

# Dossier: Minderjarigen in illegaal verblijf

## INTRODUCTIE

*In het vorige nummer van TJK hebben we voor het eerst meerdere artikelen, rechtspraak én een reflectie gebundeld om zo een samenhangend geheel te kunnen brengen over het thema draagmoederschap. Gezien de vele positieve reacties die we hierop kregen, hebben we besloten om nogmaals een dossier op te nemen, dit keer over de kwestie van minderjarigen in illegaal verblijf. Eerst beschrijft Steven Bouckaert de stand van zaken in de rechtspraak. Vervolgens werden ook enkele belangrijke arresten van het Arbitragehof opgenomen. Tot slot wordt de leefsituatie geschetst van kinderen in gesloten centra. We brengen de resultaten van een onderzoek dat het Centrum voor gelijke kansen en voor racismebestrijding heeft gevoerd naar de situatie van gezinnen met kinderen die in gesloten centra worden vastgehouden in de zomer van 2005.*

## Het recht op maatschappelijke dienstverlening van minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf

### *Een stand van zaken van de rechtspraak*

**Steven Bouckaert**

*Wetenschappelijk medewerker K.U.Leuven*

*“La Convention relative aux droits de l’enfant ou la Convention européenne, comme l’ensemble des droits de l’homme, ont été élaborés en principe pour les faibles. Par exemple pour les étrangers. Par exemple pour les pauvres. Par exemple pour les enfants. Mais si vous êtes étranger, pauvre et mineur, alors on se demande si le droit et les droits de l’homme sont faits pour vous.”<sup>1</sup>*

In 2004 en 2005 sprak het Arbitragehof zich, in de arresten nr. 189/2004<sup>2</sup>, nr. 131/2005<sup>3</sup>, en nr. 194/2005<sup>4</sup>, tot driemaal toe uit over de vraag of artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, in zijn toepassing op minderjarigen, de toets met de artikelen 10 en 11 van de

Grondwet doorstaat, in samenhang gelezen met een aantal bepalingen van het VN-Verdrag van 20 november 1989 inzake de Rechten van het Kind (hierna verkort geciteerd als IVRK)<sup>5</sup>. Deze uitspraken bouwen voort op het eerste arrest van het Hof over deze kwestie, met name het arrest nr. 106/2003<sup>6</sup>.

De snel opeenvolgende interventies van het Arbitragehof illustreren dat het thema van de sociale basisbescherming van minderjarigen in illegaal verblijf het voorwerp uitmaakt van, zo omschreef F. Crauwels het recent nog, een *ogenschijnlijk oneindig verhaal*<sup>7</sup>, dat – in de woorden van de arbeidsrechtbank van Dinant – “baigne dans l’incertitude et l’insécurité juridique”<sup>8</sup>.

1. J. FIERENS, “Conclusions. Les enfants, l’aide sociale et le jeu ‘Gargarine’”, in X, *Les enfants et l’aide sociale. Actes de la journée du jeudi 18 septembre 2003*, Brussel, F.U.S.L., 2004, 253.
2. Arbitragehof 24 november 2004, nr. 189/2004, A.A. 2004, afl. 5, 2179, B.S. 11 januari 2005 en *J.T.T.* 2005, afl. 914, 162.
3. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, A.A. 2005, afl. 3, 1719, B.S. 8 augustus 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 247, 63 en *Rev. dr. étr.* 2005, afl. 134, 375-380.
4. Arbitragehof 21 december 2005, nr. 194/2005, B.S. 10 februari 2006.
5. België legde zijn bekrachtigingsoorkonde neer op 16 december 1991. Voorafgaand daaraan hadden de (toenmalige) raden van de verschillende deelstaten, alsook de Kamer en de Senaat hun goedkeuring gegeven aan de verdragstekst (Decr. Vl. R. 15 mei 1991, B.S. 13 juli 1991; Decr. Fr. Gem. R. 25 juni 1991, B.S. 9 augustus 1991; Decr. D. Gem. R. 3 juli 1991, B.S. 5 september 1991). Het IVRK trad in ons land in werking op 15 januari 1992 (B.S. 17 januari 1992).
6. Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, A.A. 2003, afl. 3, 1417, B.S. 4 november 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 227, 38, noot B. VAN KEIRSBILCK en H. OUHMIDA, *J.T.T.* 2003, afl. 873, 501, *Journ. proc.* 2003, afl. 468, 25-31, noot O. SLUSNY, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, afl. 1, 214, *Soc. Kron.* 2004, afl. 5, 293, *T.B.P.* 2004, afl. 9, 580, *R.W.* 2003-04, afl. 17, 652-656, noot V. STAELENS, *OCMW-visies* 2003, afl. 4, 68, *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 124, 395, noot, *T. Vreemd.* 2003, afl. 3, 211-216, *TJK* 2003, afl. 4, 238, noot B. VAN KEIRSBILCK en H. OUHMIDA, *NjW* 2004, afl. 59, 160-162 en *TvMR* 2003, afl. 3, 15, noot E. BREMS.
7. F. CRAUWELS, “Het oneindig verhaal van de OCMW-steen voor minderjarige vreemdelingen”, *Lokaal* 2005 (16-31 oktober 2005), 16-17.
8. *Arbrb.* Dinant 21 december 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 241, 40.

De oorzaak van deze problematiek is inmiddels genoegzaam bekend en situeert zich bij artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet dat, via wetswijzigingen in 1984<sup>9</sup>, 1992<sup>10</sup> en 1996<sup>11</sup>, het recht op maatschappelijke dienstverlening ten overstaan van vreemdelingen in illegaal verblijf (daaronder begrepen ook uitgeprocedeerde kandidaat-vluchtelingen) inperkt tot (in beginsel) een recht op dringende medische hulp. Het K.B. van 12 december 1996 dat de notie “dringende medische hulp” nader omschrijft, bepaalt ter zake dat financiële steunverlening, huisvesting of andere maatschappelijke dienstverlening in natura niet onder dit begrip gecatalogeerd kunnen worden<sup>12</sup>. Aangezien de wetgever bij deze verschillende wetswijzigingen telkens nagelaten had om in artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet een onderscheid te maken tussen minderjarige en meerderjarige vreemdelingen, konden buitenlandse kinderen die delen in het illegaal verblijfsstatuut van hun ouder(s) of voogd, in principe eveneens enkel bogen op dringende medische hulp. Het ontbreken van enige vorm van meer verzekerde financiële of materiële ondersteuning (huisvesting, voeding, kleding...) belast, zo bleek overigens uit onderzoek ter zake, in niet geringe mate de fysische en psychologische ontwikkeling van deze jongeren<sup>13</sup>. Dit laatste verklaart op zijn beurt, minstens ten dele, waarom in de rechtspraak omtrent de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, in toenemende mate de vraag aan bod is gekomen of men uit het kinderrechteninstrumentarium, in het bijzonder uit het IVRK, geen argumenten kan putten ter verstevi-

ging van de (sociale) rechtspositie van kinderen van hier onregelmatig verblijvende ouders.

Anders dan het al bij al recente tijdstip van de verschillende arresten van het Arbitragehof misschien laat vermoeden, is het vraagstuk van de verenigbaarheid van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet met (een aantal bepalingen van) het IVRK, evenals met enkele andere mensenrechteninstrumenten, geen onderwerp dat slechts de twee à drie laatste jaren aan de orde is gesteld in de Belgische rechtspraak. De grondrechtenjurisprudentie hierover heeft integendeel een ganse ontwikkeling ondergaan, waarvan we de krachtlijnen eerst (beknopt) zullen toelichten (*cf. infra* I)<sup>14</sup>, om vervolgens nader in te gaan op de drie geannoteerde arresten van het Arbitragehof (*cf. infra* II t.e.m. IV).

