égard : le retour au pays d'origine (ou dans le pays où le MENA est autorisé au séjour), le regroupement familial dans un autre pays où les parents se trouvent légalement et enfin le maintien en Belgique.

Si la solution durable décidée par l'Office est le maintien en Belgique, les choses seront assez simples car cela rencontrera la volonté du mineur et très souvent la proposition effectuée par le tuteur. L'Office délivrera alors une carte A sur base de l'article 61/20 de la loi du 15 décembre 1980.

Les décisions d'autorisation de séjour en Belgique n'étant jamais motivées, il faut observer la pratique pour constater que ce type de décision ne survient, à notre connaissance, que lorsque le dossier est complet, qu'un passeport (ou une preuve de l'impossibilité de produire une pièce d'identité) est produit et, bien entendu, lorsque l'Office est d'accord avec le fait qu'il n'existe aucune garantie d'accueil adéquate dans le pays d'origine ou dans un autre pays pour le mineur.

Si la solution durable décidée par l'Office est le regroupement familial dans un pays où se trouvent légalement les parents, ce retour devrait à notre sens être entouré de garanties d'accueil adéquates, bien que la loi ne le précise pas expressément et ne pourra se faire qu'avec le consentement, il nous semble, du mineur et des parents.

En effet, il y aura lieu de demander une autorisation de séjour dans un pays tiers pour le mineur qui ira rejoindre ses parents et ceci ne pourra se faire qu'avec l'accord de toutes les parties. Cette hypothèse est rarement rencontrée en pratique car, lorsque les parents sont retrouvés et que tout le monde souhaite un regroupement familial de l'enfant avec ceux-ci, c'est souvent par le biais d'un retour volontaire que les choses s'organisent et l'Office clôture alors le dossier de demande de séjour MENA.

Si la solution durable décidée par l'Office est le retour au pays d'origine (ou dans le pays où le mineur dispose d'un droit de séjour), l'Office délivre au tuteur une annexe 38, soit un ordre de reconduire le mineur au lieu d'où il venait ³⁸ dans un délai de 30 jours.

³⁷ Article 61/14, § 1, 1° de la loi du 15 décembre 1980.

³⁸ Les termes "lieu d'où il (elle) venait" sont ceux repris sur l'annexe 38 prévue par l'arrêté royal du 8 octobre 1981.

Cette décision est notifiée par la commune au tuteur uniquement et motivée, l'Office indiquant les raisons pour lesquelles il estime que la solution durable allant dans l'intérêt de l'enfant est de retourner dans son pays d'origine.

L'article 61/14 de la loi précise, concernant ce retour au pays, qu'il ne peut avoir lieu qu': « *avec des garanties d'accueil et de soins adéquats, en fonction de son âge et de son degré d'autonomie, soit de la part de ses parents ou d'autres adultes qui s'occuperont de lui, soit de la part d'organismes publics ou d'organisations non gouvernementales* ».

Cette disposition signifie donc, et c'est évidemment positif, que la simple présence de parents, de familiers, d'adultes ou d'organismes pouvant accueillir l'enfant ne peut suffire pour renvoyer un MENA dans son pays et qu'il faut s'assurer de l'existence de garanties d'accueil et de soins adéquats dans ce cas.

Enfin, la loi prévoit qu'il est possible de considérer que la solution durable pour un MENA est le retour dans son pays d'origine auprès d'autres adultes que ses parents (familiers ou autres) ou auprès d'un organisme public (par exemple, un orphelinat) du moment qu'il existe des garanties d'accueil et de soins pour ce mineur en fonction de son âge et de son degré d'autonomie.

Cela signifie que, dès qu'il existe dans le pays d'origine des personnes pouvant prendre en charge le mineur, le retour au pays d'origine est envisagé par l'Office, voir décidé, comme solution durable allant dans l'intérêt du mineur, alors même que les parents ne sont pas au pays d'origine ou ne sont pas localisables, ou ont été considérés comme incapables de s'occuper de leur enfant.

