

NANSEN NOTE 2018/2 – Immigratiedetentie van gezinnen met minderjarige kinderen

De NANSEN NOTE is een thematische tool die zich richt tot praktijkjuristen en advocaten die personen die internationale bescherming behoeven bijstaan. Ze kadert en analyseert juridisch een praktijk die invloed heeft op de toegang tot en het effectief genieten van internationale bescherming en op het recht op vrijheid en beschermingsstandaarden in detentie. Bijzonder aandacht wordt besteed aan kwetsbaarheid, detentie en effectieve toegang tot kwaliteitsvolle juridische bijstand.

1. INLEIDING.....	2
2. IMMIGRATIEDETENTIE VAN KINDEREN IN BELGIË	3
a. Achtergrond.....	3
b. De wettelijke verankering van de immigratiedetentie	4
c. Nieuwe uitvoeringsmaatregelen: het recente koninklijk besluit.....	6
3. EEN KINDERRECHTENBENADERING: ALGEMENE PRINCIPES	9
a. Kinderen: altijd eerst kind en kwetsbaar	10
b. Hoger belang van het kind	10
4. IMMIGRATIEDETENTIE VAN GEZINNEN MET MINDERJARIGE KINDEREN	13
a. Internationaalrechtelijk kader: geen detentie van kinderen tout court	13
b. Regionaalrechtelijk kader: detentie van kinderen is de uitzondering	16
<i>i. Recht op vrijheid en veiligheid.....</i>	<i>18</i>
<i>ii. Het recht op familie- en privéleven.....</i>	<i>20</i>
<i>iii. EU-recht: de terugkeer- en opvangrichtlijn.....</i>	<i>23</i>
<i>iv. Het recht om gehoord te worden.....</i>	<i>26</i>
5. DETENTIEOMSTANDIGHEDEN	28
a. Detentie van kinderen is altijd schadelijk, ongeacht de omstandigheden.....	28
b. Aangepaste detentieomstandigheden: wat zijn de vereisten?.....	31
c. Beoordeling van de detentieomstandigheden in de gezinswoningen, repatriëringscentrum 127bis	36
<i>i. Hekken, camera's, bewakers, luchtvervuiling en geluidsoverlast: een onaangepaste omgeving</i>	<i>36</i>
<i>ii. Geen garanties Opleiding van het aanwezige personeel</i>	<i>40</i>
<i>iii. Risico op traumatische arrestatie: overbrenging naar de gesloten gezinswoningen ...</i>	<i>41</i>
6. CONCLUSIE.....	41

1. Inleiding

Kinderen opsluiten op basis van hun migratiestatus is een schending van het internationale recht. De schending is gelaagd: ten eerste is de opsluiting *an sich*, onafhankelijk van de detentieomstandigheden, een schending. De kwetsbaarheid van een kind, in het bijzonder een kind met een precare verblijfsstatus, leidt ertoe dat iedere opsluiting ernstige schade toebrengt aan het kind. Ernstige schade toebrengen aan een kind kan nooit in overeenstemming zijn met het hoger belang van het kind, het leidende juridische principe in deze materie. Wanneer toch, in strijd met het internationale recht, wordt overgegaan tot detentie van kinderen, moet worden vastgesteld dat de detentie en de detentieomstandigheden ook op verschillende vlakken het internationale, Europese en nationale recht schenden. Zo komen artikel 3, 5 en 8 van het EVRM ernstig in gedrang.

De Belgische wet (art. 74/9 van de wet van 15 december 1980, ingevoerd door de wet van 16 november 2011) staat, wel onder bepaalde voorwaarden, de detentie toe van gezinnen met minderjarige kinderen in gesloten centra. De hervatting van de detentie van gezinnen met kinderen in de zomer van 2018 is een belangrijke ontwikkeling in het Belgische nieuws over mensenrechten, migrantenrechten, kinderrechten en vrijheidsberoving.

De nieuwe mogelijkheid om kinderen op te sluiten bevindt zich op het snijpunt van twee werkprioriteiten van NANSEN. Enerzijds voert NANSEN specifiek werk uit op het gebied van beschermingsnormen in detentie, waaronder een programma van regelmatige bezoeken aan gesloten centra en aandacht voor bepaalde categorieën, waaronder kwetsbare profielen. Daarnaast is NANSEN de nationale partner van het UNHCR-project voor rechtsbijstand, en werkt in het bijzonder samen met advocaten om ontwikkeling te ondersteunen en te versterken van kwalitatief hoogstaande rechtsbijstand die toegankelijk en doeltreffend is voor iedereen, ook in detentie.

In deze nota wordt enerzijds het juridisch kader uiteengezet dat de detentie van kinderen begrenst en zelfs helemaal uitsluit. Anderzijds wordt concreet dieper ingegaan om de detentieomstandigheden en de schadelijke gevolgen van detentie op het welzijn van kinderen. In een eerste deel zal het Belgische kader besproken worden en de wettelijke basis voor de hernieuwde detentiemogelijkheden van kinderen uiteengezet worden. In het tweede deel worden de twee overkoepelende principes, het hoger belang van het kind en de kwetsbaarheid van het kind, uiteengezet. Daarna wordt in een derde deel dieper ingegaan op de internationaalrechtelijke context, waarin immigratiedetentie van kinderen tout court verboden wordt. Vervolgens wordt in een vierde deel een blik geworpen op de regionale Europeesrechtelijke context. Tenslotte worden in een vijfde deel de concrete detentieomstandigheden in de nieuwe FITT-woningen grondig geanalyseerd.

2. Immigratiedetentie van kinderen in België

a. Achtergrond¹

Tot oktober 2008 werden in België minderjarigen vastgehouden in gesloten centra onder het algemeen detentieregime ontworpen voor volwassenen. Na verschillende veroordelingen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens² (hierna: EHRM), zette de Belgische staat deze praktijk noodgedwongen stop.

In de rechtspraak van het EHRM staat het hoger belang van het kind voorop. Bij de beoordeling van dit hoger belang vertrekt het Hof steeds vanuit de premisse dat de extreem kwetsbare situatie van kinderen bepalend is en voorrang heeft op de hoedanigheid van vreemdeling in onwettig verblijf³. De Belgische staat werd veroordeeld onder artikel 3 Europees Verdrag voor de Rechten van het Mens (hierna : EVRM) voor onmenselijke behandeling wegens onaangepaste detentieomstandigheden en onder artikel 5 §1 EVRM wegens het ontbreken van een band tussen de reden en het regime van detentie gezien binnen het Belgisch juridisch systeem kinderen werden vastgehouden in dezelfde omstandigheden als volwassenen. In haar laatste uitspraak met betrekking tot de detentie van kinderen in België, het arrest Kanagaratnam van 2011, onthaalt het EHRM de beslissing van de Belgische Staat om niet langer families met kinderen op te sluiten positief:

"La Cour observe que le Gouvernement reconnaît que l'enfermement des enfants pose un problème de principe sous l'angle de l'article 3 de la Convention et accueille positivement la décision prise par les autorités belges de ne plus procéder à la détention en centres fermés des familles en séjour illégal en Belgique (paragraphe 44 ci-dessus)."

"Comme elle l'a récemment souligné, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui doit prévaloir y compris dans le contexte d'une expulsion (Nunez c. Norvège, § 84, 28 juin 2011). Il faut donc partir de la présomption que les enfants étaient vulnérables tant en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle."⁴

Met de stopzetting van deze praktijk, werden door de Belgische overheid andere projecten ontwikkeld zoals de terugkeerwoningen (ook gekend als Familie Identificatie- en Terugkeer Team-huizen - FITT) waarin gezinnen met kinderen in onwettig verblijf evenals asielzoekers aan de grens worden ondergebracht. Wettelijk wordt dit verblijf geclassificeerd als detentie maar feitelijk gezien hebben gezinnen in de terugkeerwoningen een beperkte bewegingsvrijheid. Sinds begin 2012 bestaat eveneens de mogelijkheid voor gezinnen om in

¹ Voor volledig overzicht van evoluties op Belgisch vlak inzake kinderen in detentie zie: Platform Kinderen op de vlucht, Detentie van kinderen in gezinnen in België: analyse van de theorie en de praktijk, december 2015, beschikbaar op: <http://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/Detention/2015-Detentie-van-kinderen-in-gezinnen-NDL.pdf>

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

³ EHRM 12 oktober 2006, nr. 13178/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, §55; EHRM 19 januari 2010, nr. 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a. t. België*, §56; EHRM 13 december 2011, nr. 15297/09, *Kanagaratnam e.a. t. België*, §62.

⁴ EHRM 13 december 2011, nr. 15297/09, *Kanagaratnam e.a. t. België*, § 63 en §67.

hun eigen woning te verblijven in afwachting van vrijwillige terugkeer op basis van een overeenkomst afgesloten met de Dienst Vreemdelingenzaken (hierna : DVZ).⁵

In mei 2011 trad de opsluiting van kinderen echter opnieuw op de voorgrond met de aankondiging van de constructie van gesloten gezinsunits op het terrein van 127bis.⁶

De algemene beleidsnota van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, die op 19 oktober 2017 werd besproken en aangenomen, bevestigde het voornemen van de Belgische regering om een gesloten centrum te bouwen dat aangepast zou worden om gezinnen met illegaal verblijvende kinderen op te sluiten. Met de wet van 16 november 2011 werd in artikel 74/9 van de Wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet) opnieuw wettelijk de vasthouding van gezinnen met minderjarige kinderen voorzien in omstandigheden aangepast aan hun noden.

b. De wettelijke verankering van de immigratiedetentie

Artikel 74/9 van de Vreemdelingenwet vormt de wettelijke basis voor detentie van begeleide minderjarigen.

Artikel 74/9 Vreemdelingenwet bepaalt:

“§ 1. Een gezin met minderjarige kinderen dat het Rijk is binnengekomen zonder te voldoen aan de in artikel 2 of 3 gestelde voorwaarden of wiens verblijf heeft opgehouden regelmatig te zijn of wiens verblijf onregelmatig is, wordt in beginsel niet geplaatst in een plaats zoals bedoeld in artikel 74/8, § 2, tenzij aangepast aan de noden voor gezinnen met minderjarige kinderen.

§ 2. Het gezin met minderjarige kinderen dat tracht het Rijk binnen te komen zonder aan de voorwaarden, gesteld in artikel 2 of 3 te voldoen, kan, met het oog op het overgaan tot de verwijdering, voor een zo kort mogelijke periode, worden vastgehouden in een welbepaalde plaats aangepast aan de noden voor gezinnen met minderjarige kinderen, gelegen in het grensgebied.

§ 3. Het gezin bedoeld in § 1 krijgt de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden in een eigen woning te verblijven, tenzij één van de gezinsleden zich bevindt in één van de gevallen voorzien in artikel 3, eerste lid, 5° tot 7°. Indien het gezin in de onmogelijkheid verkeert om in een eigen woning te verblijven, dan zal het onder dezelfde voorwaarden een verblijfplaats toegewezen worden in een plaats zoals bedoeld in artikel 74/8, § 2, aangepast aan de noden voor gezinnen met minderjarige kinderen.

De voorwaarden waaraan het gezin moet voldoen, worden geformuleerd in een overeenkomst die wordt gesloten tussen het gezin en de Dienst Vreemdelingenzaken.

⁵ Koninklijk besluit van 17 september 2014 tot bepaling van de inhoud van de overeenkomst die wordt gesloten en de sancties die kunnen worden opgelegd krachtens artikel 74/9, § 3, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

⁶ Réponse du Ministre Wathelet à Théo Francken (NVA) à la Commission Intérieure de la Chambre, Comptendu analytique, 3 mai 2011 : « Une demande de permis de bâtir a été introduite en vue de construire au sein du domaine du centre de rapatriement 127bis des unités de logement pour les familles qui ne respectent pas les règles des unités de logement. Nous ne pouvons pas les retenir dans des centres fermés: en effet, la Belgique a déjà été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour cette raison. J'espère que le permis de bâtir sera rapidement approuvé et que les logements préfabriqués pourront être mis en place. Normalement, cette opération devrait s'achever cette année encore ». <http://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/53/ac212.pdf>

De Koning bepaalt de inhoud van deze overeenkomst, alsook de sancties die worden opgelegd indien de overeenkomst niet wordt gerespecteerd.

Slechts indien het gezin zich niet houdt aan de voorwaarden bedoeld in het tweede lid, kan het gezin voor een beperkte tijd worden geplaatst in een plaats zoals bedoeld in artikel 74/8, § 2, tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast.

§ 4. Het gezin bedoeld in §§ 1 tot 3 krijgt een ondersteunende ambtenaar toegewezen, die hen begeleidt, informeert en adviseert.]”

Het was de intentie van de wetgever om de opsluiting van minderjarigen te vermijden.⁷ Artikel 74/9 Vreemdelingenwet houdt daarom in eerste instantie een principiële verbod in op het opsluiten van kinderen. Het artikel voorziet in ondergeschikte orde dat in uitzonderlijke omstandigheden families met minderjarige kinderen toch kunnen worden vastgehouden voor een beperkte tijd in aan hun noden aangepaste omstandigheden.⁸

Het wetsartikel maakt een onderscheid tussen twee categorieën van gezinnen; enerzijds gezinnen in onwettig verblijf (§1 en §3) op het grondgebied en anderzijds gezinnen die toekomen aan de grens zonder de vereiste documenten nodig om het grondgebied te betreden (§2).

In het eerste geval kan het gezin in beginsel in een eigen woning verblijven met het oog op het organiseren van terugkeer op basis van een overeenkomst afgesloten met Dienst Vreemdelingenzaken.⁹ Indien dit niet mogelijk is, zal aan het gezin een verblijfplaats worden toegewezen in de zin van artikel 74/8, §2 Vreemdelingenwet (‘terugkeewoning’).¹⁰ In het geval het gezin niet meewerkt aan daadwerkelijke terugkeer en indien minder dwingende maatregelen niet doeltreffend kunnen worden toegepast, kan het gezin voor een beperkte tijd worden vastgehouden in een gesloten centrum.¹¹

Het Grondwettelijk Hof verduidelijkt dat in toepassing van artikel 74/9 Vreemdelingenwet niet automatisch tot detentie kan worden besloten na de vaststelling dat het terugkeerproject in de eigen woning of in de terugkeewoning niet geslaagd is. Er dient daarnaast in elk geval aangetoond te worden dat de vasthouding noodzakelijk en proportioneel is, dat er geen minder dwingende maatregelen kunnen worden toegepast.