## I. DE RECHTSPRAAK VAN ARBEIDSGERECHTEN VÓÓR DE ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF

Vooraleer het Arbitragehof zich uitsprak over de vraag of artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, in de mate waarin het wordt toegepast op (behoefte) minderjarigen die het illegaal verblijfsstatuut van hun ouders delen, strookt met het grondrechteninstrumentarium, werd deze vraag reeds veelvuldig voorgelegd aan de arbeidsrechtbanken en -hoven<sup>15</sup>. Sedert het zogenaamde Smeerkaas-arrest van het Hof van Cassatie kan een Belgische rechter immers een wetgevende norm – in casu artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet – die in strijd is met een direct werkende verdragsbepaling buiten toepas-

9. Wet 28 juni 1984 betreffende sommige aspecten van de toestand van vreemdelingen en houdende de invoering van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit, *B.S.* 12 juli 1984.
10. Organieke Wet 30 december 1992 houdende sociale en diverse bepalingen, *B.S.* 9 januari 1993.
11. Wet 15 juli 1996 tot wijziging van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de Organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *B.S.* 5 oktober 1996.
12. K.B. 12 december 1996 inzake de dringende medische hulp die door het OCMW wordt verstrekt aan vreemdelingen die onwettig in het Rijk verblijven, *B.S.* 31 december 1996 (voor een bespreking, zie F. MOTULSKY, “L’aide médicale urgente”, *J.T.* 1999, afl. 5944, 725-732).
13. Zie o.m. MEDISCH STEUNPUNT MENSEN ZONDER PAPIEREN, *Wacht maar tot vannacht. Chronisch zieke minderjarigen zonder wettig verblijf in de Belgische gezondheidszorg*, Gent, Alfabet, 2000, 62 p.
14. Voor een grondige analyse, zie S. BOUCKAERT, “Maatschappelijke dienstverlening voor minderjarigen in illegaal verblijf: een never ending story over de impact van mensenrechtenbescherming”, *T. Vreemd.* 2005, afl. 4, 286-331.
15. Op het niveau van de arbeidshoven, zie o.m. Arbh. Luik 19 oktober 1993, *J. dr. jeun.* 1993, afl. 130, 32, *J.T.T.* 1994, 269 en *KIDS* III 3.10, 27; Arbh. Brussel 18 januari 1995, *Rev. dr. étr.* 1996, 211, noot B. CHAPEAUX en M. NYS, *T. Vreemd.* 1996, afl. 2, 185-186, *KIDS* III, 3.7., 3 en *J. dr. jeun.* 1997, 174, noot B. VAN KEIRSBILCK; Arbh. Luik 5 november 1996, *KIDS* III, 3.11, 3; Arbh. Luik 26 maart 1997, *Soc. Kron.* 1998, afl. 11, 544-548, noot J. JACOMAIN; Arbh. Luik 21 augustus 1997, *Soc. Kron.* 1998, 191; Arbh. Antwerpen 21 oktober 1998, *J. dr. jeun.* 1999, afl. 187, 54-55, noot B. VAN KEIRSBILCK, *J.T.T.* 1999, 191, noot en *T. Vreemd.* 1998, afl. 3, 206-208; Arbh. Bergen 23 maart 1999, *R.R.D.* 1999, 438, *J.T.T.* 2000, 251, *J. dr. jeun.* 2000, afl. 192, 36-39 en *Rev. dr. étr.* 2000, afl. 108, 156 (verkort); Arbh. Antwerpen 26 april 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 347-350; Arbh. Luik 4 mei 1999, *J.L.M.B.* 1999, afl. 27, 1168-1176, *J.T.* 1999, 601 en *J. dr. jeun.* 1999, afl. 190, 50; Arbh. Antwerpen 7 mei 1999, *TJK* 2001, 21-34, noot S. BOUCKAERT en M.-Cl. FOLETS; Arbh. Brussel 23 mei 2002, *J.T.T.* 2003, afl. 853, 143-144, noot; Arbh. Antwerpen 19 juni 2002, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 70-71.  
Op het niveau van de arbeidsrechtbanken, zie o.m. Arbrb. Nijvel 24 november 1993, *J. dr. jeun.* 1994, afl. 131, 36-37; Arbrb. Brussel 6 juni 1994, *Rev. dr. étr.* 1995, 626; Arbrb. Brussel 22 juni 1994, *J. dr. jeun.* 1996, afl. 155, 230-234; Arbrb. Brussel 21 februari 1996, *J. dr. jeun.* 1996, 293-296; Arbrb. Brussel 14 maart 1996 (kort geding), *J. dr. jeun.* 1996, 297-298, noot J. FIERENS en *KIDS* III, 3.8.1-F, 20; Arbrb. Brussel 17 december 1996, *J. dr. jeun.* 1997, afl. 164, 176, noot B. VAN KEIRSBILCK en *KIDS* III, 3.6.3. en *T. Vreemd.* 1998, afl. 1 & 2, 86 (samenv.); Arbrb. Gent 28 april 1997 (kort geding), *T. Vreemd.* 1997, afl. 1, 67-68, noot en *T.G.R.* 1997, 116-117; Arbrb. Nijvel 17 maart 1998, *J. dr. jeun.* 1998, afl. 175, noot K. GROSJEAN; Arbrb. Brussel 10 maart 1999, *J. dr. jeun.* 1999, afl. 185, 40-41; Arbrb. Antwerpen 7 juni 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 364-366, noot; Arbrb. Luik 1 december 1999, *J. dr. jeun.* 2000, afl. 192, 39-41, noot B. VAN KEIRSBILCK; Arbrb. Brussel 12 maart 2000, *J.T.T.* 2000, 253-254, noot; Arbrb. Antwerpen 3 mei 2000, *T. Vreemd.* 2001, afl. 3, 251-257, noot S. BOUCKAERT; Arbrb. Namen 2 november 2000, *J. dr. jeun.* 2001, afl. 203, 49-50; Arbrb. Bergen 6 december 2000, *J. dr. jeun.* 2001, afl. 205, 38-40; Arbrb. Brussel 27 september 2001, *TJK* 2002, afl. 3, 124-128 en *T. Vreemd.* 2002, afl. 4, 403 (samenv.); Arbrb. Brussel 31 oktober 2001, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 228, 33; Arbrb. Brugge 24 december 2001, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 223, 40-43, *J.T.T.* 2002, afl. 831, 291-292, noot, *R.W.* 2002-03, afl. 21, 833 en *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 60-66, noot S. BOUCKAERT; Arbrb. Brussel 5 februari 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 221, 38-39, noot B.K.; Arbrb. Nijvel 24 april 2002, *J. dr. jeun.* 2002, afl. 220, 42-43; Arbrb. Brussel 23 mei 2002, *J.T.T.* 2003, afl. 853, 143-144; Arbrb. Brussel 2 oktober 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 225, 52-61, noot B. VAN KEIRSBILCK; Arbrb. Antwerpen 6 januari 2003, *T. Vreemd.* 2003, afl. 4, 366-371; Arbrb. Gent 24 juli 2003, *OCMW-visies* 2003, afl. 4, 61-63; Arbrb. Brussel 30 juli 2003, A.R. nr. 54.423/03, *onuitg.*

sing verklaren bij de beslechting van een concreet geschil<sup>16</sup>. De grondrechtenjurisprudentie die zich ter zake ontwikkelde tussen 1993 en 2003, spitste zich inhoudelijk toe op de twee volgende grondrechtenvragen: enerzijds, de vraag naar de verenigbaarheid van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet met (een aantal bepalingen van) het IVRK (*cf. infra* § 1) en, anderzijds, de vraag of de toepassing van dat artikel op minderjarigen geen (verboden) discriminatie uitmaakt (*cf. infra* § 2). De Belgische arbeidsgerechten slaagden er evenwel niet in om met betrekking tot beide mensenrechtenvragen een eensluidend standpunt te ontwikkelen.

### § 1. DE VERENIGBAARHEID VAN ARTIKEL 57 § 2 VAN DE OCMW-WET MET EEN AANTAL IVRK-BEPALINGEN<sup>17</sup>

Bij hun onderzoek of de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op minderjarige vreemdelingen al dan niet strookt met het IVRK, betrekken de meeste arbeidsgerechten doorgaans de volgende bepalingen van het verdrag: artikel 2 (het niet-discriminatiebeginsel), artikel 3 (het belang van het kind als eerste overwe-

ging), artikel 6 (het recht op leven, op overleven en op ontwikkeling), artikel 24 (het recht op de grootste mate van gezondheid), artikel 26 (het recht op sociale zekerheid) en artikel 27 (het recht op een toereikende levensstandaard)<sup>18</sup>.