Cette dernière possibilité prévue par la loi nous pose réellement question. Ces adultes, personnes de la famille élargie ou même extérieurs à la famille n'étant pas les parents, ils ne sont en principe, et bien souvent, pas titulaires de l'autorité parentale, ni d'un devoir d'entretien ou même d'une obligation alimentaire envers le mineur. Pourtant, l'Office des étrangers ne s'en inquiète pas et considère qu'ils peuvent prendre en charge cet enfant et qu'un retour est donc adéquat.

Il est surprenant de lire dans certaines décisions de l'Office que, par exemple, une ex-belle-mère qui prend en charge au pays le reste de la fratrie peut accueillir dignement le mineur en cas de retour, alors même que cette dame n'a pas été consultée, n'a nullement accepté de reprendre l'enfant, n'a aucune obligation quelconque à son égard, ou encore, qu'il existe sur place des oncles et des tantes qui pourraient éventuellement prendre en charge le mineur en cas de retour, sans les avoir consultés non plus, ni vérifié les garanties d'accueil chez ces personnes.

Quant aux organismes publics, on ne peut évidemment qu'être perplexe quant au fait qu'un retour dans un orphelinat dans certains pays offrirait des garanties d'accueil adéquates pour un mineur et que cela serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant, quand par exemple ce mineur est par ailleurs accueilli par de la famille élargie en Belgique.

Il n'est pas rare pour l'Office de prévoir le retour de certains MENA de nationalité congolaise vers la République démocratique du Congo, par exemple à Kinshasa dans un orphelinat dénommé « *la cité des jeunes Don Bosco* » où l'Office estime que le mineur sera adéquatement accueilli uniquement car une demande expresse a été envoyée pour ce faire à l'orphelinat qui a accepté le retour de ce MENA au départ de la Belgique.

Il nous semble qu'il y aurait lieu de préciser dans la loi que des garanties d'accueil adéquates au sens de la loi ne peuvent avoir lieu qu'après des seules des personnes ayant autorité légale sur l'enfant ou à tout le moins ayant un lien avec l'enfant et ayant accepté de reprendre l'enfant.

C'est donc le débat de l'existence ou non de garanties d'accueil adéquates au pays d'origine pour l'enfant qui doit avoir lieu, que cela soit chez des parents proches ou ailleurs.

Il n'est évidemment pas aisé, de surplus pour des enfants non accompagnés et parfois isolés en Belgique, de démontrer un fait négatif et à distance, à savoir qu'ils n'ont plus de famille et plus personne pour les prendre en charge au pays. Les tuteurs peuvent aider leurs pupilles évidemment mais n'ont aucun moyen d'investigation dans les pays d'origine et sont souvent fort démunis si l'enfant n'a pas de contact sur place et l'office des étrangers insiste de plus en plus sur le fait que la charge de la preuve est partagée et que le mineur doit démontrer cette absence de garantie d'accueil au pays d'origine, ce qui est véritablement difficile.

Nous avons tout de même pu constater que l'Office effectue de plus en plus d'investigations individuelles dans le pays d'origine afin de vérifier ces garanties d'accueil in concreto et que le bureau MINTEH envoie de plus en plus souvent des agents des représentations diplomatiques belges vérifier sur place les conditions d'accueil, du moins dans les pays où cela est possible.

Les agents vérifient où vit la famille, quelles sont les conditions matérielles d'existence de la famille, etc. Cependant, ce ne sont habituellement pas uniquement les conditions de vie matérielles qui sont invoquées par les jeunes pour s'opposer au retour dans leurs familles au pays, mais plus souvent des maltraitances familiales, des défaillances ou l'inadéquation du comportement des parents. Ces éléments sont évidemment difficiles à démontrer et même à constater sur place lors d'une brève visite d'un représentant de l'ambassade, à l'issue d'un seul entretien avec les parents.

Un père violent, dépendant à l'alcool ou qui fait travailler ses enfants va-t-il le déclarer aux agents envoyés par une ambassade européenne en visite chez lui ? Ces enquêtes aboutissent donc généralement au constat que les parents sont présents au pays et vivent dans des conditions matérielles acceptables et, par conséquent, qu'un retour du mineur est possible car il offre des garanties d'accueil adéquates.