“(…)Volgens de bewoordingen van artikel 74/9, § 3, vierde lid, van de wet van 15 december 1980 is het slechts indien het gezin dat « wordt vastgehouden » in een eigen woning of in een verblijfplaats die aan het gezin werd « toegewezen », zich niet houdt aan de voorwaarden geformuleerd in de met de Dienst Vreemdelingenzaken gesloten overeenkomst, en indien het onmogelijk is andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend toe te passen, dat het gezin voor een beperkte tijd kan worden « geplaatst » in een « plaats zoals bedoeld in artikel 74/8, § 2 » van dezelfde wet.”¹²

⁷ Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, p. 10.

⁸ Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, p. 22.

⁹ Koninklijk besluit van 17 september 2014 tot bepaling van de inhoud van de overeenkomst die wordt gesloten en de sancties die kunnen worden opgelegd krachtens artikel 74/9, § 3, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

¹⁰ Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, p. 6.

¹¹ Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, pp. 4, 22.

¹² Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, p. 22.

Aan de grens kan een gezin volgens artikel 74/9 Vreemdelingenwet onmiddellijk worden vastgehouden met het oog op verwijdering in een 'plaats gelegen in het grensgebied'. Het doel van deze vasthouding wordt uiteengezet in de parlementaire voorbereiding:

“De praktijk vergt dat ook gezinnen met minderjarige kinderen bij aankomst in België een controle moeten ondergaan en zich hiervoor beschikbaar moeten houden. Het vasthouden van een gezin met minderjarige kinderen aan de grens met het oog op de registratie, het verkrijgen van informatie en andere administratieve verrichtingen, wordt dan ook behouden, zij het beperkt tot een zo kort mogelijke periode met een duur van maximaal één week, verlengbaar met maximaal nogmaals één week.”¹³

In principe zal een gezin aan de grens in eerste instantie vastgehouden worden in een terugkeerwoning.¹⁴ Het wetsartikel bepaalt niet dat eerst minder dwingende maatregelen onderzocht moeten worden.¹⁶

c. Nieuwe uitvoeringsmaatregelen: het recente koninklijk besluit

Op 1 augustus 2018 werd het Koninklijk besluit (hierna KB) van 2 juli 2018 gepubliceerd dat het regime en de werkingsmaatregelen van de gesloten gezinswoningen bepaalt.¹⁷

Het KB werkt voor wat betreft gezinnen in onwettig verblijf een cascadesysteem uit zoals voorgeschreven in artikel 74/9 Vreemdelingenwet. Het KB stelt dat pas tot opsluiting kan worden overgegaan nadat eerst andere alternatieven worden aangeboden. Het KB beschrijft als alternatief voor detentie: de mogelijkheid om in de eigen woning te verblijven onder bepaalde voorwaarden. Wanneer het gezin zich niet houdt aan de voorwaarden, kan het worden vastgehouden *“tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast”*. Voorbeelden van deze maatregelen zijn een waarschuwing, een vasthouding in een woonunit of preventieve maatregelen zoals voorzien in artikel 74/14 van de Vreemdelingenwet en artikel 110quaterdecies van het Koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Voor wat betreft de gezinnen aan de grens stelt het KB dat het in een gelijkaardig principe voorziet. Zij krijgen eerst de mogelijkheid in een woonunit ('terugkeerwoning') te verblijven vooraleer ze worden overgebracht naar een gesloten centrum. Wanneer zij geen gebruik wensen te maken van deze mogelijkheid, kunnen zij worden vastgehouden in een gezinswoning. Ook wanneer het gezin zich niet houdt aan de in de woonunit gemaakte afspraken kan overgegaan worden tot vasthouding. In geval één van de gezinsleden een

¹³ *Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-0326/001, p. 10.

¹⁴ Koninklijk Besluit van 14 mei 2009 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de woonunits, als bedoeld in artikel 74/8, § 1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

¹⁵ Grondwettelijk Hof 19 december 2013, arrest nr. 166/2013, pp. 4, 22, 24, 31.

¹⁶ Voor de rechtmatigheid van grensdetentie zie NANSSEN NOTE 2018-1, Asielzoekers aan de grens, grensprocedure en detentie, 17 april 2018, beschikbaar op <http://nansenrefugee.be/wp-content/uploads/2018/06/NANSSEN-NOTE-2018-01-Asielzoekers-aan-de-grens-grensprocedure-en-detentie.pdf>

¹⁷ Koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de plaatsen gelegen op het Belgisch grondgebied, beheerd door de Dienst Vreemdelingenzaken, waar een vreemdeling wordt opgesloten, ter beschikking gesteld van de regering of vastgehouden, overeenkomstig de bepalingen vermeld in artikel 74/8, § 1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid kan onmiddellijk worden overgegaan tot vasthouding zonder dat andere minder dwingende maatregelen worden overwogen. In zijn advies stelt de Raad van State dat het gevaar dient vastgesteld te worden op basis van precieze feiten die in de motivering van de beslissing naar behoren moeten worden vermeld.

De vasthoudingstermijn wordt eveneens vastgelegd in artikel 83/11 van het KB. Het KB voorziet in een initiële vasthouding van twee weken verlengbaar met twee weken. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State benadrukt het KB dat de vasthoudingstermijn steeds zo kort mogelijk dient te zijn, de termijn van twee weken is dus niet de standaard- maar de maximumtermijn. De initiële vasthoudingstermijn kan niet worden verlengd wanneer uit de eerste vasthoudingsperiode is gebleken dat een verlenging van de vasthouding de fysieke of psychische integriteit van de minderjarige in het gedrang kan brengen. Le Conseil National de l'ordre des médecins a examiné la question relative à l'évaluation de l'impact de la détention sur l'intégrité physique et psychique du mineur étranger en cas de prolongation du maintien en centre fermé sur décision de l'Office des étrangers et conclut:

“Le Conseil national considère que l'évaluation de l'impact de sa détention sur l'intégrité physique et psychique d'un enfant doit impérativement être réalisée:

- par un médecin spécialiste en pédiatrie ou en pédopsychiatrie,
- en présence du représentant du mineur, ou à défaut d'une personne qui a la confiance de l'enfant, et
- dans un contexte propice à ce type d'examen, idéalement un environnement pédiatrique.

Le législateur n'a pas considéré le risque d'atteinte inhérent à la privation de liberté comme suffisant pour empêcher la prolongation; il impose que le risque soit avéré sur la base de la première période de détention. Prendre soin d'un enfant est un devoir d'humanité. Le fait d'attendre, pour les prendre en considération, que les conséquences néfastes pour sa santé se concrétisent est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant à la protection de son intégrité.”¹⁸

Artikel 83/8 van het KB voorziet dat de gezinnen binnen de voorziene tijdstippen toegang hebben tot de buitenruimtes rondom de gezinswoning tussen 6 en 22 uur. De toegang tot de buitenruimtes kan worden beperkt Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de craindre que des incidents de nature à mettre en danger l'ordre ou la sécurité surviennent. Het KB spreekt slechts op één plaats van het belang van het kind, er dient namelijk rekening mee gehouden te worden in geval de toegang tot de buitenruimtes om veiligheidsredenen wordt ontzegd.

In toepassing van artikel 83/9 van het KB heeft het personeel van het gesloten centrum toegang tot de gezinswoning tussen 6 en 22 uur. Dit is aan geen enkele voorwaarde verbonden en de familie moet hier op voorhand ook niet van verwittigd worden.

Er is volgens het KB een afwijking van het gezinsregime mogelijk wanneer een minderjarig gezinslid zijn veiligheid, de veiligheid van andere gezinsleden of van personeelsleden in het

¹⁸ Lettre du Conseil National, Ordre des Médecins à Madame Delphine CHABBERT Secrétaire politique de la Ligue des familles, 28 octobre 2018.

gedrang brengt. In dat geval voorziet artikel 83/10 dat het kind vanaf 16 jaar in een aparte ruimte worden geplaatst voor maximaal 24 uur. Het KB creëert voor deze maatregelen een nieuwe categorie, de categorie van 'veiligheidsmaatregel' – het is dus geen sanctie of ordemaatregel. Er wordt voorgeschreven dat bij dergelijke maatregel steeds rekening gehouden moet worden met de leeftijd, de maturiteit en de kwetsbaarheid van het kind.

Le 4 avril 2019 le Conseil d'État¹⁹ a suspendu l'AR, notamment les articles 83/8²⁰, 83/9²¹, 83/10²² et l'article 83/11²³ qui fixe le délai de détention « en tant qu'il prévoit que le maintien en maison familiale peut durer jusqu'à un mois dans exclure des centres sur les sites desquels des maisons familiales peuvent être construites, ceux où les enfants seraient exposés à des nuisances sonores « particulièrement importantes ». Selon le Conseil d'Etat le centre 127bis ne permet pas de protéger les enfants des nuisances sonores et de respecter leur vie privée et familiale Depuis lors il ne peut plus y avoir de détention d'enfants dans les maisons familiales.

¹⁹ Conseil d'État, Arrêt no. 244.190 du 4 avril 2019

²⁰ «Selon la Cour européenne des droits de l'homme, des périodes de détente en plein air sont une nécessité pour les enfants détenus en vue de leur éloignement et le régime de détention doit leur être le moins carcéral possible. La restriction de l'accès aux espaces extérieurs, qui peut être applicable jusqu'à vingt-deux heures sur une journée, est justifiée dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal attaqué, par « des raisons de sécurité », celles-ci n'étant illustrées que par le seul exemple d'une « manifestation se déroul[ant] à proximité du centre ». Vu la durée maximale possible de la restriction, celle-ci n'est pas *prima facie* justifiée à suffisance, aucun éclairage n'étant en outre donné quant aux incidents susceptibles de mettre en danger non seulement la « sécurité » mais l'« ordre » également.» Para 46

²¹ «Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal attaqué se borne à justifier la mesure par le fait que la famille doit « veille[r] à ce que le personnel du centre puisse remplir les formalités administratives dans la maison familiale entre 6 heures et 22 heures ». Cette explication est *prima facie* insuffisante pour justifier l'ingérence ainsi prévue dans l'exercice du droit de la famille avec enfants mineurs, au respect de sa vie privée et familiale et du domicile, qui permet au personnel administratif, sans condition, d'accéder à toute heure du jour, durant seize heures par jour, au lieu d'hébergement de la famille. Dans cette mesure, le grief est sérieux.» Para 37

²² En l'espèce, l'isolement du mineur peut le cas échéant avoir lieu durant un jour et une nuit, dans un «local» dont il n'est pas même spécifié qu'il soit équipé d'un lit et aménagé pour qu'il n'ait pas l'apparence d'un cachot. Pour un enfant étranger maintenu dans une maison familiale, le fait d'être séparé de ses parents et isolé dans un local implique une restriction supplémentaire de ses droits, déjà limités par le fait du maintien de la famille en une maison familiale. *Prima facie*, telle qu'elle est conçue, et malgré la garantie que l'enfant reçoive toutes les deux heures « la visite d'un coach ou d'un membre du personnel médical, psychologique ou éducatif » et puisse voir ses parents « dans ce local », la mesure critiquée n'apparaît pas suffisamment protectrice des droits de l'enfant au regard des enseignements de la Cour relatifs à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.» Para 48

²³ «Il se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que celle-ci n'admet la détention d'enfants en bas âge dans un lieu où ils sont exposés à des nuisances aéroportuaires importantes que pour une durée extrêmement courte. En l'espèce, il y a lieu de constater qu'en application de l'arrêté royal attaqué, des enfants en bas âge peuvent être détenus pour une durée pouvant aller jusqu'à un mois dans des maisons implantées sur le site du centre 127bis, situé en bordure de pistes de l'important aéroport belge de «Brussels Airport». *Prima facie*, compte tenu de ce délai, les obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention des droits de l'homme devaient conduire le Roi à prévoir que les maisons familiales ne peuvent pas être implantées dans un environnement dans lequel les enfants sont susceptibles d'être exposés à de graves nuisances sonores. La circonstance que les maisons sont en zone constructible n'est pas de nature à énerver ce constat.» Para 45

3. Een kinderrechtenbenadering: algemene principes

Kinderen mogen niet worden opgesloten op basis van hun migratiestatus omwille van het hogere belang van het kind en hun specifieke kwetsbaarheid. Deze overkoepelende principes worden hieronder uiteengezet.

a. Kinderen: altijd eerst kind en kwetsbaar

Kinderen zijn een bijzonder kwetsbare groep in onze samenleving.²⁴ Bovendien zijn personen met een precaire verblijfsstatus en in het bijzonder asielzoekers ook een zeer kwetsbare groep.²⁵ Deze kwetsbaarheid moet ten allen tijde doorwegen bij de implementatie van wetgevende maatregelen.

“The concept of vulnerability is a foundational element of the human rights framework. Together with the requirement to uphold human dignity, the need to recognize and address vulnerability underpins the legal obligation of States to respect, protect and fulfil human rights.”²⁶

Minderjarige asielzoekers zijn aldus dubbel kwetsbaar, zowel door hun leeftijd en persoonlijke situatie, als door hun verblijfsstatus. Het Internationaal en Europees recht heeft daarom ook extra waarborgen gecodificeerd, om deze extreem kwetsbare groep te beschermen. Specifieke mensenrechtenverdragen zoals het VN-Kinderrechtenverdrag (hierna VRK), het VN-Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en het VN-Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten beschermen allemaal de meest fundamentele rechten van het kind. Zo stelt het VN-Kinderrechtenverdrag vier algemene beginselen voorop die de andere kinderrechten onderbouwen:

- Het principe van non-discriminatie (artikel 2)
- Het principe van het hoger belang van het kind (artikel 3)
- Het recht op (over)leven en ontwikkeling (artikel 6)
- De mening van het kind (artikel 12)

Alle vier deze beginselen komen bijzonder ernstig in het gedrang wanneer men kinderen opsluit in detentie, louter op basis van hun verblijfsrechtelijke status.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt in deze erg duidelijk dat de extreme kwetsbaarheid van kinderen de bepalende factor is en dat hun verblijfsstatus ondergeschikt is:

“Elle a souligné qu’il convenait de garder à l’esprit que la situation d’extrême vulnérabilité de l’enfant était déterminante et prédominait sur la qualité d’étranger en séjour illégal.”²⁷

b. Hoger belang van het kind

Het hoger belang van het kind is het algemene juridische beginsel wanneer beslissingen moeten worden genomen over minderjarigen. Het begrip 'hoger belang van het kind' of 'best interest of the child' werd als leidinggevend begrip gecodificeerd in het Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 1989 (VRK). Dit verdrag is het meest geratificeerde mensenrechtenverdrag in de geschiedenis, met 193 staten die de principes ervan onderschrijven zodat deze ook bindend zijn in de nationale regelgeving. Artikel 43 van dit

²⁴ EHRM 5 juli 2011, nr 8687/080, *Rahimi t. Griekenland*.