In de meerderheid van de (gepubliceerde) vonnissen en arresten werd er besloten tot een schending van één of meerdere van deze verdragsbepalingen<sup>19</sup>. Volgens de rechtscolleges die in deze oordeelden, kunnen minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf niet alleen bogen op de rechtsbescherming van het IVRK<sup>20</sup>, maar komt aan de genoemde verdragsartikelen ook directe werking toe, minstens, zo poneren enkele arbeidsrechtbanken in dit verband, aan de zogenaamde *harde kern* van deze verdragsbepalingen<sup>21</sup>. Wel varieerde in deze strekking van de rechtspraak de omvang van de toegekende steunverlening. Al naar gelang het geval werd er een bedrag gelijk aan het leefloon/bestaansminimum en/of een bedrag gelijk aan de wettelijk gewaarborgde kinderbijslag voor werknemers en/of de noodzakelijke (in plaats van louter dringende) medische hulp toegekend<sup>22</sup>. Sporadisch is een rechtscollege zelfs van oordeel dat ook de illegaal verblijvende ouder(s), op grond

16. Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959 en *J.T.* 1971, 460, concl. W.J. Ganshof van der Meersch.
17. Zie o.m. T. WERQUIN, "La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal", *J.T.T.* 2000, afl. 769, 248 e.v.; H. PAS, "Minderjarige vreemdelingen en het 'recht' op een 'levensminimum' of 'bestaanszekerheid'", in D. CUYPERS, M.-Cl. FOBLETS en B. HUBEAU (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen* (Deel 5), Brugge, die Keure, 2000, 1-13.
18. D. TORFS, "Het Verdrag inzake de rechten van het kind en het recht op dienstverlening voor kinderen zonder wettig verblijf", *T. Vreemd.* 2001, afl. 2, 102-106.
19. Zie o.m. Arbh. Luik 4 mei 1999, *J. dr. jeun.* 1999, afl. 190, 50-54; Arbh. Antwerpen 26 april 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 347-350; Arbh. Bergen 23 maart 1999, *J. dr. jeun.* 2000, afl. 192, 36-39; Arbh. Antwerpen 21 oktober 1998, *T. Vreemd.* 1998, afl. 3, 206-208 en *J. dr. jeun.* 1999, afl. 187, 54; Arbh. Brussel 18 januari 1995, *J. dr. jeun.* 1997, afl. 164, 174; Arbrb. Antwerpen 6 januari 2003, *T. Vreemd.* 2003, afl. 4, 366-371; Arbrb. Brugge 24 december 2001, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 60, noot S. BOUCKAERT; Arbrb. Brussel 27 september 2001, *TJK* 2002, afl. 3, 124-128; Arbrb. Brussel 2 maart 2000, *J.T.T.* 2000, 253; Arbrb. Antwerpen 7 juni 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 364-366; Arbrb. Brussel 10 maart 1999, *J. dr. jeun.* 1999, afl. 185, 40-41, noot; Arbrb. Brussel 17 december 1996, *J. dr. jeun.* 1997, afl. 164, 176-178, noot B. VAN KEIRSBILCK; Arbrb. Oudenaarde 24 juli 1997 (kort geding), *T. Vreemd.* 1997, afl. 3, 303; Arbrb. Gent 28 april 1997 (kort geding), *T.G.R.* 1997, 116-117.
20. Zie o.m. Arbh. Luik 4 mei 1999, *J.L.M.B.* 1999, afl. 27, 1168-1176; Arbrb. Antwerpen 7 juni 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 264-366; Arbrb. Brussel 27 september 2001, *TJK* 2002, afl. 3, 126 en *T. Vreemd.* 2002, afl. 4, 403 ("Les enfants des requérants ont comme lien avec l'Etat belge celui de se trouver sur son territoire. Ils sont dès lors dans son champ de juridiction. L'illégalité de leur séjour sur le territoire belge ne change rien à ce constat."); Arbrb. Brugge 24 december 2001, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 223, 40, *J.T.T.* 2002, afl. 291-292, noot, *R.W.* 2002-03, afl. 21, 883 en *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 60-66, noot S. BOUCKAERT ("Dit Verdrag is personeel toepasselijk op kinderen van eiseres door het enkele feit van hun aanwezigheid op het grondgebied, net zoals dat geldt voor het EVRM"); Arbrb. Brussel 5 februari 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 221, 38-40 ("La Convention s'applique en Belgique aux enfants qui relèvent de la juridiction de l'Etat belge [...], soit tous les enfants sur qui l'Etat a un quelconque pouvoir. Le fait que les enfants séjournent illégalement en Belgique ne les distrait pas au pouvoir et donc pas à la juridiction de cet Etat. En particulier, la déclaration interprétative relative à l'article 2 de la Convention, par laquelle la Belgique s'est réservée le droit de traiter différemment les enfants selon qu'ils sont ou non en séjour illégal, en se fondant sur des considérations objectives et raisonnables, conformes aux principes qui prévalent dans les sociétés démocratiques, permet à la Belgique de nuancer le principe de non discrimination dans la mise en œuvre des droits des enfants, mais n'entraîne aucune restriction dans le champ d'application de la Convention."); Arbrb. Brussel 2 oktober 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 225, 56-57.
21. Arbrb. Antwerpen 6 januari 2003, *T. Vreemd.* 2003, afl. 4, 366-371 ("Minstens dient aanvaard te worden dat er bepaalde minimumwaarborgen zijn waaraan de staten die het verdrag geratificeerd hebben, zich niet kunnen onttrekken. De Staten erkennen in de artikelen 3, 26 en 27 uitdrukkelijk voor ieder kind het recht op sociale zekerheid en een toereikende levensstandaard. *De in het Kinderrechtenverdrag vermelde grondrechten bezitten minstens een harde kern waaraan rechtstreekse werking moet worden toegekend.* De rechter moet dan ook, in plaats van enkel vast te stellen of een bepaling directe werking heeft of niet, nagaan wat de harde kern is van de ingeroepen verdragsbepaling. [...] Als de overheid de haar opgenomen verplichtingen ernstig neemt, kan zij kinderen die reeds anderhalf jaar illegaal in het land verblijven, niet enkel dringende medische steun verlenen. Niet voor niets wordt er in de preambule van dit verdrag aan herinnerd dat een kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel voor als na zijn geboorte, dat er in alle landen kinderen zijn die in uitzonderlijk moeilijke omstandigheden leven en dat deze kinderen bijzondere aandacht behoeven. [...] *Het zorgen dat deze kinderen onderdak hebben, voldoende kunnen eten en naar school kunnen gaan, is ongetwijfeld een minimumverplichting.*") In dezelfde zin: Arbrb. Brugge 24 december 2001, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 60, noot S. BOUCKAERT ("De termen in de artikelen 24 tot en met 27 vertolken geen verre doelstellingen of vage intenties, maar wel een effectieve verbintenis waarop men kan worden aangesproken. *Minstens geldt dit voor de zogenaamde 'harde kern' van deze bepalingen, nl. de minimale waarborgen waaraan de Staten zich niet kunnen onttrekken, de grenzen van hun beleidsvrijheid. [...] Vanzelfsprekend is de dringende medische hulp ontoereikend om te voldoen aan deze harde kern.*")
22. Zie o.m. Arbh. Bergen 23 maart 1999, *J. dr. jeun.* 2000, afl. 192, 37 (een bedrag gelijk aan gewaarborgde kinderbijslag); Arbh. Antwerpen 21 oktober 1998, *T. Vreemd.* 1998, afl. 3, 207 ("alleszins" een financiële hulp gelijk aan de kinderbijslag én de noodzakelijke medische verzorging); Arbrb. Antwerpen 9 juni 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 364-366 (een bedrag gelijk aan het bestaansminimum én een bedrag gelijk aan de gewaarborgde kinderbijslag); Arbrb. Brussel 17 december 1996, *J. dr. jeun.* 1997, afl. 164, 178 (een bedrag ter hoogte van het bestaansminimum én de medische en farmaceutische kosten die noodzakelijk zijn).