En somme, nous constatons une réelle volonté de l'Office de mieux vérifier les garanties d'accueil existantes au pays mais les conclusions de ses investigations et son analyse de l'existence ou non de garanties d'accueil adéquates nous semblent souvent erronées.

Nous constatons également une continuelle volonté de renvoyer à tout prix le mineur dans sa famille estimant que les parents ne peuvent se dégager de leurs responsabilités et doivent prendre en charge leur enfant sur base du principe de l'unité familiale.

L'Office affirme prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant de manière générale et prendre en considération une série d'éléments tels que : le lieu de vie des parents et leur situation, l'intégration du mineur en Belgique, les soins médicaux éventuellement nécessaires, les liens à garder avec le pays d'origine, le bien-être de l'enfant, le point de vue de l'enfant, les possibilités de scolarité, de formation, la sécurité, etc. Mais il indique également que l'élément le plus important reste l'unité familiale.

Il nous paraît regrettable que ce principe d'unité familiale soit la considération primordiale et nous constatons la réticence de nos autorités à mettre en place un véritable système objectif d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant sur base de critères internationaux.

En effet, des instruments existent et sont reconnus de manière internationale pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant comme les recommandations du Comité des droits de l'enfant³⁹ ou le document établi conjointement en 2014 par l'UNHCR et UNICEF : « *Safe and Sound : What states can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe* »⁴⁰.

Ce rapport établit notamment une « box 12 » reprenant une liste non exhaustive des éléments à prendre en considération pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant⁴¹. Selon ce que nous avons pu observer, une partie de ces éléments ne sont jamais pris en considération par l'Office des étrangers (comme, par exemple, l'opinion de l'enfant, le souhait des parents, la qualité de la relation affective avec les proches, le bien-être général de l'enfant au niveau matériel, physique, éducationnel et émotionnel, le besoin de stabilité, de continuité et de sécurité affective ou la nécessité de soins de santé).

Il existe aussi les recommandations du Comité international des droits de l'enfant établies en 2005⁴² qui, en leurs points 84 à 88, établissent une liste de critères pour déterminer s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant non accompagné d'organiser un retour dans son pays d'origine.

Ces instruments et ces différents critères d'appréciation et de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ne sont à notre sens pas, ou peu, utilisés par l'Office des étrangers dans ce type de dossiers, ce que nous regrettons.

Il pourrait être inséré dans la loi une méthodologie pour déterminer cette solution durable allant dans l'intérêt de l'enfant.

Il faut en effet admettre que l'office des étrangers n'est a priori pas un spécialiste des droits de l'enfant ou de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant et de plus qu'il est évidemment partial dans ce type de situation vu que la décision qu'il va prendre va engendrer un maintien et un séjour de l'enfant en Belgique et qu'il est l'administration en charge de l'immigration.

En effet, il est demandé dans le cadre de cette procédure à une autorité qui gère l'immigration, et qui n'est donc ni indépendante, ni *a priori* experte en matière de droits de l'enfant, de décider quelle est la solution conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et si elle se trouve en Belgique ou non.

L'idéal serait donc que ces enfants migrants soient donc vus avant toute chose comme des enfants et non comme des migrants et **que leur intérêt supérieur soit analysé et déterminé par des professionnels de l'enfance dans le cadre d'un organisme indépendant et neutre.**

On aurait ainsi tout à fait pu imaginer une toute autre procédure se dérouler devant une instance neutre, à l'instar du CGVS, ou devant les tribunaux de la jeunesse ou de la famille. Une instance où plusieurs professionnels ou experts récolteraient des avis, se concerteraient et **dégageraient**

³⁹ <https://www.ohchr.org>.

⁴⁰ <https://www.refworld.org/pdfid/5423da264.pdf>.

⁴¹ Voyez la page 42 du document précité.