²⁵ EHRM 12 oktober 2006, nr 13178/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*.

²⁶ OHCHR, Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, p. 5, beschikbaar op:

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

²⁷ EHRM 19 januari 2010, nr. 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a. t. België*.

verdrag stipuleert dat ook een Kinderrechtencomité wordt opgericht zodat de realisatie van de doelstellingen van dit verdrag kan worden gefaciliteerd.

Het beginsel van het hoger belang van het kind staat beschreven in artikel 3.1 van het VRK dat bepaalt:

"Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging"

Het Kinderrechtencomité bepaalt ook verschillende factoren die overwogen moeten worden bij het bepalen van het hoger belang van het kind, m.n., de mening van het kind, de identiteit van het kind, het behoud van zijn familiale omgeving en het handhaven van relaties, de verzorging, bescherming en veiligheid van het kind, zijn kwetsbaarheid, zijn recht op gezondheid, zijn recht op onderwijs.²⁸

Dat het hoger belang van het kind de leidraad moet zijn bij alle handelingen betreffende kinderen wordt ook in andere juridisch bindende instrumenten vastgelegd.

Het Handvest Grondrechten van de Europese Unie stelt in artikel 24.2 dat:

"Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging."

De invloed van het VRK wordt expliciet erkend in de toelichting bij het Handvest.

*"Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag."*²⁹

Ook secundaire Europeesrechtelijke regelgeving zoals de Terugkeerrichtlijn en de Opvangrichtlijn codificeert het principe van het hoger belang van het kind.^{30 31}

Daarnaast verankert ook de Belgische grondwet het principe van het hoger belang van het kind in artikel 22bis, dat stipuleert:

²⁸ BCHV, Kinderen in asiel: rekening houden met hun kwetsbaarheid en hoger belang, juni 2013, p. 18.

²⁹ Toelichting bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 14 december 2007, JO C303 /02, beschikbaar op: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:NL:PDF>

³⁰ Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn houden de lidstaten rekening met: a) het belang van het kind b) het familie- en gezinsleven c) de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land en eerbiedigen zij het beginsel van non-refoulement.": Artikel 5 van de Richtlijn 2008/115 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (Terugkeerrichtlijn).

³¹ Bij de uitvoering van de bepalingen van dit hoofdstuk die betrekking hebben op minderjarigen, laten de lidstaten zich primair leiden door het belang van het kind." Artikel 18 §1 van de Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (Herschikte Opvangrichtlijn).

"Elk kind heeft recht op maatregelen en diensten die zijn ontwikkeling bevorderen. Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat."

Ook de *United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights* bevestigt:

*The child's best interests should always take precedence over migration management objectives or other administrative considerations. Children in the context of migration must be treated first and foremost as children. All children, regardless of age, should enjoy equal standards of protection.*³²

Frappant is dat het KB van 2 juli 2018 het belang van het kind slechts eenmalig vermeld wordt bij het ontzeggen van de toegang tot de buitenruimtes omwille van veiligheidsredenen. Er is geen sprake over enige evaluatie van het hoger belang van het kind alvorens tot detentie over te gaan. Dit is bijzonder problematisch omdat de detentiebeslissing enkel zal genomen worden ten aanzien van de ouders van het kind en niet van het kind zelf, zodat op geen enkele manier het hogere belang van het kind kan onderzocht worden vooraleer over te gaan tot een detentiebeslissing. Nochtans bepaalt het EHRM in het arrest Rahimi tegen Griekenland dat inzake alle handelingen betreffende kinderen, een evaluatie van het hoger belang van het kind afzonderlijk dient plaats te vinden alvorens een beslissing genomen wordt die het leven van een kind beïnvloedt:

"Il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, la décision de la mise en détention du requérant apparaît comme le résultat de l'application automatique de l'article 76 de la loi no 3386/2005, sans que sa situation particulière de mineur non accompagné soit examinée. La Cour note sur ce point que l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, entre autres, des autorités administratives dans toutes les décisions qui les concernent. De surcroît, l'article 37 de la même Convention prévoit que la mise en détention d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort (voir paragraphe 33 ci-dessus). En outre, le décret présidentiel no 220/2007 qui transpose en droit grec la Directive 2003/9/CE du Conseil de l'Union européenne relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres prévoit aussi que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les Etats membres (voir paragraphe 25 ci-dessus). Enfin, la Cour note que, dans le contexte de sa jurisprudence sur l'article 8 de la Convention et la protection de la vie familiale, elle a déjà admis qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], no 41615/07, § 135, 6 juillet 2010).

Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant les autorités nationales ne se sont aucunement penchées sur la question de son intérêt supérieur en tant que mineur. De plus, elles n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagoni était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale afin de garantir son

³² OHCHR, Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, p. 42, beschikbaar op: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention."³³

Deze evaluatie dient te blijken uit de beslissing die genomen wordt:

*"(c) A rule of procedure: Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases."*³⁴

4. Immigratiedetentie van gezinnen met minderjarige kinderen

a. Internationaalrechtelijk kader: geen detentie van kinderen tout court

Het hoger belang van het kind is zoals hierboven aangetoond consistent gecodificeerd als een fundamentele mensenrechtelijke hoeksteen. Het is bijzonder belangrijk erop te wijzen dat internationaalrechtelijk gezien dit hogere belang van het kind nooit in overeenstemming kan zijn met de detentie van een kind, zoals hieronder zal worden aangetoond.

Reeds in 2012 concludeerde het VN-Kinderrechtencomité dat de detentie van kinderen omwille van hun migratiestatus altijd een schending van de rechten van het kind inhoudt en nooit in het belang van het kind kan zijn³⁵. Dit standpunt wordt nogmaals bevestigd in de *joint general comment* nr. 23 uit 2017:

*"Every child, at all times, has the fundamental right to liberty and freedom from immigration detention. The Committee on the Rights of the Child has asserted that the **detention of any child because of their or their parents' migration status constitutes a child rights violation and contravenes the principle of the best interests of the child**. In this light, both Committees have repeatedly affirmed that children should never be detained for reasons related to their or their parents' migration status and States should expeditiously and completely cease or eradicate the immigration detention of children. **Any kind of child immigration detention should be forbidden by law and such a prohibition should be fully implemented in practice.**"³⁶*

³³ EHRM 5 april 2011, nr. 8687/08, *Rahimi t. Griekenland*, § 108-109.

³⁴ Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, § 6.

³⁵ CRC Committee, Committee on the Rights of the Child, Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, § 78.

³⁶ Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §5.

Hieruit volgt dus dat artikel 37b VRK, dat stelt dat een kind kan opgesloten worden als laatste maatregel en voor de kortst mogelijke periode niet van toepassing is in immigratierechtelijke context. De *joint general comment* nr. 4 is hierover erg duidelijk:

*"Article 37 (b) of the Convention of the Rights of the Child establishes the general principle that a child may be deprived of liberty only as a last resort and for the shortest appropriate period of time. However, offences concerning irregular entry or stay cannot under any circumstances have consequences similar to those derived from the commission of a crime. Therefore, the possibility of detaining children as a measure of last resort, which may apply in other contexts such as juvenile criminal justice, is not applicable in immigration proceedings as it would conflict with the principle of the best interests of the child and the right to development."*³⁷

De voorzitter van het VN-Kinderrechtencomité bevestigde recent nog dat wetgeving die immigratiedetentie van kinderen toelaat, de internationaalrechtelijke verplichtingen onder het Kinderrechtenverdrag schendt.

"Detaining children, whether unaccompanied or on the basis of their or of their parents' immigration status, is never in the best interests of the child and constitutes a violation of the rights of the child."

*"There can be no exceptions to this principle," Winter said. "All EU Member States have ratified the UN Convention on the Rights of the Child, and there should be no provisions in EU law that allow for practices that violate EU Member States' international obligations."*³⁸

In zijn concludende observaties verzoekt het VN-Kinderrechtencomité de Belgische staat kinderen niet langer vast te houden in gesloten centra:

"The Committee is deeply concerned that: (a) Pursuant to the 2011 amendment to Article 74/9 of the Aliens Act and the Royal Decree of 22 July 2018, the State party resumed the practice of detaining families with children, including in closed centres"

*"Put an end to the detention of children in closed centres, and use noncustodial solutions,"*³⁹

De vaststelling van het Kinderrechtencomité wordt internationaalrechtelijk ten overvloede bevestigd:

Zo oordeelt de *Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* (UN General Assembly, Human Rights Council) dat:

³⁷ Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §10.

³⁸ UN Child Rights Experts call for EU-wide ban on child immigration detention, 21 februari 2018, beschikbaar op: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22681&LangID=E>

³⁹ Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fifth and sixth reports of Belgium, CRC/C/BEL/CO/5-6, 1 februari 2019,

*Within the context of administrative immigration enforcement, it is now clear that the **deprivation of liberty of children based on their or their parents' migration status is never in the best interests of the child, exceeds the requirement of necessity, becomes grossly disproportionate and may constitute cruel, inhuman or degrading treatment of migrant children***⁴⁰

Le United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty établi que la détention des enfants pour des raisons migratoires est pratiquée largement en Europe⁴¹ et recommande:

*“Since **migration-related detention of children** cannot be considered as a measure of last resort (as required by Article 37(b) CRC) and is never in the best interests of the child (Article 3 CRC), it is **prohibited under international law** and should, therefore, be **forbidden by domestic law.**” En “States should adopt all necessary measures in order to **eradicate any form of immigration detention of children and families.**”⁴²*

Ook UNHCR stipuleert:

*“UNHCR's position is that children should not be detained for immigration related purposes, irrespective of their legal/migratory status or that of their parents, and **detention is never in their best interests.**”⁴³*

De UN Working Group on Arbitrary Detention bevestigd:

"The deprivation of liberty of an asylum-seeking, refugee, stateless or migrant child, including unaccompanied or separated children, is prohibited." ⁴⁴

Ook de United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights bevestigd:

“Children should never be detained for immigration purposes, even for short periods, whatever their status or the status of their parents. Prioritize the right to liberty and the right to family life of children by finding alternatives to detention for the whole family.”

⁴⁵

⁴⁰ UN General Assembly - Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/28/68, §80.

⁴¹ Manfred Nowak, United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty, novembre 2019, 460

⁴² M. NOWAK, The United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty, 2019, 491-492, <https://omnibook.com/view/e0623280-5656-42f8-9edf-5872f8f08562>

⁴³ UNHCR, UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context, januari 2017, p.2.

⁴⁴ UN Working Group in Arbitrary Detention, Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants", 7 februari 2018, § 11.

⁴⁵ OHCHR, Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, p. 5, beschikbaar op:

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

Naar aanleiding van de cruciale laatste ronde van intergouvernementele onderhandelingen over de Global Compact for Migration⁴⁶, heeft zich rechtstreeks naar de Staten gewend:

*"I therefore urge member States to expressly reaffirm, within the text of the GCM, their strong and unequivocal commitment towards preventing mandatory, prolonged or indefinite detention of persons, in particular children, based solely on their irregular migration status or the impossibility of their expulsion."*⁴⁷

Het is aldus duidelijk dat de detentie van kinderen niet verenigbaar is met hun fundamentele mensenrechten zoals gecodificeerd in internationaal recht. België voldeed tot voor kort aan de verplichting van staten om detentie van kinderen af te schaffen. Deze verplichting geldt nog steeds en het is duidelijk dat het internationale recht met de voeten wordt getreden omdat de opsluiting van kinderen nooit in overeenstemming kan zijn met het hogere belang van het kind.

b. Regionaalrechtelijk kader: detentie van kinderen is de uitzondering

Ook op regionaalrechtelijk niveau volgen actoren van de Raad van Europa, zoals de Commissioner for Human Rights en het Parlement van de Raad van Europa, en actoren van de Europese Unie, zoals het Europese parlement, het standpunt dat immigratiedetentie van kinderen een schending van hun rechten inhoudt.

Zo roept het Europees Parlement staten op om:

*"cease, completely and expeditiously, the detention of children on the basis of their immigration status, to protect children from violations as part of migration policies and procedures and to adopt alternatives to detention that allow children to remain with family members and/or guardians."*⁴⁸

Ook de Raad van Europa bevestigt deze standpunten. Het Parlement van de Raad van Europa, nam in haar resolutie 2020 aan dat:

9. The Assembly considers that it is urgent to put an end to the detention of migrant children and that this requires concerted efforts from the relevant national authorities. The Assembly therefore calls on the member States to:

9.1. acknowledge that it is never in the best interests of a child to be detained on the basis of their or their parents' immigration status;

⁴⁶ Op 13 juli 2018 heeft de Algemene Vergadering van de VN overeenstemming bereikt over een "Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration" (mondiaal pact voor veilige, ordelijke en reguliere migratie) beschikbaar op https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf

⁴⁷ Communication sent by the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 11 juli 2018, beschikbaar op https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/OL_OTH_11.07.18.pdf, zie ook <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23359&LangID=E>

⁴⁸ European Parliament resolution of 4 Februari 2014 on undocumented women migrants in the European Union (2013/2115(INI)), 4 Februari 2014, § 29 en European Parliament resolution of 12 September 2013 on the situation of unaccompanied minors in the EU (2012/2263(INI)), § 13.

9.2. introduce legislation prohibiting the detention of children for immigration reasons, if it has not yet been done, and ensure its full implementation in practice⁴⁹

De Commissioner for Human Rights van de Raad van Europa richtte bovendien ook specifiek een brief aan staatssecretaris Francken (5 juni 2018):

"Even when the material conditions of detention are appropriate and the duration short, immigration detention is never in the child's best interests."⁵⁰

Er lijkt echter ook een discrepantie te bestaan tussen mensenrechteninstrumenten op internationaal -en regionaal niveau en ook op het regionale niveau zijn er spanningen tussen diverse actoren onderling. In tegenstelling tot het internationaal recht, staan het EHRM en het secundair EU-recht in uitzonderlijke omstandigheden en onder zeer strikte voorwaarden detentie van kinderen in aangepaste omstandigheden toe.