van de aanwezigheid van hun kind(eren), gerechtigd is (zijn) op ruimere OCMW-steun, en niet enkel op dringende medische hulp. Zo bijvoorbeeld leidde de arbeidsrechtbank van Brugge, in het vonnis van 24 december 2001, na te hebben besloten dat artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, in zijn toepassing op minderjarigen het IVRK schendt, een tweede beslissing af, namelijk dat dat artikel, weliswaar mede op basis van een andere grondrechtenbepaling (art. 8 van het EVRM), ook ten opzichte van de moeder van de kinderen buiten toepassing moet worden gelaten<sup>23</sup>. “Aangezien het niet denkbaar is dat deze (steunverlening aan de kinderen – eigen toevoeging) zou kunnen verzekerd worden zonder de aanwezigheid van hun moeder, eiseres, wiens menswaardige aanwezigheid noodzakelijkerwijze ook gewaarborgd moet worden in functie van de kinderen”, zo besloot de Brugse arbeidsrechtbank, “vertaalt de verdragsrechtelijke en wettelijke verplichting van verweerder (het OCMW) zich in het equivalent van het bestaansminimum voor een persoon met kinderen ten laste.”

Tegen het standpunt van deze (meerderheids)strekking in betoogde een andere groep rechtscolleges dat de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op minderjarigen geen schending van het IVRK inhoudt<sup>24</sup>. Ter staving van dit standpunt werden doorgaans de volgende argumenten aangehaald. Een eerste overweging is dat minderjarigen met een illegaal verblijfsstatuut niet onder het personele toepassingsgebied van het IVRK vallen, omdat dit verdrag, krachtens de verdragsartikelen 1 en 2 eerste lid, enkel toepasselijk is op kinderen die onder de *rechtsbevoegdheid* van de Verdragssluitende Staten ressorteren, hetgeen niet het geval zou zijn voor kinderen, die, al dan niet vergezeld door hun ouders, een uitvoerbaar bevel om het grondgebied te verlaten hebben gekregen<sup>25</sup>. Ten tweede werd door de meeste van deze rechtscolleges betoogd dat aan (de ingeroepen bepalingen van) het IVRK geen directe werking toekomt (toekomen). “Het Kinderrechtenverdrag”, zo overwoog het arbeidshof van Antwerpen in dit verband in het arrest van 7 mei 1999, “richt zich slechts tot de Verdragssluitende Staten, zodat de meeste bepalingen van het Verdrag slechts verplichtingen inhouden in hoofde van deze laatsten zonder rechtstreeks subjectieve rechten aan particulieren te verle-

nen waarvoor geen interne uitvoeringsmaatregel zou zijn vereist.”<sup>26</sup>

## § 2. DE VERENIGBAARHEID VAN ARTIKEL 57 § 2 VAN DE OCMW-WET MET HET GELIJKHEIDS- EN NIET-DISCRIMINATIEBEGINSEL

Sommige rechtscolleges hebben de grondrechtenconformiteit van de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op minderjarigen, zoals gezegd, tevens onderzocht in het licht van de beginselen van gelijkheid en discriminatie, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met het discriminatieverbod vervat in artikel 2 van het IVRK. Nu kan men het discriminatievraagstuk in deze kwestie vanuit een dubbel oogpunt onderzoeken. Een eerste invalshoek betreft de vraag of artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet een – al dan niet geoorloofd – verschil in behandeling instelt tussen minderjarigen mét en deze zonder legaal verblijfsstatuut. Een ander perspectief is de vraag of de gelijke behandeling van meerderjarige en minderjarige documentloze vreemdelingen de toets met het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel doorstaat. Tussen beide invalshoeken bestaat er weliswaar een verband, in die zin dat het verschil in behandeling tussen minderjarigen op basis van het al dan niet bezitten van een legale verblijfsstatus voortvloeit uit het verblijfsrechtelijk statuut van de meerderjarige ouders. Om die reden behandelen de meeste rechtscolleges beide discriminatievragen niet strikt gescheiden van elkaar. De meeste aandacht gaat evenwel uit naar de vraag of het ongedifferentieerd behandelen van documentloze vreemdelingen – zonder onderscheid op basis van meerder- of minderjarigheid van de betrokkene – wel stoelt op een redelijke en proportionele verantwoording.

De arbeidsgerichten die menen dat er sprake is van een verboden discriminatie beroepen zich, ter ondersteuning van dit standpunt, nogal eens op de rechtspraak die het Arbitragehof eerder, weliswaar niet specifiek toegespitst op de positie van de minderjarige vreemdeling, had ontwikkeld. In dit verband wordt vooral verwezen naar het arrest nr. 80/99 van 30 juni 1999, waarin het Hof de inkorting van OCMW-steun discrimi-

23. Arbrb. Brugge 24 december 2001, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 60, noot S. BOUCKAERT.

24. Zie o.m. Arbh. Antwerpen 19 juni 2002, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 70-71; Arbh. Luik 26 maart 1997, *Soc. Kron.* 1998, afl. 11, 544-548, noot J. JACOMAIN; Arbrb. Gent 24 juli 2003, *OCMW-visies* 2003, afl. 4, 61-67; Arbrb. Antwerpen 3 mei 2000, *T. Vreemd.* 2001, afl. 3, 251-252, noot S. BOUCKAERT; Arbrb. Brussel 12 maart 1997, *J. dr. jeun.* 1997, afl. 164, 177. Zie ook E. PIETERS, “Sociale dienstverlening aan vreemdelingen die illegaal in België verblijven: nieuwe vragen opgeworpen door het nieuwe artikel 57 § 2 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn”, *B.T.S.Z.* 1998, 179-182.

25. In die zin, o.m. Arbh. Luik 26 maart 1997, *Soc. Kron.* 1998, 547-548, noot J. JACOMAIN; Arbh. Luik 21 augustus 1997, *Soc. Kron.* 1998, 191; Arbh. Antwerpen 7 mei 1999, *TJK* 2001, afl. 1, 21-34, noot S. BOUCKAERT en M.-Cl. FOBLETS; Arbh. Antwerpen 19 juni 2002, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 70-71; Arbrb. Gent 24 juli 2003, *OCMW-visies* 2003, afl. 4, 61 (“Fundamenteel is dat het verdrag niets bepaalt in verband met de toch uiterst delicate en ingrijpende problematiek van kinderen zonder papieren. De kwestie raakt nochtans zowel de essentie van het nationaal migratiebeleid (open grenzen of niet) als van het bijstandsbeleid (behoorlijk uitgebouwde sociale bijstand of een verwaarloosbaar bijstandsniveau). Het verdrag is ten aanzien van deze categorie van kinderen bijgevolg veel te vaag om subjectieve aanspraken te kunnen verlenen. Een Kinderrechtenverdrag dat niets expliciteert – laat staan regelt – over kinderen zonder papieren, heeft voor die kinderen niets voorzien en niets willen voorzien.”).

26. Arbh. Antwerpen 7 mei 1999, *TJK* 2001, afl. 1, 24-37, noot S. BOUCKAERT en M.-Cl. FOBLETS.

minatoir bevond, in het geval dat het voor een vreemdeling “door feitelijke omstandigheden – in casu (ernstige) medische redenen – absoluut onmogelijk is om gevolg te geven aan een uitvoerbaar bevel om het grondgebied te verlaten”<sup>27</sup>. In het licht van dit laatste arrest ontwikkelden een aantal arbeidsrechtbanken<sup>28</sup>, daarin bijgetreden door sommige auteurs<sup>29</sup>, de stelling dat minderjarigen die hun ouders met illegaal verblijfsstatuut vergezellen, eveneens in de (absolute) onmogelijkheid verkeren om zelfstandig gevolg te geven aan het hun ouders afgeleverd bevel om het grondgebied te verlaten. Het gegeven dat deze kinderen, voor wat de uitvoering van dit bevel betreft, volledig aangewezen zijn op de bereidheid daartoe van hun ouder(s), verleent volgens deze arbeidsgerechten aan de onverkorte toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op minderjarigen een disproportioneel karakter.