⁴² Observation générale n° 6 « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine » (2005), https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rv0QNaT86oJ:https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/doc/s/GC6_fr.doc+&cd=4&hl=fr&ct=clnk&gl=be&client=safari.

ensemble une solution durable allant dans l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction de son récit, des éléments probants, de la présence ou non de parents dans le pays d'origine et en Belgique, de la volonté du mineur, du parcours de violence ou d'exil vécu, etc.

Dans cette procédure, l'avis de l'Office des étrangers aurait pu être récolté au même titre qu'une série d'avis provenant de professionnels de l'enfance. Mais ce ne serait plus l'Office des étrangers qui aurait, seul, le pouvoir de décision.

8) L'absence d'obligation pour l'Office des étrangers de déterminer la solution durable avant la majorité

Une question fondamentale se pose concernant les MENA qui deviennent majeurs au cours des 6 mois durant lesquels ils sont généralement munis d'une A.I. délivrée sur base des articles 61/18 ou 61/19, donc pendant la période de recherche de la solution durable.

L'Office des étrangers délivre à ces MENA une A.I., valable (normalement 6 mois, mais en réalité, pour une plus petite période) jusqu'au jour de leur majorité.

Si aucune demande de carte A sur base des règles encadrant le séjour des MENA (ou aucune autre demande sur base des dispositions de la loi de 1980) n'est introduite avant la majorité, un ordre de quitter le territoire est systématiquement délivré au MENA dès qu'il atteint 18 ans.

Il y a lieu d'y être attentif, dès lors qu'à notre sens, une demande de carte A peut toujours être introduite par le tuteur sur base de l'article 61/20 un mois avant la majorité lorsque le mineur est en cours d'A.I., si les éléments manquants ont été rassemblés ou démontrés, ou éventuellement une autre demande comme une demande de séjour sur pied de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 à la veille de la majorité.

Dans cette dernière hypothèse, l'Office ne délivrera pas automatiquement d'ordre de quitter le territoire au MENA devenu majeur et respectera d'initiative la jurisprudence selon laquelle un ordre de quitter le territoire ne peut être délivré si une demande de séjour est pendante⁴³.

Ce qui est regrettable **dans ce type de situation où le jeune arrive à la majorité alors qu'il est sous A.I. et où le tuteur, un mois avant la majorité, dépose une série d'éléments probants et propose le maintien en Belgique comme solution durable (en faisant une demande de délivrance de carte A), c'est qu'il n'y a aucune obligation dans le chef de l'Office, selon la loi, de répondre à cette demande avant la majorité du MENA.**

Il arrive que l'Office réponde avant la majorité du jeune et accorde une carte A, estimant que le maintien en Belgique est la solution durable. Le jeune dispose alors d'un titre de séjour allant au-delà de sa majorité.

Il arrive également que l'Office réponde avant la majorité que la solution durable est un retour au pays d'origine ou dans un autre pays et délivre une annexe 38 (ordre de reconduire le mineur).

⁴³ C.E n° 225.855 du 17 décembre 2013 : obligation de motivation formelle engendrant obligation de statuer sur les éléments invoqués dans une demande de séjour avant de prendre un ordre de quitter le territoire.

Il arrive enfin que l'Office réponde après la majorité du jeune, indiquant que la solution durable n'a pas pu être dérogée, ou même qu'il ne réponde pas du tout à la demande de carte A faite par le tuteur, ce qui implique que le mineur tombe en séjour illégal au jour de sa majorité.

Il nous semble **qu'une disposition légale doit absolument prévoir l'obligation pour l'Office des étrangers de trancher la solution durable avant la majorité du jeune.** En l'absence d'une telle disposition, cette administration peut rendre caduque la présente procédure de séjour MENA par sa simple inertie.

Il nous semble même que dans l'hypothèse où aucune solution durable n'a pu être dérogée pour le mineur à ses 18 ans, une disposition légale devrait prévoir la délivrance automatique au MENA d'une autorisation de séjour allant au-delà de sa majorité.