Het EHRM heeft echter herhaaldelijk onderstreept dat het EVRM dient te worden toegepast in overeenstemming met het internationaal recht.⁵¹ Artikel 53 van het EVRM waarborgt specifiek de bestaande rechten van de mens en bepaalt dat "geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is." Dit artikel geeft aan dat het EVRM niet in een vacuüm bestaat. Staten zijn gebonden en dienen uitvoering te geven aan hun andere internationale verplichtingen wanneer ze het EVRM toepassen.⁵² Het EHRM heeft in deze zin specifiek bevestigd dat Staten gebonden blijven door hun verplichtingen onder het VN-Kinderrechtenverdrag.⁵³ De Belgische Staat dient aldus, in toepassing van het EVRM, uitvoering te geven aan het Verdrag inzake de Rechten van het Kind waaraan het zich heeft verbonden. Gezien de interpretatie van artikel 37 VRK door het VN-Kinderrechtencomité kan de Belgische Staat niet overgaan tot detentie van minderjarigen zonder het VRK en de erin gewaarborgde rechten en verplichtingen te schenden.

Detentie van kinderen: noodzakelijk, proportioneel en subsidiair

Om kinderen te beschermen tegen arbitraire detentie gelden niet alleen de algemene waarborgen van toepassing op volwassenen, maar moeten ook specifieke maatregelen gevolgd worden om te voorzien in hun bijzondere noden als uiterst kwetsbare personen. Deze waarborgen vloeien voort uit het principe van het hoger belang van het kind, het recht van het kind op ontwikkeling evenals uit het recht op respect voor familielevens.⁵⁴ In dit onderdeel zal

⁴⁹ Parliamentary Assembly Council of Europe, resolution 2020(2014), The alternatives to immigration detention of children, beschikbaar op: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=21295>

⁵⁰ brief beschikbaar op: <https://rm.coe.int/letter-to-mr-theo-francken-secretary-of-state-for-migration-and-asylum/16808b2d5b>

⁵¹ EHRM 22 juni 2004, nr. 78028/01, *Pini e.a. t. Roemenië*, § 138.

⁵² *Trawalli and Others v. Italy*, Application no. 47287/17, Written submission on behalf of the AIRE centre (Advice on individual rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ), 12 juni 2018, §2.

⁵³ *H.A. and Others v. Greece*, Application no. 19951/16, Written submission on behalf of the AIRE centre (Advice on individual rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ), 6 april 2017, §19 en EHRM 5 april 2011, *Rahimi t. Griekenland*, verzoek nr. 8687/08, § 108-109.

⁵⁴ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 28.

eerst de bescherming onder artikel 5 en artikel 8 EVRM worden besproken en wordt vervolgens ingegaan op de bescherming onder de EU-Terugkeerrichtlijn. Tenslotte wordt ook de procedurele waarborg om gehoord te worden besproken.

i. Recht op vrijheid en veiligheid

Algemeen

Artikel 5 EVRM verankert het fundamenteel recht op vrijheid en legt een exhaustieve lijst van gronden vast waarbinnen vrijheidsberoving mogelijk is.⁵⁵

Overeenkomstig artikel 5 EVRM dient de vasthouding voorzien te zijn door de wet en in overeenstemming te zijn met de wet.⁵⁶ Het betreft hier zowel nationale als regionale en internationale wetgeving.⁵⁷ Volgens het principe van rechtszekerheid dient deze wetgeving voorzienbaar, precies en toegankelijk te zijn.⁵⁸

Het doel van artikel 5 EVRM is de bescherming van het individu tegen willekeur vanwege de overheid. Een vasthouding kan volgens de nationale wetgeving rechtmatig zijn maar toch willekeurig en dus in strijd met het Verdrag.⁵⁹ Het EHRM bepaalt dat de vasthouding te goeder trouw dient te gebeuren om als niet-willekeurig beschouwd te worden; dat ze nauw verbonden dient te zijn met het nagestreefde doel; dat de plaats en omstandigheden van detentie aangepast dienen te zijn; dat de duur van de vasthouding de redelijke termijn noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken niet mag overschrijden.⁶⁰

De vasthouding dient een wettig doel na te streven zoals vastgelegd in artikel 5 (f) EVRM. In een migratiecontext zijn er maar twee redenen die als wettig doel kunnen gelden: namelijk om een persoon te beletten op onrechtmatige wijze het grondgebied te betreden, of detentie van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is. Immigratiecontrole op zich kan geen wettig doel vormen dat detentie rechtvaardigt.⁶¹

In het algemeen aanvaardt het EHRM een ruimere discretionaire bevoegdheid van Staten inzake vasthouding van een persoon onder artikel 5.1 (f) EVRM vergeleken met de andere vasthoudingsgronden onder artikel 5 EVRM. Het EHRM stelt dat de notie van willekeur niet omvat dat de detentie noodzakelijk en proportioneel dient te zijn.⁶² In het arrest Rusu bepaalt het EHRM echter dat wanneer het nationaal recht vereist dat de noodzakelijkheid van detentie aangetoond wordt, deze wetgeving moet gerespecteerd worden.⁶³

Beoordeling van kinderen in detentie onder artikel 5 EVRM

⁵⁵ EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*, § 128.

⁵⁶ EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*, § 128.

⁵⁷ HvJ 21 december 2011, C-411/10, *N.S. t. Secretary of for the Home Department en M. E. e.a.*, § 77.

⁵⁸ EHRM 2 december 2010, nr. 4691/06, *Jusic t. Zwitserland State*, § 69.

⁵⁹ EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, § 67.

⁶⁰ EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, § 74.

⁶¹ Bingham Centre for the Rule of Law, M. FORDHAM QC en J.N. STEFANELLI, "Immigration Detention and the Rule of Law, Safeguarding principles", *The British Institute of International and Comparative Law*, juni 2013, p. 60.

⁶² EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, §112 en EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, § 73.

⁶³ EHRM 2 oktober 2008, nr. 34082/02, *Rusu t. Oostenrijk*, § 54 en 58.

Het EVRM bevat geen specifieke bepalingen met betrekking tot de detentie van kinderen in immigratiecontext. Het verbiedt op zich de detentie van kinderen niet maar hanteert een zeer strikte test wanneer het dergelijke zaken beoordeelt.

Onder artikel 5 (1) EVRM hebben Staten een positieve verplichting om de gepaste maatregelen te nemen ten einde effectief de vrijheid van een persoon te beschermen, in het bijzonder van personen in een kwetsbare situatie zoals kinderen.⁶⁴

Inzake de detentie van kinderen hanteert het EHRM striktere standaarden die een verminderde appreciatiemarge van Staten inhouden.⁶⁵ Het uitgangspunt van het EHRM is de kwetsbaarheid van de minderjarige die prevaleert op de hoedanigheid van vreemdeling in onwettig verblijf. Het Hof vereist in dat geval dat de Staat aantoont dat detentie noodzakelijk is om het vooropgestelde doel te bereiken. Detentie mag slechts in allerlaatste instantie worden toegepast en de Staat dient te verifiëren of andere minder dwingende maatregelen kunnen worden toegepast.⁶⁶

In haar rechtspraak refereert het EHRM bij de beoordeling van de noodzaak van detentie expliciet naar het VRK en vormt het hoger belang van het kind de eerste overweging. In Rahimi tegen Griekenland twijfelde het Hof aan de goede trouw van de Griekse autoriteiten omdat het hoger belang van het kind en zijn individuele situatie niet in overweging werden genomen, en geen alternatieven voor detentie werden onderzocht

“Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant, les autorités nationales [...] n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagani était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale afin de garantir son expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention.”⁶⁷

Het EHRM stelt duidelijk dat het hoger belang van het kind vereist dat alle alternatieven voor detentie worden toegepast. Wanneer de Staat nalaat alle alternatieven te onderzoeken, zal detentie van het kind arbitrair en in strijd met het recht op vrijheid zijn.⁶⁸

“that, in spite of the fact that [the children] were accompanied by their parents, and even though the detention centre had a special wing for the accommodation of families, the children’s particular situation was not examined and the authorities did not verify that the placement in administrative detention was a measure of last resort for which no alternative was available. The Court thus finds that the French system did not sufficiently protect their right to liberty.”⁶⁹

⁶⁴ EHRM 12 januari 2012, nr. 36760/06, *Stanev t. Bulgarije*, §120.

⁶⁵ CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 januari 2018, p. 21, beschikbaar op: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

⁶⁶ Zie bv. EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, A.B. e.a. t. Frankrijk en EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, *Popov t. Frankrijk*

⁶⁷ EHRM 5 april 2011, nr. 8687/08, *Rahimi t. Griekenland*, § 109.

⁶⁸ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 50.

⁶⁹ EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, *Popov t. Frankrijk*, § 119.

Dat deze alternatieven zijn onderzocht dient bovendien te blijken uit de detentietitel.

*“In the present case, the Court notes that the applicants and their child were placed in a detention centre pending their removal and, accordingly, this constituted a deprivation of liberty for the purposes of Article 5 § 1 (f). The Court would refer to the finding of the Administrative Court of Appeal that **there was no indication in the detention orders that the prefect had verified, in view of the child’s presence, whether an alternative measure that would have been less coercive than detention was possible.** Accordingly, while having regard to the reasons given in the prefect’s decision to place the applicants in a detention centre, the Court takes the view that the evidence before it is not sufficient for it to be satisfied that the domestic authorities had effectively verified that the administrative detention of the family was a measure of last resort with no possible alternative.”⁷⁰*

In toepassing van artikel 5 §4 EVRM moet een rechter in staat zijn de rechtmatigheid van de detentie te beoordelen. In het arrest Popov oordeelde het EHRM dat de rechter niet in de mogelijkheid was om de rechtmatigheid van de detentie specifiek ten aanzien van het kind te beoordelen gezien er een bevel om het grondgebied en een detentiemaatregel werden afgeleverd aan de ouders maar niet aan het kind. Hierdoor bevond het kind zich volgens het EHRM in een juridisch vacuüm.

“However, the Court notes that the law does not provide for the possibility of placing minors in administrative detention. As a result, children “accompanying” their parents find themselves in a legal vacuum, preventing them from using any remedies available to their parents. In the present case, there had been no order of the prefect for their removal that they could have challenged before the courts. Similarly, there had been no decision ordering their placement in administrative detention and the liberties and detention judge was therefore unable to review the lawfulness of their presence in the administrative detention centre. The Court thus finds that they were not guaranteed the protection required by the Convention.”⁷¹

Het EHRM aanvaardt dat aan de verplichting onder artikel 5 §4 EVRM voldaan is wanneer de beroepsmogelijkheden die openstaan voor de ouders de rechter onrechtstreeks toelaten de situatie van de kinderen te beoordelen. Op voorwaarde dat de rechter rekening houdt met de specifieke situatie van het kind en dat de rechter controleert of de Staat voldaan heeft aan zijn verplichting om alternatieven voor detentie te onderzoeken.⁷²

ii. Recht op familie- en privéleven

Artikel 8 EVRM beschermt het recht op privé- en familieleven. Het recht op familieleven waarborgt niet enkel het recht van het kind om bij zijn ouders te zijn maar beschermt eveneens tegen inmenging in het privéleven van de familie. Volgens het EHRM vereist het respect op

⁷⁰ EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, A.B. e.a. t. Frankrijk, §124.

⁷¹ EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, Popov t. Frankrijk, § 124.

⁷² A. Gelblat, “La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers: L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe?”, La Revue des droits de l'homme, 2016.

het familieleven meer dan louter de familie samenhouden, in het bijzonder wanneer de familie wordt vastgehouden.⁷³

“that the child’s best interests cannot be confined to keeping the family together and that the authorities have to take all the necessary steps to limit, as far as possible, the detention of families accompanied by children and effectively preserve the right to family life. In the absence of any indication to suggest that the family was going to abscond, the measure of detention for fifteen days in a secure centre appears disproportionate to the aim pursued.”⁷⁴

Het vasthouden van kinderen met hun ouders in levensomstandigheden eigen aan een detentiefaciliteit kan beschouwd worden als een inmenging in de uitoefening van het recht op familieleven, zo stelt het EHRM.

“Whilst mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, it cannot be inferred from this that the sole fact that the family unit is maintained necessarily guarantees respect for the right to a family life, particularly where the family is detained. The Court finds that, even though Ms Bistieva was not separated from her children, the fact of confining the applicants to a detention centre for almost six months, thereby subjecting them to living conditions typical of a custodial institution, can be regarded as an interference with the effective exercise of their family life (see, mutatis mutandis, Popov, cited above, § 134; A.B. and Others v. France, no. 11593/12, § 145, 12 July 2016; R.K. and Others v. France, no. 68264/14, § 106, 12 July 2016; A.M. and Others v. France, no. 24587/12, § 86, 12 July 2016; and R.C. and V.C. v. France, no. 76491/14, § 72, 12 July 2016).”⁷⁵

Gezien detentie kan beschouwd worden als een inmenging in het recht op familieleven, dient detentie zoals elke inmenging te voldoen aan de voorwaarden van artikel 8 §2 EVRM. Bijgevolg zijn Staten verplicht om te beoordelen of de detentie proportioneel is aan het nagestreefde doel in de zin van artikel 8 §2 EVRM.⁷⁶ Bij deze beoordeling dient rekening gehouden te worden met het hoger belang van het kind. Het hoger belang van het kind is volgens het Hof niet beperkt tot het bewaren van de familie-eenheid. In het arrest Popov bepaalt het EHRM de criteria die onderdeel moeten zijn van deze beoordeling, meer bepaald het risico op onderduiken, het onderzoeken van alternatieven en de snelle uitvoering van de uitwijzing ten einde de opsluiting te beperken in de tijd.⁷⁷ De appreciatie van deze criteria verschilt van geval tot geval:

“Enfin, il ne ressort pas des faits en présence que les autorités aient mis en œuvre toutes les diligences nécessaires pour exécuter au plus vite la mesure d’expulsion et limiter le temps d’enfermement. En effet, les requérants furent maintenus en rétention

⁷³ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 52.

⁷⁴ EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, *Popov t. Frankrijk*, §147.

⁷⁵ EHRM 10 april 2018, nr 75157/14, *Bistieva e.a. t. Polen*, §73.

⁷⁶ CDDH-MIG, Draft analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 oktober 2017, p. 24, beschikbaar op: <https://rm.coe.int/draft-analysis-of-the-legal-and-practical-aspects-of-effective-alterna/168076cd25>

⁷⁷ A. Gelblat, “La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers: L’impossibilité pratique plutôt que l’interdiction de principe?”, *La Revue des droits de l’homme*, 2016.

pendant dix-huit jours sans qu'aucun vol ne soit organisé et sans que des laissez-passer consulaires ne soient obtenus.