Andere rechtscolleges waren daarentegen de mening toegedaan dat de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op minderjarigen geen verboden discriminatie, maar een toegelaten differentiatie uitmaakt. Het beperken van maatschappelijke dienstverlening tot dringende medische hulp, ook ten overstaan van minderjarigen, vormt volgens deze strekking in de rechtspraak een proportionele maatregel in het licht van de ermee nagestreefde legitieme doelstelling, namelijk de bestrijding van illegale immigratie<sup>30</sup>. Een aantal rechtscolleges verwijst in dit verband expliciet naar de interpretatieve verklaring die ons land bij de neerlegging van de bekrachtigingsoorkonde in verband met artikel 2 eerste lid van het IVRK heeft afgelegd<sup>31</sup>. Conform deze

verklaring wordt in artikel 2 eerste lid van het IVRK “niet-discriminatie op grond van nationale herkomst” uitgelegd als “niet noodzakelijk de verplichting inhoudend om aan vreemdelingen dezelfde rechten te waarborgen als aan de eigen onderdanen”. Dit begrip moet worden verstaan als ertoe strekkende iedere willekeurige gedraging uit te bannen, *doch niet verschillen stoelend op objectieve en redelijke overwegingen, overeenstemmend met de beginselen die in democratische samenlevingen gelden*. Nog andere arbeidsgerechten refereren ter zake aan artikel 3.2. van het IVRK, luidens het welk “de staten die partij zijn, zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn ouders”. Onder deze laatste zinsnede dient volgens deze rechtscolleges ook begrepen te worden “het verblijfsrecht en de plicht van de ouders om een bevel om het grondgebied te verlaten dat hun is gegeven, vrijwillig uit te voeren”<sup>32</sup>.

### § 3. TUSSENBSLUIT

Zowel in verband met de toetsing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet aan het IVRK als aan de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, bestaan er in de rechtspraak op het niveau van de arbeidsgerechten telkens twee (diametraal) tegengestelde strekkingen. Om uit de impasse te geraken legden sommige rechtscolleges over deze kwestie(s) een prejudiciële vraag voor aan het Arbitragehof. In het arrest nr. 106/2003 sprak het Hof

27. Arbitragehof 30 juni 1999, nr. 80/99, B.S. 24 november 1999, J.L.M.B. 1999, 1159, J.T.T. 2000, 75, noot O. DE LEVE, *Rev. dr. étr.* 1999, afl. 103, 226-231, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 316-319 en *T.B.P.* 2000, 392.
28. Zie o.m. Arbrb. Brussel 1 oktober 2003, *Journ. proc.* 2003, afl. 467, 29 (“Il est indéniable que les enfants, quelles que soient les motivations de leurs parents pour s’établir sur le territoire belge et s’y maintenir, ne sont en rien responsables de la situation. On peut même dire qu’ils la vivent comme un état permanent de force majeure, totalement irrésistible et indépendant de leur volonté. [...] Le raisonnement suivi dans l’arrêt de la Cour d’arbitrage du 30 juin 1999 peut être transposé au cas d’espèce, et plus précisément à la situation des enfants qui sont bien, vu leur statut de mineurs, dans l’impossibilité absolue de quitter par leur propre initiative le territoire belge.”); Arbrb. Luik 10 september 2004, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 238, 55-57; Arbrb. Brussel 8 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 42-45.
29. Zie K. RIMANQUE, “Wat vreemde kinderen zeker niet mag worden aangedaan”, in D. CUYPERS, M.-Cl. FOLETS en B. HUBEAU (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen* (Deel 6), Brugge, die Keure, 2001, 385. Volgens K. Rimanque “is het niet redelijk en objectief verantwoord minderjarige kinderen te confronteren met de gevolgen van een illegaal verblijf, waarvoor zij niet aansprakelijk zijn en waaraan ze ook niet zelfstandig een einde kunnen stellen”. Zie ook: B. VAN KEIRSBILCK, “A mi chemin d’une application directe”, [noot onder Arbrb. Brussel 2 oktober 2002], *J. dr. jeun.* 2003, afl. 225, 52-61. “Peut-on faire grief à des enfants de un ou deux ans d’être venus en Belgique illégalement (pour l’un), d’être né en Belgique de parents y séjournant illégalement, et de ne pas quitter le territoire sur le champs? Poser la question, c’est y répondre”. Zie tevens: T. SPIJKERBOER, “Kinderen zonder verblijfsrecht en kinderbescherming”, A.A. 2003 (Ndl.), afl. 11, 831-836.
30. Arbrb. Brussel 27 september 2001, *TJK* 2002, afl. 3, 127 (“La discrimination résultant de l’article 57 § 2 de la loi organique des CPAS doit être considérée comme objective dans la mesure où les requérants ont reçu, pour eux et leurs enfants, un ordre de quitter le territoire exécutoire et définitif contre lequel ils n’ont exercé aucun recours et où il n’est pas déraisonnable pour l’Etat belge qu’il ne se reconnaisse pas les mêmes devoirs face aux besoins de ceux d’une part, qui séjournent légalement sur son territoire”).
31. Zie o.m. Arbh. Bergen 23 maart 1999, *J. dr. jeun.* 2000, afl. 192, 37 (“Qu’on ne peut dès lors manifester déduire de cet article (artikel 2 van het IVRK) l’obligation pour l’Etat belge d’octroyer une aide sociale équivalente aux prestations familiales garanties, pour tout enfant.”).
32. In die zin: Arbh. Antwerpen 7 mei 1999, *TJK* 2001, 21-34, noot S. BOUCKAERT en M.-Cl. FOLETS; Arbh. Antwerpen 19 juni 2002, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 70-71. Tegen dit laatste argument voeren andere arbeidsrechtbanken dan weer aan dat het op een té eenzijdige lezing van het IVRK berust. Zo overweegt de arbeidsrechtbank te Antwerpen, in het vonnis van 6 januari 2003, dat het IVRK, en met name art. 27 van het verdrag “de primaire verantwoordelijkheid voor het onderhoud (van het kind) bij de ouders legt, maar uitdrukkelijk stelt dat de Staat passende maatregelen moet nemen om te zorgen dat de ouders deze verantwoordelijkheid op zich kunnen nemen. Vermits de ouders geen recht hebben op maatschappelijke dienstverlening en niet mogen werken kan van hen niet geëist worden dat zij in het levensonderhoud van hun kinderen voorzien door illegale arbeid of criminele activiteiten en moet de Staat deze verantwoordelijkheid op zich nemen” (Arbrb. Antwerpen 6 januari 2003, *T. Vreemd.* 2003, afl. 4, 366-371). Nog scherper formuleerde de Antwerpse arbeidsrechtbank het in het vonnis van 7 juni 1999: “De plicht tot onderhoud houdt slechts op vanaf het ogenblik dat het kind het grondgebied effectief verlaten heeft. Het is onredelijk en het druist tegen al de doelstellingen van het IVRK in om maatschappelijke dienstverlening te weigeren aan een kind dat geen verblijfsstatuut heeft. Wanneer de Staat oordeelt dat dit kind geen recht heeft om in het land te verblijven, moet deze consequent handelen en moeder en kind uit het land verwijderen” (Arbrb. Antwerpen 7 juni 1999, *T. Vreemd.* 1998, afl. 4, 364-366).

zich over een eerste reeks van deze vragen uit. Het hier geannoteerde arrest nr. 189/2004 vormt een integrale bevestiging van de inhoud van het arrest nr. 106/2003. Het Hof oordeelt in deze beide arresten dat minderjarigen in illegaal verblijf, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, gerechtigd zijn op een ruimere vorm van OCMW-steun en niet enkel op dringende medische hulp.