En effet, il paraît contraire à l'esprit de la loi de laisser des anciens MENA, pour lesquels une solution durable a été recherchée mais non dérogée, tomber en séjour illégal après leur majorité alors que les autorités elles-mêmes ont constaté l'absence manifeste de solution durable dans un autre pays pour ces mineurs.

9) L'exigence de la présentation d'un passeport afin de se voir délivrer une carte A

L'article 61/20 prévoit la délivrance d'une autorisation de séjour d'une année (carte A) si la solution durable désignée est le séjour en Belgique, à condition que le mineur présente un passeport national.

La loi prévoit heureusement également la possibilité, pour le tuteur qui n'a pas pu produire de passeport national pour le MENA, d'exposer par écrit les démarches entreprises pour prouver son identité.

L'article 110^{decies} de l'arrêté royal du 7 novembre 2011⁴⁴ indique d'abord que les démarches entreprises par le tuteur pour établir l'identité du MENA doivent être prouvées par la production de documents officiels émanant des autorités compétentes du pays d'origine ou de résidence et que ces documents officiels doivent établir un lien physique entre le titulaire et le MENA. Il indique ensuite que l'impossibilité de se procurer des documents officiels établissant l'identité du MENA est appréciée au cas par cas par le Ministre sur base d'éléments de preuve sérieux, objectifs et concordants.

Ces dispositions concernant l'absence de production du passeport national ne sont pas claires à cet égard dès lors que, d'une part, il est indiqué que des documents prouvant les démarches effectuées peuvent être produits lorsque l'on n'a pas réussi à se procurer de document officiel établissant l'identité du MENA (documents sérieux, objectifs et concordants) et, d'autre part, que ces démarches doivent être prouvées par le biais de documents officiels, ce qui nous semble contradictoire.

La loi ne vise que la production d'un passeport national ou l'impossibilité démontrée de produire un passeport tandis que l'arrêté royal, lui, ne vise aucunement l'impossibilité de produire un passeport mais celle de se procurer un document officiel.

En pratique, il faudra donc déposer un passeport avant la majorité du MENA si on veut obtenir une carte A valable au-delà de la majorité, les exceptions étant rarement accordées par l'Office. Si une exception au dépôt de passeport est sollicitée, le tuteur doit déposer un dossier sérieux et des

⁴⁴ Arrêté royal du 7 novembre 2011 modifiant l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B. 28/11/2011 (insèrent les articles 110 sexies et suivants dans l'arrêté royal du 8 octobre 1981).

documents probants démontrant une réelle impossibilité d'obtenir un passeport ainsi qu'une série d'éléments tendant à démontrer tout de même l'identité du MENA.

Il faut donc constater que cette procédure de séjour MENA n'a des chances d'aboutir à un titre de séjour stable allant au-delà de la majorité que pour les MENA ayant un passeport ou un autre document d'identité ou, à tout le moins, ayant des possibilités de contact au pays d'origine pour leur permettre de réunir des documents probants attestant de leur identité.

10) L'absence de recours effectif contre les décisions de l'Office des étrangers (annexes 38)

La dernière et véritablement la PRINCIPALE critique envers cette procédure de séjour MENA, consiste en **l'absence d'un recours effectif.**

Les décisions de l'Office des étrangers en matière de séjour MENA peuvent être contestées devant le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après, CCE) dans le cadre d'un recours en suspension et en annulation mais ce recours n'est pas un recours de pleine juridiction et n'est pas suspensif de plein droit.

Pendant l'examen du recours, le mineur se trouve donc non seulement sans titre de séjour et sans aucun droit mais, surtout, s'il obtient gain de cause, dans un délai avoisinant souvent une année ou plus d'attente au niveau du CCE, il n'obtiendra que l'annulation de la décision prise par l'Office des étrangers, qui devra reprendre une décision.

Il arrive parfois qu'une annexe 38 soit annulée par un arrêt du CCE et qu'ensuite une nouvelle annexe 38 soit prise par l'Office, laquelle fait, à nouveau, l'objet d'un recours en annulation devant le CCE puis, après une nouvelle annulation, est encore suivie d'une décision d'annexe 38 à nouveau prise par l'Office des étrangers. Et ainsi de suite⁴⁵.