156. Aussi, en l'absence de risque particulier de fuite, la rétention, pour une durée de dix-huit jours, apparaît disproportionnée par rapport au but poursuivi. Partant, la Cour considère que les requérants ont subi une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de leur vie familiale et qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention."⁷⁸

"La Cour relève qu'en l'espèce, pour caractériser le risque de fuite et l'impossibilité de recourir à une alternative à la rétention, le Gouvernement s'appuie principalement sur les refus des requérants d'embarquer dans l'avion devant les ramener en Fédération de Russie. La Cour n'est pas convaincue que cet élément suffise à caractériser la réalité du risque de fuite et l'impossibilité de trouver une solution alternative à la rétention. S'il démontre, à l'évidence, l'absence de volonté des requérants d'être expulsés du territoire français, il n'établit pas leur volonté de se soustraire aux autorités. Ainsi, l'enfermement dans un centre n'apparaissait pas justifié par un besoin social impérieux. La Cour observe, au vu des informations à sa disposition, que d'autres solutions, telles que l'assignation dans un hôtel, assortie, comme le suggèrent les requérants, d'un pointage régulier auprès d'un commissariat, n'ont pas été envisagées."⁷⁹

In een zeer recente zaak tegen Polen sprak het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich ook uit over de bescherming van artikel 8 EVRM :

"The Court is of the view that the child's best interests cannot be confined to keeping the family together and that the authorities have to take all the necessary steps to limit, as far as possible, the detention of families accompanied by children and effectively preserve the right to family life (see, mutatis mutandis, Popov, cited above, § 147). In this context, given the reasoning of the domestic authorities' decisions, the Court is not convinced that the Polish authorities had in fact, as they should have, viewed the family's administrative detention as a measure of last resort. Nor had they given due consideration to possible alternative measures, especially in the period of time when the applicants were reunited with their husband and father. The Court also has serious doubts as to whether the authorities had given sufficient consideration to the best interests of the first applicant's three children, in compliance with obligations stemming from international law and from section 401(4) of the 2013 Act (see paragraphs 36 and 42 above)."⁸⁰

"Accordingly, the Court finds that, even in the light of the risk that the family might abscond, the authorities failed to provide sufficient reasons to justify the detention for five months and twenty days in a secure centre, and as a result that there has been a violation of Article 8 of the Convention (see Popov, cited above, § 148; A.B. and Others v. France, cited above § 156; and R.K. and Others v. France, cited above, § 117)."⁸¹

⁷⁸ EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, A.B. e.a. t. Frankrijk, §155.

⁷⁹ EHRM 12 juli 2016, nr. 68264/14, R.K. e.a. tegen Frankrijk, §115.

⁸⁰ EHRM 10 april 2018, nr 75157/14, Bistieva e.a. t. Polen, §85-86.

⁸¹ EHRM 10 april 2018, nr 75157/14, Bistieva e.a. t. Polen, §88.

Het concept van privéleven wordt ruim omschreven door het EHRM. Het privéleven omvat de fysieke en morele integriteit van de persoon; artikel 8 EVRM wil vooral de ontwikkeling van de persoonlijkheid van ieder individu in zijn relatie met andere mensen beschermen, zonder inmenging van buitenaf.⁸² Gezien de schadelijke gevolgen van detentie op kinderen, kan geargumenteed worden dat het vasthouden van kinderen een disproportionele en onnodige inmenging vormt in hun ontwikkeling en persoonlijke autonomie. In deze zin biedt artikel 8 EVRM bescherming tegen detentieomstandigheden die niet het niveau van ernst bereiken vereist door artikel 3 EVRM.⁸³ Volgens de VN-speciale rapporteur inzake foltering rechtvaardigt de familie-eenheid de detentie van kinderen niet gezien de nadelige gevolgen op de emotionele ontwikkeling en het fysieke welzijn van kinderen.⁸⁴

Volgens artikel 9 van het VN-Kinderrechtenverdrag mag een kind nooit gescheiden worden van zijn ouders tegen zijn wil tenzij het in het belang van het kind is. Wanneer het in het belang is van het kind om de familie-eenheid te bewaren dan is het recht op vrijheid eveneens van toepassing op zijn ouders. Daarom hebben het VN-Kinderrechtencomité en andere VN-organen Staten opgeroepen om alternatieven voor de hele familie te implementeren.⁸⁵ Zo stelt de UN Working Group on Arbitrary Detention:

“Detaining children because of their parents’ migration status will always violate the principle of the best interests of the child and constitutes a violation of the rights of the child. Children must not be separated from their parents and/or legal guardians. The detention of children whose parents are detained should not be justified on the basis of maintaining the family unit, and alternatives to detention must be applied to the entire family instead.”⁸⁶

iii. **Recht op aangepaste omstandigheden**

Kinderen hebben te allen tijde recht om te vertoeven in omstandigheden die aangepast zijn aan hun specifieke noden en kwetsbaarheden. Dit recht wordt onder andere gegarandeerd onder de bescherming van artikel 3 en artikel 8 EVRM. Omwille van de specificiteit van deze vereisten worden deze besproken in deel 5 hieronder.

iv. **De Terugkeer- en Opvangrichtlijn**

In EU-recht wordt vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM gereguleerd in het asielacquis en de Terugkeerrichtlijn. Zoals reeds aangehaald wordt ook binnen EU-recht het hoger belang van het kind *a priori* gewaarborgd. Bijgevolg is ook detentie tegen het hoger belang van het kind onder EU-recht niet gerechtvaardigd.⁸⁷

⁸² EHRM 12 oktober 2006, nr. 13178/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, §83.

⁸³ *Trawalli and Others v. Italy*, Application no. 47287/17, Written submission on behalf of the AIRE centre (Advice on individual rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ), 12 juni 2018, §25.

⁸⁴ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 53.

⁸⁵ CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 januari 2018, pp 49-50., beschikbaar op: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

⁸⁶ UN Working Group on Arbitrary Detention, “Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants”, 7 februari 2018, §40.

⁸⁷ CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 januari 2018, p. 50, beschikbaar op: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

Artikel 15.1 van de Terugkeerrichtlijn, die van toepassing is op personen in onwettig verblijf en niet op asielzoekers, staat detentie tijdens de terugkeerprocedure toe om de terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, in het geval er een risico op onderduiken bestaat of in geval van ontwijking of belemmering van terugkeer of het terugkeerproces. Detentie kan enkel indien andere afdoende maar minder dwingende maatregelen niet doeltreffend kunnen worden toegepast en voor een zo kort mogelijke termijn. Specifiek met betrekking tot het principe van proportionaliteit stelt *overweging 16* van de Terugkeerrichtlijn

“Inbewaringstelling met het oog op verwijdering moet worden beperkt en, uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefde doelstellingen, aan het evenredigheidsbeginsel worden onderworpen. Inbewaringstelling is alleen gerechtvaardigd om de terugkeer voor te bereiden of de verwijdering uit te voeren en indien minder dwingende middelen niet afdoende zouden zijn.”

De Terugkeerrichtlijn legt dus aan de lidstaten een positieve verplichting op om eerst in elk individueel geval alternatieven te onderzoeken en toe te passen. Het ontbreken van alternatieven voor detentie in nationale wetgeving is geen excuus om over te gaan tot detentie.⁸⁸

Specifiek met betrekking tot de vasthouding van minderjarigen benadrukt artikel 17 van de Terugkeerrichtlijn dat gezinnen met minderjarige kinderen slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode vastgehouden worden in aan hun noden aangepaste omstandigheden. Artikel 17.5. Terugkeerrichtlijn wijst erop dat het belang van het kind hierbij voorop dient te staan.

Met het KB van 2 juli wordt er in een cascadesysteem voorzien waarbij een persoon van één maatregel automatisch overgaat naar een volgende meer dwingende maatregel wanneer na het niet slagen van een eerder genomen maatregel. Zoals het Platform Kinderen op de Vlucht stelt in haar rapport “Detentie van kinderen in gezinnen in België: analyse van de theorie en de praktijk” gaat een automatisch watervalstelsel in tegen het principe dat elke nieuwe detentiemaatregel moet worden bestudeerd op vlak van willekeur, noodzakelijkheid en proportionaliteit.⁸⁹

Met betrekking tot asielzoekers bepaalt artikel 11.2. van de Opvangrichtlijn dat detentie van minderjarigen een maatregel is die pas in laatste instantie wordt genomen nadat is gebleken dat minder dwingende maatregelen niet doeltreffend kunnen worden toegepast. De detentie moet zo kort mogelijk zijn en alles moet in het werk worden gesteld om de bewaring op te heffen en de minderjarige te plaatsen in een geschikte accommodatie.

Problematisch in het geval van asielzoekers aan de grens is dat noch artikel 74/9 Vreemdelingenwet, noch het KB van 2 juli 2018 erin voorziet dat alternatieven voor detentie worden afgetoetst alvorens over te gaan tot vasthouding. Gezinnen aan de grens worden immers automatisch vastgehouden in de terugkeerbouwingen. Het verblijf in deze

⁸⁸ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 49.

⁸⁹ Platform Kinderen op de vlucht, Detentie van kinderen in gezinnen in België: analyse van de theorie en de praktijk, december 2015, p. 28, beschikbaar op: <http://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/Detention/2015-Detentie-van-kinderen-in-gezinnen-NDL.pdf>

terugkeerwoningen wordt overeenkomstig artikel 74/8 Vreemdelingenwet reeds beschouwd als een vorm van detentie. Zij vormen dus geen alternatief voor detentie maar zijn een alternatieve vorm van detentie.⁹⁰ De automatische detentie van gezinnen aan de grens in de terugkeerwoningen is aldus in strijd met artikel 8 en artikel 11.2 van de Opvangrichtlijn.⁹¹

Op dezelfde rechtsbasis zal de noodzakelijkheid van detentie op grond van openbare orde of nationale veiligheid⁹², die volgens het Koninklijk Besluit automatisch zal worden toegepast, toch steeds individueel geëvalueerd moeten worden. Detentie kan slechts in allerlaatste instantie nadat onderzocht werd of andere minder dwingende maatregelen kunnen worden toegepast. Het Koninklijke Besluit voldoet aldus niet aan deze voorwaarde.

De Europese Commissie onderstreept eveneens dat detentie van kinderen strikt noodzakelijk dient te zijn en dat al het mogelijke moet worden gedaan opdat een gevarieerd aanbod van alternatieven voorhanden en toegankelijk is. Lidstaten worden aangemoedigd *child protection bodies* in te schakelen in alle aangelegenheden met betrekking tot detentie.⁹³

In het arrest Mahdi stelt het Hof van Justitie dat beslissingen genomen in uitvoering van de Terugkeerrichtlijn geval per geval genomen dienen te worden en op objectieve criteria dienen te berusten.

“In punt 6 van de considerans van diezelfde richtlijn staat dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het beëindigen van illegaal verblijf van derdelanders volgens een billijke en transparante procedure geschiedt. Tevens volgens dat punt en overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen van de EU moeten beslissingen die krachtens richtlijn 2008/115 worden genomen per geval worden vastgesteld en op objectieve criteria berusten, die zich niet beperken tot het loutere feit van illegaal verblijf.”⁹⁴

Het Hof van Justitie stelt verder in het arrest El Dridi dat in elk geval een individuele beoordeling van de noodzaak van de vasthouding dient plaats te vinden. Het Hof stelde bovendien een gradatie van te nemen maatregelen in ten einde een terugkeerbeslissing af te dwingen gaande van de maatregel die het meest vrijheid laat aan de betrokkene tot de uiterste maatregel van vrijheidsberoving. Bij elk van deze etappes dient het principe van proportionaliteit gerespecteerd te worden.

⁹⁰ Platform Kinderen op de vlucht, Detentie van kinderen in gezinnen in België: analyse van de theorie en de praktijk, december 2015, p. 62, beschikbaar op: <http://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/Detention/2015-Detentie-van-kinderen-in-gezinnen-NDL.pdf>

⁹¹ Voor de rechtmatigheid van grensdetentie zie NANSEN NOTE 2018-1, Asielzoekers aan de grens, grensprocedure en detentie, 17 april 2018 beschikbaar op <http://nansenrefugee.be/wp-content/uploads/2018/06/NANSEN-NOTE-2018-01-Asielzoekers-aan-de-grens-grensprocedure-en-detentie.pdf>

⁹² Voor een interpretatie van de begrippen gevaar voor de openbare orde' en 'gevaar voor de nationale veiligheid' kan verwezen worden naar rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van de Terugkeerrichtlijn. Het Hof van Justitie stelt in het arrest Z. Zh. dat per geval individueel beoordeeld dient te worden of er sprake is van een daadwerkelijk en actueel gevaar. Het enkele feit dat een derdelander veroordeeld is voor een naar nationaal recht als misdrijf strafbaar gesteld feit, kan er op zich geen rechtvaardiging vormen dat deze derdelander wordt beschouwd een gevaar voor de openbare orde. Er dient aangetoond te worden dat zijn persoonlijke gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast.” HvJ 11 juni 2015, C-554/13, Z. Zh.. ECLI:EU:C:2015:377

⁹³ Europese Commissie, ANNEX to the COMMISSION RECOMMENDATION establishing a common "Return Handbook" to be used by Member States' competent authorities when carrying out return related tasks, 'Return Handbook', 27 september 2017, p. 84.

⁹⁴ HvJ 5 juni 2014, C-146/14, *Mahdi*, §40.

“(…) les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention. Cette privation de liberté doit, conformément à l'article 15, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2008/115, être aussi brève que possible et n'être maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. (...)

Il résulte de ce qui précède que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes »⁹⁵

Alternatieven voor detentie moeten voorzien worden in nationale wetgeving ten einde arbitraire detentie te voorkomen.⁹⁶ Artikel 8.4. van de Opvangrichtlijn bepaalt expliciet dat lidstaten ervoor zorgen dat in het nationale recht regels worden vastgesteld over alternatieven voor detentie. Voor wat betreft personen in terugkeerprocedures kan geargumenteed worden dat een gezamenlijke lezing van *overweging 16* en artikel 15 §1 Terugkeerrichtlijn vereist dat lidstaten alternatieven voor detentie in hun nationale wetgeving voorzien.⁹⁷

v. **Recht om gehoord te worden**

Het recht om gehoord te worden is verankerd in artikel 41 van de Europese Handvest van de grondrechten en erkend als een algemeen principe van EU-recht en onderdeel van het recht op verdediging⁹⁸. In haar rechtspraak vult het Hof van Justitie dit principe als volgt in:

”Het recht om te worden gehoord waarborgt dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en alvorens een besluit wordt genomen dat zijn belangen aanmerkelijk kan beïnvloeden”

“Bedoeld recht impliceert tevens dat de administratie met de nodige aandacht kennis neemt van de opmerkingen van de betrokkene door alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en de beschikking toereikend te motiveren.”⁹⁹

⁹⁵ HvJ 28 april 2011, C-61/11, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, §39-41.