## II. DE ARRESTEN NRS. 106/2003 EN 189/2004 VAN HET ARBITRAGEHOF

Door te oordelen dat minderjarige illegalen, in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met een aantal bepalingen van het IVRK, recht hebben op een ruimere vorm van maatschappelijke dienstverlening, is het Arbitragehof, *op principieel vlak*, de stelling van de (meerderheids)strekking in de rechtspraak bijgetreden (*cf. infra* § 1). Het Arbitragehof stelt echter, zoals reeds gezegd, een aantal voorwaarden vast waaronder illegale minderjarigen recht hebben op ruimere OCMW-steun en treedt derhalve, *inzake de omvang van de toegekende dienstverlening*, slechts genuanceerd de (meerderheids)strekking in de rechtspraak bij (*cf. infra* § 2).

### § 1. DE PRINCIPIËLE BESLISSING VAN HET ARBITRAGEHOF

#### A. DE PERSONELE WERKINGSSFEER VAN HET IVRK STREKT ZICH TEVENS UIT TOT MINDERJARIGE ILLEGALE VREEMDELINGEN

Onder verwijzing naar de (minderheids)strekking onder de arbeidsgerechten wierp de ministerraad voor het Arbitragehof het argument op dat kinderen die illegaal op het grondgebied verblijven buiten de personele werkingssfeer van het IVRK vallen en derhalve niet kunnen bogen op de bescherming ervan. Het Hof spreekt zich niet expliciet uit over de geldigheid van dit argument. “De vraag of (illegaal verblijvende – eigen toevoeging) kinderen [...] onder de rechtsbevoegdheid van de Belgische Staat ressorteren, valt” – aldus het Hof – “samen met het onderzoek van de aangevoerde discriminatie en kan niet afzonderlijk worden beslecht.”<sup>33</sup> Maar aangezien de finale beslissing van het Hof luidt dat artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, *in samenhang gelezen met de artikelen 2, 3, 24.1, 26 en 27 van het Kinderrechtenverdrag*, in zoverre

het, *ten aanzien van minderjarigen wier ouders illegaal op het grondgebied verblijven*, ruimere maatschappelijke dienstverlening dan de dringende medische uitsluit, kan men hieraan moeilijk een andere conclusie koppelen dan dat ook het Arbitragehof de mening is toegedaan dat het personele toepassingsgebied van dit verdrag zich tevens uitstrekt tot deze categorie van minderjarigen.

Een ander besluit zou overigens tot gevolg hebben dat het Arbitragehof er, inzake de personele werkingssfeer van mensenrechtenverdragen, een volstrekt andere mening op nahoudt dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). In verband met het EVRM, waarvan het personele toepassingsgebied in identiek dezelfde bewoordingen als het IVRK is afgebakend, heeft het EHRM immers, onder meer in het arrest *D. v. Verenigd Koninkrijk*, nadrukkelijk gesteld dat het gegeven dat een bepaalde persoon zich in strijd met de verblijfsreglementering op het grondgebied van een staat bevindt, niet van die aard is om te ontkennen dat deze persoon onder de “rechtsbevoegdheid” van deze staat ressorteert<sup>34</sup>. “Le critère est” – aldus het EHRM – “la présence physique sur le territoire de l’Etat contractant, indépendamment de la qualification juridique de ce séjour de fait. Il suffit que l’étranger se trouve physiquement sur le territoire de l’Etat partie pour qu’il bénéficie de la protection de la Convention.” De notie “rechtsbevoegdheid” of “rechtsmacht” duidt enkel op het noodzakelijke verband tussen het slachtoffer van een schending van een verdragsbepaling en de Verdragssluitende Staat waaraan die schending kan worden toegeschreven<sup>35</sup>. Daarbij wordt niet het bestaan van een *duurzame* juridische band, zoals de nationaliteit of de domiciliëring, vereist: het volstaat dat een staat een bepaalde macht kan uitoefenen over het slachtoffer van een beweerde schending; dat deze daadwerkelijk controle kan uitoefenen op de persoon die beweert dat hij in zijn rechten wordt geschaad. Ook ten overstaan van illegale vreemdelingen beschikken staten over een dergelijke macht. “Het loutere feit dat er regels zijn om illegalen het land uit te zetten, dat deze regels *manu militari* toegepast kunnen worden [...]”, aldus J. Van Broeck, “is juist de *bevestiging* van de rechtsmacht die de Staat heeft over deze personen.”<sup>36</sup> Dat het Arbitragehof in de arresten nrs. 106/2003 en 189/2004, minstens impliciet, zijn interpretatie van de notie “rechtsmacht” afstemt op deze die het EHRM ter zake huldigt, is zonder meer een goede zaak. Deze afstemming is niet alleen verdedigbaar vanuit het beginsel van de algemene geldigheid van fundamentele rechten, ook in de rechtsliteratuur wordt het illegaal karakter van het verblijfsstatuut van kinderen omzeggens

33. Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, *l.c.*, overw. B.6.3.

34. EHRM 2 mei 1997 (*D. v. Verenigd Koninkrijk*), *Rev. dr. étr.* 1997, 94 en *Jaarboek Mensenrechten* 1997-98, 137, noot K. RIMANQUE.

35. *Cf.* Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, *l.c.*, overw. B.6.2: “Door [...] te bepalen dat de Verdragspartijen zich ertoe verbinden de in het Verdrag beschreven rechten te eerbiedigen en ze te waarborgen aan ieder kind dat onder hun rechtsbevoegdheid ressorteert, hebben de auteurs van het Verdrag aangegeven dat er een band moest bestaan tussen diegene die zich op het Verdrag beroept en de Verdragspartij die de bepalingen ervan zou hebben miskend.”

36. J. VAN BROECK, *Bijzondere reglementeringen betreffende NBM – Kinderrechtenverdrag en de Europese resolutie NBM*, Paper voor de vormingsdagen advocatenpool Niet-Begeleide Minderjarigen, 5 september 2002, 6-7.

niet aanvaard als argument om hen het recht te ontzeggen zich te beroepen op het IVRK<sup>37</sup>. Al betekent dit laatste uiteraard niet dat het IVRK (of het EVRM) elk verschil in behandeling op basis van nationaliteit of verblijfstitel zou(den) verbieden.

*B. DE INTERPRETATIEVE VERKLARING VAN BELGIË BIJ HET IVRK VERLEENT GEEN BLANCO VOLMACHT AAN DE OVERHEID*

Het argument dat de interpretatieve verklaring bij artikel 2.1 van het IVRK zou inhouden dat de Belgische Staat niet verplicht is om aan minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf ambtshalve dezelfde rechten te waarborgen als aan de eigen onderdanen, wordt door het Arbitragehof, in het verlengde van eerdere uitspraken, meer nadrukkelijk van de hand gewezen<sup>38</sup>. Volgens het Hof moet men die verklaring lezen in het licht van artikel 191 van de Grondwet, dat bepaalt dat iedere vreemdeling die zich op het grondgebied bevindt, de bescherming geniet, verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen. Op grond van die grondwetsbepaling kan een verschil in behandeling dat een vreemdeling benadeelt, enkel bij een wetgevende norm worden ingevoerd. Maar, zo stelt het Hof, “die bepaling heeft niet tot doel de wetgever ertoe te machtigen, wanneer hij een dergelijk verschil in het leven roept, zich eraan te onttrekken de in de Grondwet verankerde fundamentele beginselen in acht te nemen. Uit artikel 191 vloeit dus geenszins voort dat de wetgever, wanneer hij een verschil in behandeling ten nadele van vreemdelingen invoert, hij niet erover moet waken dat dit verschil niet discriminerend is, ongeacht de aard van de in het geding zijnde beginselen”<sup>39</sup>. Deze laatste overweging sluit overigens aan bij het standpunt dat eerder al door sommige arbeidsrechtbanken werd ingenomen, onder meer door de arbeidsrechtbank van Antwerpen, die, in het vonnis van 6 januari 2003, als volgt oordeelde: “De Belgische regering heeft, bij de bekrachtiging van het Kinderrechtenverdrag, dus enkel die verschillen in behandeling aanvaard, die stoelen op objectieve en redelijke overwegingen, overeenstemmend met de beginselen die in een democratische samenleving gelden. De rechtbank oordeelt dat misschien niet elke waarborg verleend door het verdrag kan worden toegepast op

een “illegale” vreemdeling, maar dat een minderjarig kind het recht te ontzeggen op een minimum aan voedsel, onderdak en kleding, indruist tegen de beginselen die in een democratische samenleving gelden.”<sup>40</sup>