Ainsi des années de procédure sont parfois nécessaires avec, chaque fois, la possibilité pour l'Office de reprendre des décisions d'ordre de reconduire alors que les précédentes ont déjà été sanctionnées par le CCE en raison de défauts de motivation.

Par conséquent, **un grand nombre de MENA qui se voient notifier une décision d'annexe 38 n'ont pas le temps d'introduire un recours et de le voir aboutir avant leur majorité.**

Le Conseil du contentieux des étrangers a confirmé à plusieurs reprises que ces recours perdaient leur intérêt en cours d'instance dès la majorité intervenue, estimant que, même en cas d'annulation de la décision, les dispositions légales sur le séjour MENA ne s'appliquent plus au jeune devenu majeur entre temps⁴⁶.

Cela engendre selon nous une absence de recours effectif pour ces MENA au sens de l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

C'est d'autant plus grave en l'espèce qu'il s'agit de mineurs d'âge, personnes particulièrement vulnérables dont le statut de mineur d'âge n'est, par définition, pas à durée indéterminée. Par conséquent, le bénéfice des dispositions légales applicables pour le séjour MENA prend fin à un certain moment.

⁴⁵ Tel le « carrousel » de décisions bien connu en matière de demandes de séjour 9ter.

⁴⁶ Voir par exemple arrêt CCE n° 190 327 du 1^{er} août 2017.

Plusieurs tentatives d'introduction de recours en extrême urgence ont eu lieu pour des mineurs invoquant l'arrivée de leur majorité comme élément justifiant l'extrême urgence mais en vain.

Le CCE a rejeté ces recours pour absence de préjudice grave difficilement réparable et défaut d'extrême urgence⁴⁷.

Il y a donc lieu de constater qu'il n'existe aucun recours effectif à l'heure actuelle dans le cadre de cette procédure de séjour MENA et que les recours existants n'offrent pas la garantie au mineur de voir un juge se pencher sur son dossier et de vérifier si l'Office a analysé comme il se doit les garanties d'accueil existant au pays d'origine avant de décider de son renvoi dans ce pays.

Il faut absolument prévoir un recours de pleine juridiction au CCE dans la loi, c'est la seule garantie que l'administration gèrera correctement et en dehors de l'arbitraire ce type de dossier et d'autant plus que le statut de MENA et donc le bénéfice de ces dispositions légales est limité dans le temps et on ne peut donc s'engager dans un combat d'annulation et de retour du dossier dans le chef de l'office des étrangers à plusieurs reprises car à un moment le mineur devient majeur et ne pourra plus bénéficier de ces dispositions légales et perdra donc son intérêt à agir.

Conclusion

Cette loi de 2011 sur le séjour MENA a le mérite d'exister. Elle a enfin offert un cadre légal au séjour des MENA non-demandeurs d'asile et reconnaît que certains enfants ne peuvent retourner dans leur pays d'origine suite à des situations familiales qui ne le permettent pas et qu'il est parfois dans leur intérêt supérieur de s'établir en Belgique pour continuer à grandir et débiter leur vie d'adulte.

Il faut absolument maintenir cette législation spécifique mais l'améliorer car elle est encore toute jeune et présente un grand nombre de faiblesses.

Les modifications proposées permettraient de respecter d'avantage les droits de l'enfant et les recommandations internationales en matière d'intérêt supérieur de l'enfant et surtout les garanties d'une procédure juste avec l'obligation d'une prise de décision avant la majorité du jeune et l'accès à un recours effectif, qui sont des exigences pour le moins raisonnables et permettant juste que l'esprit de la loi et cette loi soient respectés par l'administration.

⁴⁷ Voir arrêt CCE n° 205 543 du 19/06/2018.



Plate-forme mineurs en exil
Platform kinderen op de vlucht

Naast de ledenorganisaties van het Platform Kinderen op de vlucht en DEI-Belgique hebben ook de Ligue des droits humains (LDH) en het Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant (CIDE), die actief aan het overleg hebben deelgenomen, dit advies ondertekend.