⁹⁶ UNHCR, Detention Guidelines, 2012, Guideline 4.3, § 36.

⁹⁷ CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 januari 2018, pp 54-55, beschikbaar op: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

⁹⁸ Myria, Focus “Het recht om gehoord te worden”, Jaarverslag Migratie in cijfers en in rechten 2015, beschikbaar op <http://www.myria.be/nl/ontwikkelingen/focus-het-recht-om-gehoord-te-worden>.

⁹⁹ HvJ 22 december 2012, C-277/11, *M.M.*, §87-88.

*“schending van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord, naar Unierecht pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit leidt, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben”*¹⁰⁰

Het persoonlijk gehoor in kader van het hoorrecht dient plaats te vinden alvorens tot detentie wordt overgegaan in geval dit noodzakelijk is voor de effectieve verzekering van andere voorwaarden waaraan detentie dient te voldoen zoals het individueel onderzoek en de voorwaarden van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

Artikel 12 van het Kinderrechtenverdrag behelst het recht van het kind om gehoord te worden.

“1. De Staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.

2. Hiertoe wordt het kind met name in de gelegenheid gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.”

Omtrent het recht om gehoord te worden stelt het VN-Kinderrechtencomité dat het een van de fundamentele waarden van het verdrag uitmaakt dat als rode draad door de andere in het Verdrag gewaarborgde rechten loopt. Staten hebben een positieve verplichting om dit recht voor alle kinderen te waarborgen.

*“The right of all children to be heard and taken seriously constitutes one of the fundamental values of the Convention. The Committee on the Rights of the Child (the Committee) has identified article 12 as one of the four general principles of the Convention, the others being the right to non-discrimination, the right to life and development, and the primary consideration of the child’s best interests, which highlights the fact that this article establishes not only a right in itself, but should also be considered in the interpretation and implementation of all other rights.”*¹⁰¹

*“Article 12, paragraph 1, provides that States parties “shall assure” the right of the child to freely express her or his views. “Shall assure” is a legal term of special strength, which leaves no leeway for State parties’ discretion. Accordingly, States parties are under strict obligation to undertake appropriate measures to fully implement this right for all children. This obligation contains two elements in order to ensure that mechanisms are in place to solicit the views of the child in all matters affecting her or him and to give due weight to those views.”*¹⁰²

¹⁰⁰ HvJ 10 september 2013, C-383/13, *PPU, M. G. en N. R.*, §38.

¹⁰¹ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12 UN CRC, 20 juli 2009, §2.

¹⁰² UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12 UN CRC, 20 juli 2009, §19.

De Europese Commissie verduidelijkt dat het recht van het kind om gehoord te worden integraal onderdeel is van het onderzoek naar het hoger belang. Het kind moet zijn eigen mening vrij kunnen uitdrukken en met deze mening moet terdege rekening worden gehouden in alle zaken die het kind aanbelangen.¹⁰³

Ook het Kinderrechtencomité stelt uitdrukkelijk:

“Assessment of a child’s best interests must include respect for the child’s right to express his or her views freely and due weight given to said views in all matters affecting the child.”¹⁰⁴

5. Detentieomstandigheden

a. Detentie van kinderen is altijd schadelijk, ongeacht de omstandigheden

Wetenschappelijke literatuur toont aan dat kinderen opsluiten altijd schadelijk is. Omdat kinderen, en in het bijzonder kinderen met een precare verblijfsstatus, een extreem kwetsbare groep zijn, en het criterium van hun hoger belang altijd in aanmerking moet worden genomen, is kinderen opsluiten aldus steeds bijzonder problematisch omdat detentie altijd schade toebrengt en dus nooit in het hoger belang van het kind kan zijn.

De impact van detentie, zelfs voor een korte periode, wordt extensief beschreven.

UNICEF stelt:

*“There is solid evidence on the impact that detention has on children. Reports refer to high rates of suicide, self-harm and development problems. **Even very short periods of detention** can undermine the child’s psychological well-being and cognitive development. Children deprived of liberty are also at a higher risk of violence, abuse and ill-treatment.”¹⁰⁵*

The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) stelt dat:

“Detention has a negative impact on children, no matter the context in which it takes place, research has shown. Deprivation of liberty can also have an irreversible impact on the child’s well-being and development, protected under Article 6 of the United Nations (UN) Convention on the Rights of the Child (CRC). Such impact further exacerbates existing consequences of forced migration on children and may affect Article 4 prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment), Article 24 (rights of the child) and Article 35 (health care) of the Charter.”¹⁰⁶

De negatieve impact op de mentale gezondheid van kinderen van detentie is bijzonder groot:

¹⁰³ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 65.

¹⁰⁴ Committee on the Rights of the Children, General comment 4(2013) on the right of the child to have his or best interests taken as a primary consideration, p. 11 beschikbaar op:

<http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

¹⁰⁵ UNICEF, A home away from home for refugee and migrant children, Augustus 2016, beschikbaar op:

https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2016/10/A-home-away-from-home_29-08-2016-1-2.pdf

¹⁰⁶ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.15 beschikbaar op:

<http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

“Detained child asylum seekers in particular experience extremely high rates of anxiety, depression and symptoms of post-traumatic stress disorder, as research in Australia, Britain and the US has found.”¹⁰⁷

Niet alleen hun mentale gezondheid wordt ernstig in het gevaar gebracht, ook hun fysieke gezondheid lijdt onder detentie:

“In addition to the psychological impact, doctors specialising in child health examined 24 children in an immigration removal centre in the United Kingdom and found that the children had developed physical problems relating to their detention. Other studies have observed incontinence and food refusal in detained children. Further, sleep problems, somatic complaints and weight loss were common.”¹⁰⁸

De omstandigheden eigen aan detentie, zoals hekken, prikkeldraad, camera's, bewakers zijn niet de enige factoren die impact hebben op de gezondheid van kinderen. Door hun afhankelijke positie, niet enkel ten aanzien van de staat maar ook ten aanzien van hun ouders, is de kwetsbaarheid van kinderen gelaagd:

*“In addition to the observations of mental health problems in adults, the participant–observer study by Sultan & O’Sullivan also reported on the effects on children. **These effects were considered to be mediated through negative characteristics of the detention environment itself as well as through the impact of detention on the parents’ mental well-being.** Observed disturbances included separation anxiety, disruptive conduct, nocturnal enuresis, sleep disturbances (including nightmares, night terrors and sleepwalking) and impaired cognitive development. Severe symptoms of distress (including mutism, refusal to eat and drink, and stereotypical behaviours) were also reported in some cases.”¹⁰⁹*

*“The impact of detention varies and often depends on the child’s age. The Committee on the Rights of the Child has recognised **that psychological stress on the parents is also likely to affect the well-being of young children and babies.**”¹¹⁰*

*“However, **children in detention are exposed to danger by their close confinement with adults who suffer high levels of mental illness. Thirty percent of adults detained with children have moderate to severe mental illnesses.** There are also significant rates of incidents of violence (including assaults and sexual assaults) in detention centres in which children are detained; many of the incidents directly involve children.”¹¹¹*

¹⁰⁷ Human Rights Watch, Children Behind Bars: the global overuse of detention of children, 2016, beschikbaar op: <https://www.hrw.org/world-report/2016/children-behind-bars>

¹⁰⁸ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.16 beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

¹⁰⁹ K. Robjant, R. Hassan, C. Katona, “Mental health implications of detaining asylum seekers: systematic review”, *The British Journal of Psychiatry* 2009, 306-312, p. 310.

¹¹⁰ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.16 beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

¹¹¹ Australian Human Rights Commission, The Forgotten Children – National inquiry into children in immigration detention, 2014, p.76.

Ouders spelen een cruciale rol in het leven van een kind. Hun mentale gezondheid en onvermogen om het kind te beschermen in een precaire situatie heeft bijzonder ernstige gevolgen:

“Parents also reported a marked decrease in their parenting capabilities since being detained. Only one adult responded positively to being able to care for and support children and ‘able to control the behaviour of children while detained, whereas all participants stated that they were able to do this prior to detention.”¹¹²

“Although the Department acknowledges the importance of parents maintaining the role as decision makers and care providers for their children, evidence to this Inquiry indicates that the detention environment has a negative impact on the ability of parents to assume the parental role.”¹¹³

“Mentally unwell adults can have negative impacts on the development of children. When parents are mentally unwell, the probability of harm increases because parents have a crucial role in shaping the trajectory of their child’s life.

... offspring of depressed parents have rates of depression that are between two and four times higher than their counterparts from homes without parental illness. These offspring also have an increased risk for a range of mental health disorders.”¹¹⁴

Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigde dat de invloed op de mentale gezondheidstoestand van de ouders in detentie een verzwarend element is dat moet worden meegenomen in de beoordeling in een zaak waarin een kind werd opgesloten samen met zijn ouders:

“Lastly, he witnessed the mental distress sustained by his parents, in a place of confinement that did not allow him to distance himself.”¹¹⁵

In een ander arrest waarin het Hof België veroordeelde omwille van de detentieomstandigheden onderlijnde het Hof dat het niet kunnen uitoefenen van de ouderlijke rol een objectief element is waarmee rekening gehouden moet worden.

“La Cour est en désaccord avec le Gouvernement quand il tire argument de ce que rien ne prouve que la mère ait été en difficulté pour jouer son rôle de parent. Elle estime en effet, à la lumière des rapports précités (paragrapes 36-38) que l’incapacité de la première requérante à faire face à la situation et à assumer son rôle, accentuée en l’espèce par son analphabétisme, est un facteur objectif inhérent aux conditions de vie en centre fermé.”¹¹⁶

¹¹² K. Robjant, R. Hassan, C. Katona, “Mental health implications of detaining asylum seekers: systematic review”, *The British Journal of Psychiatry* 2009, 306-312, p. 310.

¹¹³ Australian Human Rights Commission, *The Forgotten Children – National inquiry into children in immigration detention*, 2014, p.92.

¹¹⁴ Australian Human Rights Commission, *The Forgotten Children – National inquiry into children in immigration detention*, 2014, p.64.

¹¹⁵ EHRM 12 juli 2006, nr. 11593/12, A.B. t. Frankrijk, § 97.

¹¹⁶ EHRM 12 december 2011, nr. 15297/09, Kanagaratnam en anderen t. België, §67.

In Popov tegen Frankrijk, waarin het Hof eveneens tot de conclusie kwam dat artikel 3 EVRM geschonden was, oordeelde het Hof dat:

*“However, in view of its findings as to the unsuitability of the premises for the detention of children, **the Court does not doubt that this situation created anxiety, psychological disturbance and degradation of the parental image in the eyes of the children.**”¹¹⁷*

b. Aangepaste detentieomstandigheden: wat zijn de vereisten?

De omstandigheden waar kinderen in vertoeven moeten te allen tijde aangepast zijn aan hun noden. Dat wil zeggen dat, wanneer kinderen, ondanks duidelijke richtlijnen contra, toch opgesloten worden omwille van hun migratiestatus, hun bijzondere noden moeten worden beschermd. Zoals hierboven aangetoond zal geen enkele detentiefaciliteit kunnen voldoen aan de noden van het kind omdat detentie inherent schade toebrengt aan het kind. Mits toch wordt aanvaard dat schade toebrengen aan kinderen acceptabel is in een moderne rechtsstaat, moet ervan uit gegaan worden dat bijzonder restrictieve voorwaarden van kracht zijn en de faciliteit waar zij verblijven aangepast is aan hun noden.

Dat de omstandigheden aangepast moeten zijn aan de noden van bijzonder kwetsbare kinderen is ook vastgelegd in internationaal recht. De omstandigheden vallen zo bijvoorbeeld onder de positieve verplichtingen van staten onder artikel 3 EVRM.

Zo besliste het EHRM in verschillende zaken dat:

*“The Court observes that in the present case, as in *Muskhadzhiyeva and Others*, the applicant children were accompanied by their parents throughout the period of detention. It finds, however, **that this fact is not capable of exempting the authorities from their duty to protect children and take appropriate measures as part of their positive obligations under Article 3 of the Convention (ibid., § 58) and that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant (see *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga*, cited above, § 55).** The European Union directive concerning the reception of aliens thus treats minors, whether or not they are accompanied, as a category of vulnerable persons particularly requiring the authorities’ attention (see paragraph 42 above). **To be sure, children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status.** The Court would, moreover, observe that the Convention on the Rights of the Child encourages States to take the appropriate measures to ensure that a child who is seeking to obtain refugee status enjoys protection and humanitarian assistance, whether the child is alone or accompanied by his or her parents (see, *mutatis mutandis*, *Muskhadzhiyeva and Others*, § 62).”¹¹⁸*

De FRA stelt zo dat:

“Asylum-seeking children and children in return procedures must not be deprived of liberty if available facilities do not guarantee minimum standards for the child’s well-

¹¹⁷ EHRM, 12 januari 2012, nr. 39472/07 en nr. 39474/07, Popov t. Frankrijk, §101.

¹¹⁸ EHRM, 12 januari 2012, nr. 39472/07 en nr. 39474/07, Popov t. Frankrijk, §91.

being. To achieve this, EU Member States must create child-friendly spaces and take effective measures to prevent holding facilities from being like prisons. This affects infrastructure (such as removing barbed wire or bars on windows), the use of force (e.g. avoiding systematic handcuffing of children or their parents during transport), reducing the number of uniformed and armed staff, and adopting flexible house rules (e.g. free access to the yard).¹¹⁹

Het Europese Hof veroordeelde verschillende lidstaten van de Raad van Europa, waaronder België, meermaals voor het schenden van artikel 3 EVRM omwille van het feit dat de detentieomstandigheden niet tegemoetkwamen aan de noden van kinderen.

In onder andere volgende zaken werd een veroordeling uitgesproken:

2010 - Muskhadzhieva and Others v. Belgium

*59. A cet égard, la Cour note que les quatre enfants requérants étaient âgés de sept mois, trois ans et demi, cinq ans et sept ans à l'époque des faits. **L'âge d'au moins deux d'entre eux était tel qu'il leur permettait de se rendre compte de leur environnement.** Ils ont tous été détenus pendant plus d'un mois au centre fermé « 127 bis » dont l'infrastructure était inadaptée à l'accueil d'enfants. La réalité des conditions de détention au centre « 127 bis » ressort des constats du délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant suite à sa visite effectuée le 28 juillet 2007, ainsi que du rapport d'étude sur les alternatives à la détention des familles en centres fermés de l'institut d'audit Sum Research, du rapport d'expertise du centre de guidance de l'Université libre de Bruxelles et du rapport de la Commission LIBE du Parlement européen (paragraphe 31–35 ci-dessus).¹²⁰*

De omstandigheden waar het Hof specifiek naar verwijst zijn zichtbare omheiningen, bewakers en het veelvuldig overvliegen van vliegtuigen.

31. Lors de sa visite effectuée au centre « 127 bis », le 28 juillet 2007, le délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant a relevé ce qui suit :

*« (...) les chambres ressemblent de plus en plus à des cellules de détenus en milieu carcéral (graffitis, odeurs, délabrement). L'état de propreté générale diminue. Il n'y a aucune intimité dans les chambres. Ainsi, pendant l'entretien avec la petite fille, plusieurs personnes en situation illégale sont régulièrement entrées sans frapper pour s'asseoir sur le lit voisin. A plusieurs reprises, les hommes qui sont dans la cour ont également passé leur tête à la fenêtre face aux barreaux de la chambre. **Lorsqu'on regarde par la fenêtre, on voit des hommes qui se promènent dans la cour grillagée, ainsi que le passage de nombreux avions.** J'ai également pu observer la présence, dans la chambre de l'enfant et de sa mère, d'un matelas posé à même le sol sur lequel une jeune fille était couchée (...). L'établissement fermé 127 bis n'est pas un lieu adapté au bien-être et au bon développement d'un enfant, et que donc aucun enfant ne devrait s'y trouver. »*

32. Le rapport d'étude sur les alternatives à la détention des familles en centres fermés (Institut d'audit SUM RESEARCH, 2007) a constaté aussi que :

¹¹⁹ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.85 beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

¹²⁰ EHRM, 19 januari 2010, nr. 41442/07, *Muskhadzhieva en anderen t. België*.

« *Aucun de ces centres n'est adapté ni adéquatement équipé pour l'accueil des familles et des enfants (...) : le caractère pénitentiaire et inadapté aux enfants de plusieurs centres (fil de fer barbelé, personnel en uniforme, régime de groupe, programme quotidien fixe etc.), l'impossibilité de circuler librement dans les bâtiments ou dans les espaces extérieurs, l'absence d'intimité, l'insuffisance d'espace ou de lumière du jour, l'impossibilité dans laquelle les familles sont placées de vivre une vie autonome et de disposer des moments nécessaires d'intimité, etc.)* »

2011 - Kanagaratnam v. Belgium

65. *Deuxièmement, les requérants étaient enfermés au même endroit, le centre fermé 127 bis, que la Cour a déjà jugé inadapté à l'accueil des enfants au vu des conditions de détention telles qu'elles étaient établies dans plusieurs rapports nationaux et internationaux (ibid. §§ 25-35 et 55). Elle constate que d'autres rapports ont été publiés depuis l'arrêt rendu dans l'affaire précitée qui corroborent les constats antérieurs. Parmi ceux-ci figure un rapport émanant pour la première fois d'une instance belge officielle, le Médiateur fédéral, qui insiste sur le caractère particulièrement désastreux de l'enfermement des enfants dans les centres fermés sur leur équilibre et leur développement (paragraphe 41-43 ci-dessus).*

2012 - Popov v. France

Belangrijk in deze zaak is dat het Hof een veroordeling uitsprak voor een periode van **15 dagen** en bovendien ook verwees naar de leeftijd van de kinderen, en het feit dat voornamelijk de oudste kinderen onderworpen werden aan 'a situation of stress that entailed mental distress'.

95. *It can be seen from the reports of visits to the Rouen-Oissel centre ... that whilst the authorities had been careful to separate families from other detainees, the facilities available in the "families" area of the centre were nevertheless ill-adapted to the presence of children: no children's beds and adult beds with pointed metal corners, no activities for children, a very basic play area on a small piece of carpet, a concreted courtyard of 20 sq.m. with a view of the sky through wire netting, a tight grill over the bedroom windows obscuring the view outside, and automatically closing bedroom doors with consequent danger for children.*

100. *In the present case, the Court finds that the length of detention of the children, over a period of fifteen days, whilst not excessive per se, could be perceived by them as never-ending, bearing in mind that the facilities were ill-adapted to their accommodation and age.*

101. *In addition, the applicants maintained that detention in this ill-adapted centre had subjected the children, especially the eldest, to a situation of stress that had entailed mental distress. The Court would observe, like the Government, that these allegations by the applicants have not been corroborated by any evidence. However, in view of its findings as to the unsuitability of the premises for the detention of children, the Court does not doubt that this situation created anxiety, psychological disturbance and degradation of the parental image in the eyes of the children.*

2016 - A.B. and Others v. France

Ook in dit arrest oordeelde het Hof dat **18 dagen** in een gesloten centrum de drempel van artikel 3 EVRM overschreed, hoewel dit een centrum was dat in principe was goedgekeurd voor het vasthouden van kinderen. Een bijzonder belangrijk element in deze veroordeling was dat het centrum vlak naast de luchthaven van Toulouse-Blagnac is gesitueerd wat volgens het Hof een bijzonder grote impact heeft op kinderen, die de mogelijkheid moeten hebben om buiten te spelen waardoor zij specifiek aan zeer veel geluidsoverlast worden blootgesteld.

111. The Court notes that, during the detention in question, the applicants' child was four years old and he was held with his parents for eighteen days at the Toulouse-Cornebarrieu detention centre.

112. As regards the physical conditions of the detention, the Court observes that the Toulouse-Cornebarrieu centre is one of the facilities that is "authorised" to receive families under a decree of 30 May 2005 ... It can be seen from the inspection reports on this centre ... that the authorities were careful to separate families from the other detainees, to provide them with specially fitted rooms and to make available material that was tailored to child care. Moreover, the NGOs have acknowledged that, unlike the situation in Popov (cited above), the physical conditions in the centre were not problematic.

113. The Court would observe, however, that the Toulouse-Cornebarrieu detention centre, being situated right next to the runways of Toulouse-Blagnac airport, is exposed to particularly high noise levels which have resulted in the land being classified as an "area unsuitable for building" ... It points out that children, for whom periods of outdoor leisure activities are necessary, are thus particularly affected by the excessive noise. The Court further finds, without having to rely on the medical certificate produced by the applicants, that the constraints inherent in a place of detention, which are particularly arduous for a young child, together with the centre's conditions of organisation, must have caused the applicants' child some anxiety. The boy, who could not be left alone, was obliged to attend, with his parents, all the meetings required by their situation, together with the various judicial and administrative hearings. While being transferred for that purpose he would mix with armed police officers in uniform. In addition, he was constantly subjected to the announcements made through the centre's loudspeakers. **Lastly, he witnessed the mental distress sustained by his parents, in a place of confinement that did not allow him to distance himself.**

114. The Court is of the view that such conditions, even though they necessarily represent a significant source of stress and anxiety for a small child, are not sufficient, where the confinement is for a short duration, depending on the circumstances of the case, to attain the threshold of severity required to engage Article 3. It is convinced, however, that in the case of a longer period, the repetition and accumulation of such mental and emotional aggression would necessarily have harmful consequences for a young child, exceeding the above-mentioned threshold. Accordingly, the passage of time is of primary significance in this connection for the application of this Article. The Court concludes that the permissible short duration has been exceeded in the present case, which concerns the detention of a four-year-old child lasting for eighteen days in the conditions set out above.

In deze zaak wordt opnieuw groot belang gehecht aan de ligging van het detentiecentrum naast de luchthaven van Toulouse Blagnac. Ook een opsluiting van **7 dagen** wordt door het Hof geacht de drempel van artikel 3 EVRM te overschrijden, omdat « la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité »

72. La Cour note que, lors de la rétention en cause, l'enfant des requérants était âgé de sept mois. Il fut retenu avec ses parents au centre de Toulouse-Cornebarrieu pendant au moins sept jours, la date à laquelle les requérants furent remis en liberté n'étant pas connue.

73. Concernant les conditions matérielles de rétention, la Cour constate que le centre de Toulouse-Cornebarrieu compte parmi ceux « habilités » à recevoir des familles en vertu du décret du 30 mai 2005 (voir paragraphe 26 de l'arrêt A.B. et autres précité). Il ressort des rapports de visite de ce centre (voir paragraphes 31 à 40 de l'arrêt A.B. et autres précité) que les autorités ont pris soin de séparer les familles des autres retenus, de leur fournir des chambres spécialement équipées et de mettre à leur disposition du matériel de puériculture adapté. La Cour relève d'ailleurs que les ONG ont reconnu que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Popov précitée, les conditions matérielles ne posaient pas de problème dans ce centre.

74. La Cour constate cependant que le centre de rétention de Toulouse-Cornebarrieu, construit en bordure immédiate des pistes de l'aéroport de Toulouse-Blagnac, est exposé à des nuisances sonores particulièrement importantes qui ont d'ailleurs conduit au classement du terrain en « zone inconstructible » (voir paragraphes 33, 37 et 40 de l'affaire A.B. et autres précitée). La Cour observe que les enfants, pour lesquels des périodes de détente en plein air sont nécessaires, sont ainsi particulièrement soumis à ces bruits d'une intensité excessive. La Cour considère, en outre et sans avoir besoin de se référer au certificat médical produit par les requérants, que les conditions d'organisation du centre ont pu avoir un effet anxiogène sur l'enfant des requérants.

75. La Cour considère que de telles conditions, bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes, dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Elle est convaincue, en revanche, qu'au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité. Dès lors, l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance primordiale au regard de l'application de ce texte. La Cour estime que cette brève période a été dépassée dans la présente espèce, s'agissant de la rétention d'un enfant de sept mois qui s'est prolongée pendant au moins sept jours dans les conditions exposées ci-dessus.

76. Ainsi, compte tenu de l'âge de l'enfant des requérants, de la durée et des conditions de son enfermement dans le centre de rétention de Toulouse-Cornebarrieu, la Cour estime que les autorités ont soumis cet enfant à un traitement qui a dépassé

le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention. Partant il y a eu violation de cet article à l'égard de l'enfant des requérants.

De conclusie is dat het Hof meermaals een veroordeling uitsprak, op basis van volgende criteria:

- De leeftijd van de kinderen
- De duur van de detentie
- De omstandigheden, inclusief de locatie van de detentiecentra

Het is belangrijk op te merken dat wat betreft de leeftijd van de kinderen het Hof niet automatisch zwaarwegendere gevolgen toekent aan de jonge leeftijd van kinderen: soms kunnen ook specifiek oudere kinderen, door hun groter bewustzijn en besef van hun opsluiting, gevoeliger zijn voor het feit dat zij opgesloten zitten. De duur van de detentie moet ook altijd afgewogen worden in de algemene context: zo kunnen een aantal dagen al voldoende zijn om de grens van artikel 3 EVRM te bereiken. De omstandigheden in de detentiecentra en de locatie ervan zijn ook van groot belang: de nabijgelegenheid van een luchthaven en de bijkomende geluidsoverlast worden algemeen beoordeeld als niet aangepast aan kinderen, omdat zij de mogelijkheid moeten hebben buiten te spelen en bijzonder veel negatieve effecten ondervinden van langdurige blootstelling aan (geluids)overlast.

c. Beoordeling van de detentieomstandigheden in de gezinswoningen, repatriëringscentrum 127bis

De centra waar opnieuw kinderen zouden opgesloten worden in België zijn problematisch op verschillende punten. In dit onderdeel zullen volgende onderwerpen besproken worden: de algemene problematische omgeving van een detentiecentrum, het gevaar voor de gezondheid van de kinderen door de nabijheid van de luchthaven, de duur van detentie, de training van het personeel en de overbrenging naar de gesloten centra.

i. Hekken, camera's, bewakers, luchtvervuiling en geluidsoverlast: een onaangepaste omgeving

De omgeving waar de kinderen in zullen worden opgesloten is ontegensprekelijk een gesloten centrum. Zo zijn er zichtbare hekken, zichtbare camera's, bewakers in uniform en worden de kinderen met hun ouders opgesloten van 22u tot 6u. Buitenspelen zal ook enkel mogelijk zijn met een beschermende koptelefoon wegens de geluidsoverlast.

De FRA stelt hierover dat:

“One of the characteristics of detention facilities adapted to host children is the presence of child-friendly spaces. However, many facilities are like prisons: officers wear fatigues, there barbed wire and people use handcuffs for transport. This undermines any attempt to create an appropriate environment for children.”¹²¹

¹²¹ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.75 beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

In het bijzonder oudere kinderen zullen zich er ontegensprekelijk sterk van bewust zijn dat zij tegen hun wil in worden opgesloten.

Gevaar voor gezondheid kinderen door aanwezigheid luchthaven

Een bijkomend probleem van de nieuwe gesloten gezinswoningen is dat zij gelegen zijn naast de luchthaven van Zaventem, de grootste luchthaven van België, die maar liefst 650 vluchten per dag verwerkt. Daarbij komt dat ook de omgeving bijzonder druk is, zodat bijvoorbeeld 1000 bussen per dag zich in de omgeving van Zaventem begeven. Dat zorgt voor een enorme luchtvervuiling én bovendien voor sterke geluidsoverlast, die beide bijzonder schadelijk kunnen zijn voor kinderen.

Dat vliegtuigen bijzonder vervuilend zijn, is algemeen geweten. Belangrijk is dat de uitstoot van de schadelijke gassen, zoals koolstofdioxide, stikstofdioxide, koolmonoxide en *volatile organic compounds* of vluchtige organische koolwaterstoffen, het grootste is bij het opstijgen, landen en taxi-en van vliegtuigen, activiteiten die op de luchthaven van Zaventem minstens 650 keer per dag plaatsvinden.

“Aircraft jet engines, like many other mobile sources, produce carbon dioxide (CO₂), nitrogen oxides (NO_x), carbon monoxide (CO), oxides of sulphur (SO_x), unburned or partially combusted hydrocarbons (also known as volatile organic compounds, or VOCs), particulates, and other trace compounds (Federal Aviation Administration, 2005). Each of these pollutants is emitted at different rates during various phases of operation, such as idling, taxiing, takeoff, climbing, and landing. NO_x emissions are higher during high power operations like takeoff when combustor temperatures are high. On the other hand, CO emissions are higher during low power operations like taxiing when combustor temperatures are low and the engine is less efficient (Federal Aviation Administration, 2005).⁷ Even though the aircraft engine is often idling during taxi-out, the per minute CO and NO_x emissions factors are higher than at any other stage of a flight (Environmental Protection Agency, 1992). Combining this with the long duration of taxiout times during peak periods of the day, total taxiing over the course of a day can add up to a substantial amount.”¹²²

De gezondheidsimpact van deze vervuiling op kinderen is goed gedocumenteerd:

“evidence for associations of air pollution with children's respiratory health is robust”¹²³

Belangrijk is dat niet enkel negatieve respiratoire gezondheidseffecten worden vastgesteld, maar dat ook hun ontwikkeling en cognitieve functies worden aangetast.

“A study in Boston found that higher levels of black carbon, a marker for traffic particles, were associated with decreased cognitive function in 202 children aged 8–11 years, with associations being found across a range of verbal and nonverbal intelligence and memory assessments.

¹²² W. Schenkler en W.R. Walker, Airports, Air pollution and Contemporaneous Health, *The Review of Economic Studies*, vol/ 83, april 2016, p. 772, pp 768-809.

¹²³ C. Clark, R. Crombie, J. Head, I. van Kamp, E. Van Kempen, S. A. Stansfeld, Does Traffic-related Air Pollution Associations of Aircraft and Road Traffic Noise Exposure on Children's Health and Cognition? A Secondary Analysis of the United Kingdom Sample From the Ranch Project, *American Journal of Epidemiology*, vol. 176, iss. 5, augustus 2012, pagina 327-337 en zie ook: J.Grigg, Air pollution and children's respiratory health – gaps in global evidence, *Clinical & Experimental Allergy*. Augustus 2011, Vol. 41 Issue 8, pp 1072-1075.

[...]

Proposed mechanisms for the impact of chronic air pollution on cognition are inflammation or oxidative stress caused by air particles, which influence the central nervous system and lead to neurotoxicity in the brain, potentially influencing brain connectivity (23, 24). Ultrafine particulates may also directly influence the brain by being absorbed in the lungs or via the olfactory nerves.”¹²⁴

Kinderen blootstellen aan deze vervuiling tijdens een cruciaal moment in hun ontwikkeling kan leiden tot levenslange gezondheidsproblemen, dysfunctie en ziekte.

“Exposing children to environmental pollutants during important times of physiological development can lead to long-lasting health problems, dysfunction, and disease. Children are known to be more vulnerable than adults to the effects of pollution. Exposure to environmental pollutants during important times of physiological development can lead to long-lasting health problems, dysfunction, and disease. Children’s lung functioning is not yet fully developed. Compared to adults, they breathe in greater levels of polluted air relative to their weight and spend more time outside when air pollution levels are the highest. And because of differences in metabolism, mouthing behaviour—such as the tendency to put their hands and objects in their mouths—and respiratory rates, children are often exposed to higher levels of lead, arsenic, pesticides, and other pollutants. Moreover, children have little or no choice about where they live or go to school. Childhood is a critical period for brain formation. Researchers have shown that children exposed to air pollution perform worse on cognitive functioning tests and have impaired neurological function and lower IQ scores compared with other children.

[...]

Also, children exposed to high levels of nitrogen dioxide—a common air pollutant generated by the burning of fossil fuels—have been found to have “decreases of 6.71, 7.37 and 8.61 points in quantitative, working memory and gross motor areas, respectively.

Similarly, children with high levels of exposure to nitrogen dioxide and particles 10 micrometers or less in the air—a standard used by the Environmental Protection Agency (EPA) to measure air quality—perform significantly worse on neurobehavioral tests, even after confounding variables are controlled for.”¹²⁵

Kinderen zijn uiteraard bijzonder kwetsbaar voor vervuiling omdat zij nog volop in ontwikkeling zijn. Bovendien is het ook zo dat zij als kind recht hebben om buiten te spelen en fysieke activiteiten te ondernemen: hierdoor worden zij nog meer blootgesteld aan de schadelijke effecten van de luchtvervuiling en geluidsoverlast.

¹²⁴ C. Clark, R. Crombie, J. Head, I. van Kamp, E. Van Kempen, S. A. Stansfeld, Does Traffic-related Air Pollution Associations of Aircraft and Road Traffic Noise Exposure on Children’s Health and Cognition? A Secondary Analysis of the United Kingdom Sample From the Ranch Project, *American Journal of Epidemiology*, vol. 176, iss. 5, augustus 2012, p.328.

¹²⁵ P. Mohae, B.-S. Kweon, S. Lee en K. Ard, Air Pollution Around Schools Is Linked To Poorer Student Health and Academic Performance, *Health Affairs*, vol. 20, mei 2011, pp 852-862.

“The physical activity of children at school may be increased due to physical education classes, sports or play activities, and their breathing rates and dose of inhaled pollutants to the lungs may increase during school hours (McConnell et al. 2010).”¹²⁶

Bovendien worden kinderen die opgesloten worden op een steenworp van de drukste luchthaven van het land niet enkel dag en nacht blootgesteld aan een zeer hoge graad van luchtvervuiling, maar ondervinden zij ook zware geluidsoverlast.

Deze geluidsoverlast is ook bijzonder schadelijk volgens wetenschappelijke literatuur:

*“Aircraft noise may increase the risk of hypertension and therefore might be a risk factor for **cardiovascular disease** (Rosenlund et al., 2001).*

*Mental and physical effects on residents near Futenma and Kadena military airfields exposed to a range of Ldn levels of 55 to above 70 are surveyed by a self-reported questionnaire (7095 valid answers). Significant dose-response relationships are found for **nervousness, depressiveness and vague complaints as well as in terms of respiratory, digestive and mental instability**. With increasing noise levels these responses elevate (Miyakita et al., 2002). A recent Italian study tries to assess the impact on psychiatric disorders, comparing personnel interview data of 71 participants (aged 18-75) in the immediate vicinity of Elma’s airport and of 284 subjects of a matched non-exposed control group. Noise is measured in distance to the airport terms and therefore statements about intensity of the exposure or noise-sensitivity are not feasible. However, higher lifetime prevalence rates for “generalized anxiety disorder” and “anxiety disorder not otherwise specified” are reported for the exposed residents, **indicating a higher risk for anxiety syndromes** (Hardoy et al., 2005).”¹²⁷*

Meer specifiek zijn het ook voornamelijk kinderen die lijden onder de blootstelling aan geluid:

“In terms of stress and health outcomes it would appear that children chronically exposed to high levels of aircraft noise consistently experience raised annoyance levels and raised blood pressure levels. There is some evidence from neuroendocrine indicators of raised stress response levels. There is also strong evidence from these studies that motivation may be impaired and that noise exposed children may experience a sense of helplessness. In terms of cognitive and performance outcomes, there is strong evidence from the results of these studies that chronic noise exposure affects reading and attention. This is consistent with the findings from other studies e.g. Bronzaft and McCarthy, 1975, Boradben, 1971. These three studies also provide some evidence for effects on long-term episodic and also working memory”¹²⁸.

“Like air pollution, noise is a ubiquitous environmental pollutant, mostly generated by traffic in urban areas (Moudon 2009). Noise has been associated with adverse impacts on quality of life and health, including mental health (Basner et al. 2014). It has been

¹²⁶ J. Forns, P. Dadvand, M. Foraster, et. al.n Traffic-related air pollution, noise at school and behavioral problems in Barcelona schoolchildren: a cross-sectional study, Environmental health perspectives 2016, vol. 4, p. 529-35.

¹²⁷ M. Getzner en D. Zak, Health Impacts of Noise Pollution Around Airports: Economic Valuation and Transferability in J. Oosthuizen (ed.), Environmental health – emerging issues and practice, 2012, Intechopen, p. 247-272.

¹²⁸ M.P. Matheson, S.A. Stansfeld en M.M. Haines, The effects of Chronic Aircraft Noise Exposure on Children’s Cognition and Health: 3 field studies, Noise & Health 2003, vol. 5, 39 p.31-40.

suggested that children are vulnerable to noise due to their reduced ability to manage environmental stressors (Ben-Shlomo and Kuh 2002.”¹²⁹

*“To date, over 20 studies have shown a **negative association between environmental noise, such as aircraft or road traffic noise, and children's reading abilities and memories.** Road traffic and aircraft noise have also been shown to influence **cardiovascular health** in adults, and there is some evidence that environmental noise may also influence **children's blood pressure levels.** Studies have also **found associations between environmental noise exposure and children's psychological health.**”¹³⁰*

Zoals eerder aangetoond is kinderen opsluiten altijd schadelijk voor hun fysieke en mentale welzijn. Kinderen opsluiten in een omgeving die bijzonder vervuild is en waar zij worden blootgesteld aan bijzonder zware geluidsoverlast maakt hen nog kwetsbaarder voor fysieke en psychologische problemen, zoals talrijke studies aantonen.

In de Belgische context zouden de kinderen met hun gezinnen worden opgesloten voor een periode van 14 dagen, eenmaal verlengbaar met nog maximaal 14 dagen mits een specifieke rapport van de DVZ aan de Minister waar “de toestand van de minderjarige kinderen en de impact van de vasthouding op hun fysieke en psychische integriteit moeten betrouwen worden”.

Het is belangrijk de aandacht erop te vestigen dat dit voor een kind een bijzonder lange periode is om in detentie te verblijven, in omstandigheden die *an sich* traumatiserend werken, in een locatie die ernstige gevolgen teweeg kan brengen voor hun fysieke en mentale gezondheid.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde reeds dat een opsluiting van 7, 15 en 18 dagen voldoende was om de drempel van artikel 3 EVRM te overschrijden. De duurtijd van de detentie moet gezien worden in samenhang met de leeftijd en de detentieomstandigheden van het kind. Toch is het niet zo dat bij jongere kinderen automatisch de drempel van artikel 3 EVRM sneller overschreden wordt: oudere kinderen zijn zich immers bewuster van hun opsluiting en daardoor ook bijzonder gevoelig aan de nefaste psychologische effecten ervan (zie EHRM, Popov t. Frankrijk).

De maximale opsluiting van 28 dagen overschrijdt ruim alle drempels die eerder al werden bepaald door het EHRM om tot een schending van artikel 3 EVRM te oordelen. Zelfs de “korte” opsluiting van 14 dagen kan in bepaalde gevallen voldoende zijn opdat een schending van artikel 3 EVRM dient te worden vastgesteld.

ii. Opleiding van het aanwezige personeel

¹²⁹ J. Forns, P. Dadvand, M. Foraster, et. al. Traffic-related air pollution, noise at school and behavioural problems in Barcelona schoolchildren: a cross-sectional study, *Environmental health perspectives* 2016, vol. 4, pp 529-35.

¹³⁰ C. Clark, R. Crombie, J. Head, I. van Kamp, E. Van Kempen, S. A. Stansfeld, Does Traffic-related Air Pollution Associations of Aircraft and Road Traffic Noise Exposure on Children's Health and Cognition? A Secondary Analysis of the United Kingdom Sample From the Ranch Project, *American Journal of Epidemiology*, vol. 176, iss. 5, augustus 2012, p.328.

Hoewel gespecialiseerde coaches voorzien worden in het nieuwe detentiecentrum, is niet duidelijk of het bewakingspersoneel een adequate opleiding heeft genoten om om te gaan met de noden van de kinderen. Nochtans stelt de FRA hierover:

*“Staff working in reception facilities must have adequate training, according to Article 18 (7) of the Reception Conditions Directive. Under Article 24 (4), EU Member States have a duty to provide specific training to those working with unaccompanied children. Article 17 (4) of the Return Directive requires that, as far as possible, personnel take into account unaccompanied children’s needs; this requirement presupposes that personnel are aware of the rights, needs, and risks of unaccompanied children.”*¹³¹

iii. **Risico op traumatische arrestatie: overbrenging naar de gesloten gezinswoningen**

Een ander bijzonder zorgelijk punt is dat niet werd voorzien in een specifieke procedure om de ouders en hun kinderen over te brengen naar het gesloten centrum. Omdat de arrestatie en het moment dat de kinderen worden weggerukt uit hun vertrouwde levensomgeving bijzonder traumatiserend kunnen zijn, moet ook deze procedure aangepast zijn aan de noden van de kinderen.

Zo stelt de FRA:

*“Short-term holding facilities are often not equipped for holding children and are usually not subject to the same level of independent monitoring as immigration detention facilities. The quality of services and treatment is particularly difficult to uphold when arrivals increase and authorities sometimes have to use facilities not intended for detention.”*¹³²

Geen enkele garantie werd gegeven op dit punt.

6. Conclusie

Kinderen opsluiten brengt altijd ernstige schade toe. Hun opsluiting louter op basis van de migratiestatus van hun ouders is in strijd met het Verdrag inzake de Rechten van het Kind. Ook de regionale verdragen zoals het EVRM en de richtlijnen van de Europese Unie stellen bijzonder strikte voorwaarden voor immigratiedetentie van kinderen. Zo moet de compatibiliteit met artikel 5 EVRM worden nagegaan en moet hun opsluiting voorzien zijn door de wet en een wettig doel dienen. Het EHRM stelt bovendien duidelijk dat het hoger belang van het kind vereist dat alle alternatieven voor detentie worden toegepast. Daarnaast komen ook artikel 3 EVRM en artikel 8 EVRM in het gedrang: het familie- en privéleven moet worden gerespecteerd en er moet bijzonder strikt worden toegezien op de detentieomstandigheden, die aangepast moeten zijn aan de noden van het kind.

De lange duurtijd van de detentie, de onaangepaste omstandigheden door o.a. de ligging van het gesloten centrum naast de drukste luchthaven van België, de vele onzekerheden die

¹³¹ FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 78 beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

¹³² FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 77 beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

bestaan met betrekking tot de overbrenging naar het gesloten centrum en de opleiding van het personeel, doen NANSEN besluiten dat kinderen opsluiten in de gezinswoningen van het repatriëringscentrum 127bis niet voldoet aan de internationale, regionale en Belgische wettelijke standaarden.

Juli 2018