Vóór de arresten nrs. 106/2003 en 189/2004 had het Arbitragehof zich reeds meermaals gebogen over de vraag of artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet de toets met het gelijkheidsbeginsel doorstaat, zij het nooit specifiek toegespitst op de casus van de minderjarige vreemdeling en de eigensoortige vragen die de inperking van OCMW-steun in voorkomend geval met zich meebrengt. We verwezen hogerop reeds naar het arrest nr. 80/99 van 30 juni 1999. In het licht van dat laatste arrest ontwikkelden sommige auteurs en arbeidsrechtbanken, zoals gezegd, de stelling dat minderjarigen die hun ouders met illegaal verblijfsstatuut vergezellen, eveneens in de (absolute) onmogelijkheid verkeren om zelfstandig gevolg te geven aan een hun ouders afgeleverd bevel om het grondgebied te verlaten. Ook de verzoekers voor het Arbitragehof voerden aan dat de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet naar minderjarigen toe niet werkelijk doelmatig en noodzakelijk is ter realisering van het ermee beoogde doel, namelijk de verwijdering van de betrokken vreemdelingen. Het Arbitragehof onderschrijft in de arresten nr. 106/2003 en nr. 189/2004, in voorzichtige bewoordingen weliswaar, deze benadering van de proportionaliteitstoets, die vertrekt van een gedifferentieerde beoordeling op basis van de leeftijd, ook al refereert het Hof voor het overige op geen enkel wijze aan het arrest nr. 80/99. “De zorg om te beletten dat de maatschappelijke dienstverlening van haar doel wordt afgewend” – een legitieme zorg, zo (her)bevestigt het Hof –, “zou evenwel niet kunnen verantwoord worden dat ze volledig en in alle gevallen wordt geweigerd aan een kind, terwijl zou blijken dat die weigering het kind ertoe verplicht te leven in omstandigheden die schadelijk zijn voor zijn gezondheid en zijn ontwikkeling en terwijl er geen gevaar zou bestaan dat ouders die geen recht erop hebben, die dienstverlening zouden genieten.” Het Hof grondt deze laatste overweging nadrukkelijk op artikel 2.2 van het IVRK, dat de Verdragsluitende Staten verplicht “alle passende maatregelen te nemen om te waarborgen dat een kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de status van zijn of haar ouder(s)”.

37. Cf. S. SAROLEA, “Aide sociale aux étrangers en situation illégale: les droits de l’homme en quête d’effectivité”, *J.T.* 1998, 347-348: “Si la Convention (bedoeld wordt het EVRM) devait ne pas s’appliquer aux étrangers en situation illégale, cela signifie que le fait d’être privé de papier prive un être humain de sa qualité de personne puisqu’il ne peut plus bénéficier de la protection des droits fondamentaux attachés à sa qualité de personne.”

38. O.m. Arbitragehof 18 november 1998, nr. 117/98, *B.S.* 27 januari 1999.

39. Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, *I.c.*, overw. B.5.3 en B. 5.4.

40. Arbrb. Antwerpen 6 januari 2003, *T. Vreemd.* 2003, afl. 4, 366-371.

**§ 2. DE OMKADERING VAN DE PRINCIPIËLE BESLISSING: ILLEGALE MINDERJARIGEN ZIJN SLECHTS ONDER BEPAALDE VOORWAARDEN GERECHTIGD OP RUIMERE OCMW-STEUN**

Hoewel het Arbitragehof principieel de (meerderheids)strekking onder de arbeidsgerechten bijtreedt, omkadert het in de arresten nr. 106/2003 en nr. 189/2004 dit standpunt. Het Hof formuleert met name enkele voorwaarden waaronder minderjarige illegale verblijfhouders gerechtigd zijn op ruimere maatschappelijke dienstverlening dan dringende medische hulp, “met dien verstande”, zo beklemtoont het Hof daarbij, dat het verschaffen van deze dienstverlening sowieso “niet belet dat de maatregel inzake de verwijdering van de ouders en hun kinderen wordt uitgevoerd”<sup>41</sup>. De eerste voorwaarde houdt in dat het OCMW heeft vastgesteld dat de ouders hun onderhoudsplicht niet nakomen of niet in staat zijn die na te komen. Als tweede vereiste geldt dat de aanvraag om OCMW-steun betrekking heeft op onontbeerlijke uitgaven voor de ontwikkeling van het kind ten voordele van wie de dienstverlening wordt aangevraagd. Het derde criterium luidt dat het OCMW zich ervan vergewist dat de toegekende dienstverlening uitsluitend zal dienen om dergelijke onontbeerlijke uitgaven te dekken. Teneinde elk mogelijk misbruik in het voordeel van de ouders uit te sluiten bepaalt het Arbitragehof als vierde voorwaarde dat de dienstverlening moet worden verleend in de vorm van een dienstverlening in natura of een tenlasteneming van uitgaven van derden die materiële steun verlenen. Ten slotte benadrukt het Hof op verschillende plaatsen in de arresten dat de ouder(s) van de minderjarige zelf geen recht bekomt (bekomen) op andere maatschappelijke dienstverlening dan de dringende medische hulp en dat zij die steun “ook niet indirect kunnen verkrijgen door de staat van behoeftigheid van hun kinderen aan te voeren”<sup>42</sup>. Daarmee neemt het Hof expliciet afstand van de stelling van een aantal arbeidsrechtbanken dat volwassen illegale verblijfhouders met minderjarige kinderen zelf ook gerechtigd zijn op een ruimere OCMW-steun, en niet enkel op dringende medische hulp. Volgens het Arbitragehof “zou het immers niet redelijk zijn, de vreemdelingen die zich niet hebben gedragen

overeenkomstig de bestaande verblijfsreglementering, doordat ze geen gevolg hebben gegeven aan een bevel om het grondgebied te verlaten of geen verblijfsvergunning hebben verkregen, verschillend te behandelen, naargelang zij al dan niet door hun minderjarige kinderen zijn vergezeld”.

Ingevolge deze (strikte) criteria, zo viel te lezen in een aantal commentaren op het arrest nr. 106/2003, is nog steeds onvoldoende duidelijk voor welke steun minderjarige illegale vreemdelingen zich voortaan tot het OCMW kunnen wenden<sup>43</sup>. Wat moet bijvoorbeeld worden verstaan onder “dienstverlening die onontbeerlijk is voor de ontwikkeling van het kind ten behoeve van wie de steun wordt aangevraagd”? En hoe kan men die voorwaarde verzoenen met het criterium dat de hier illegaal verblijvende ouder(s) zelf geen recht op ruimere OCMW-steun mag (mogen) verwerven, ook niet indirect, op basis van de staat van behoeftigheid van hun kind(eren)?

**III. DE REACTIE VAN DE ARBEIDSGERECHTEN EN DE WETGEVER OP DE ARRESTEN NRS. 106/2003 EN 189/2004 VAN HET ARBITRAGEHOF**

Hoewel een aanpassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet door de wetgever – zo suggereerde het Arbitragehof overigens zelf in het arrest nr. 106/2003 – ongetwijfeld de meest aangewezen weg was om rond deze kwestie(s) rechtszekerheid te creëren voor alle betrokkenen partijen, ook de OCMW’s, nam de toenmalige minister van Maatschappelijke Integratie M. Arena aanvankelijk een afwachende houding aan. In antwoord op enkele parlementaire vragen stelde ze op korte termijn geen regelgevende initiatieven te zullen nemen<sup>44</sup>.

Bijgevolg kwam het (andermaal) de arbeidsgerechten toe om bij betwistingen over de omvang van het recht op OCMW-steun van minderjarigen met een illegaal verblijfsstatuut nadere invulling te geven aan de door het Arbitragehof vooropgestelde criteria<sup>45</sup>. De meeste arbeidsrechtbanken interpreteerden deze voorwaarden van het Arbitragehof hetzij op een soepele – en voor de betrokken vreemdelingen gunstige – wijze of lieten de

41. Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, *l.c.*, overw. B.7.7.

42. Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, *l.c.*, overw. B.7.4.

43. Zie o.m. B. VAN KEIRSBLICK en H. OUHMIDA, “Commentaire de l’arrêt de la Cour d’arbitrage n° 106/2003 du 22 juillet 2003. La question préjudicielle relative à l’article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d’aide sociale”, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 227, 27-33.

44. Vr. nr. 246 HOVE, 21 oktober 2003, over “maatschappelijke dienstverlening aan minderjarigen” en nr. 327 VAN GOOL, over “maatschappelijke dienstverlening aan illegale minderjarigen”, *Hand.* Kamer 2003-04, DOC 51 027, 1-3.

45. Zie o.m. Arbrb. Nijvel 26 augustus 2003 (Vak.), A.R. nr. 1178/W/2003, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 30 september 2003, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 231, 33-36 en *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 126, 729 (verkort); Arbrb. Brussel 1 oktober 2003, *Journ. proc.* 2003, afl. 467, 28-31 en *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 126, 729 (verkort); Arbrb. Brussel 3 november 2003, *T. Vreemd.* 2004, afl. 3, 284-285; Arbrb. Brugge 12 november 2003, *NjW* 2004, afl. 59, 168-170; Arbrb. Brussel 20 november 2003, *J.I.* 2004, afl. 6125, 98-101 en *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 126, 729 (verkort); Arbrb. Brussel 27 november 2003, *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 126, 665-673; Arbrb. Gent 15 december 2003 (kort geding), BRK nr. 1603/03, *onuitg.*; Arbrb. Gent 26 januari 2004, A.R. nr. 162.527/03, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 21 januari 2004, A.R. nr. 55.102/03, *onuitg.*; Arbrb. Kortrijk 4 februari 2004, *OCMW-visies* 2004, afl. 2, 73-77; Arbrb. Brussel 19 februari 2004, *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 127, 50-53; Arbrb. Brugge 25 februari 2004, A.R. nr. 114.912, *onuitg.*; Arbrb. Dendermonde 13 april 2004, A.R. nr. 48.101, *onuitg.*; Arbrb. Tongeren 16 april 2004, A.R. nr. 20032429, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 6 mei 2004, *onuitg.*; Arbrb. Namen 14 mei 2004, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 236, 41-44 en *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 128, 269 (verkort); Arbrb. Antwerpen 24 mei 2004, A.R. nrs. 362.308, *T. Vreemd.* 2004, afl. 4, 365-369; Arbrb. Antwerpen 24 mei 2004, A.R. nrs. 362.483 en 363.062, *onuitg.*; Arbrb. Dendermonde 1 juni 2004, *OCMW-visies* 2004, afl. 3, 57-63; Arbrb. Hasselt 25 juni 2004, *OCMW-visies* 2004, afl. 3, 63-69.



vereisten van het Hof zelfs volledig buiten toepassing<sup>46</sup>. In het bijzonder het criterium “onontbeerlijke uitgaven voor de ontwikkeling van het kind” werd doorgaans ruim opgevat. De vereiste dat de ouder(s) van het kind zelfs geen indirect voordeel uit de steunverlening aan de kinderen mogen putten, merken verschillende rechtscollages aan als een schending van de artikelen 3 en 8 van het EVRM en/of artikel 9 van het IVRK, omdat deze voorwaarde volgens hen de facto neerkomt op een scheiding van het kind van zijn ouder(s). Ook de vereiste dat de hulp in natura dient te worden verstrekt, vindt in de ogen van een aantal arbeidsgerechten geen genade. “De hulpverlening in natura aan het kind, en het kind alleen”, zo oordeelt de arbeidsrechtbank te Brugge ter zake, “gaat zo de weg op die leidt naar voedselrantsoenen, kledingpakketten en andere vormen van caritatieve hulp die ver afstaat van wat artikel 1 van de OCMW-Wet en het Kinderrechtenverdrag beogen. De arresten van het Arbitragehof tonen aan tot wat een conflict tussen vreemdelingenbeleid en sociale wetgeving kan leiden en doen de vraag rijzen of het hanteren van de sociale wetgeving en het doseren en conditioneren van uitkeringen wel een gepast middel kan zijn in het kader van een vreemdelingenbeleid.”<sup>47</sup>

Onder druk van deze ontwikkeling in de rechtspraak van arbeidsgerechten is uiteindelijk de wetgever zelf tussengekomen, meer bepaald door artikel 57 § 2 van

de OCMW-Wet, in zijn toepassing op minderjarigen, te wijzigen via (artikel 483 van) de Programmawet van 22 december 2003<sup>48</sup>. De nieuwe regeling komt er, samengevat, op neer dat minderjarigen met een illegaal verblijfsstatuut – onder de voorwaarden die het Arbitragehof in het arrest nr. 106/2003 heeft vooropgesteld – voortaan gerechtigd zijn op méér dan louter dringende medische hulp, maar dat deze ruimere steunverlening niet door het OCMW wordt verstrekt, maar uitsluitend (in natura) door de federale opvangcentra voor kandidaat-vluchtelingen. Noch het gewijzigde artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, noch de uitvoeringsbesluiten ervan (het K.B. van 24 juni 2004 en de omzendbrief van 16 augustus 2004) bevatten evenwel een garantie dat de ouder(s) hun kind(eren) mee kunnen vervoegen in het opvangcentrum. De omzendbrief bepaalt enkel dat dit een mogelijkheid is, waartoe Fedasil beslist indien de aanwezigheid van de ouder(s) noodzakelijk is voor de ontwikkeling van het kind.

Mede daarom heeft de wetwijziging geen einde kunnen stellen aan de discussie. De toepassing van het aangepaste artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet gaf integendeel opnieuw aanleiding geven tot een omvangrijk geheel van vonnissen en arresten<sup>49</sup>. In de rechtspraak rees immers de vraag of de nieuwe opvangregeling wel de toets met het grondrechteninstrumentarium doorstaat, waarbij de aandacht van de arbeidsgerechten,

46. Voor een grondige bespreking, zie S. BOUCKAERT, “OCMW-steun voor minderjarige illegalen. De (r)evolutie in de rechtspraak van de arbeidsgerechten en het Arbitragehof”, *NjW* 2004, afl. 59, 146-159. Enkele rechtscollages – een minderheid weliswaar – pasten de vereisten van het Arbitragehof echter op een strikte manier toe. Een voorbeeld van een dergelijke strikte invulling vindt men terug in het arrest van het arbeidshof te Gent van 9 januari 2004 (Arbh. Gent 9 januari 2004, *T. Vreemd.* 2004, afl. 1, 35-39). Volgens het arbeidshof kunnen de voorwaarden uit het arrest nr. 106/2003 enkel worden vervuld door rechtstreeks materiële hulp aan het kind te verlenen indien dat noodzakelijk is ingevolge het in gebreke blijven van de ouders die, volgens het arbeidshof, in de eerste plaats verantwoordelijk zijn voor het waarborgen van de materiële levensomstandigheden van het kind. De ouders kunnen volgens het arbeidshof perfect aan die verplichting voldoen door België te verlaten en zich opnieuw in hun land van herkomst te integreren en daar werk te zoeken, zodanig dat ze op een rechtmatige wijze over financiële middelen kunnen beschikken om aan hun plichten t.o.v. hun kind te voldoen (In dezelfde zin: Arbrb. Brussel 20 november 2003, *J.T.* 2004, afl. 6125, 98).
47. Arbrb. Brugge 12 november 2003, *NjW* 2004, afl. 59, 165-168.
48. Art. 483 Programmawet 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003; K.B. 24 juni 2004 tot bepaling van de voorwaarden en de modaliteiten voor het verlenen van materiële hulp aan een minderjarige vreemdeling die met zijn ouders illegaal in het Rijk verblijft, *B.S.* 1 juli 2004; Omz. 16 augustus 2004 betreffende het koninklijk besluit tot bepaling van de voorwaarden en de modaliteiten voor het verlenen van materiële hulp aan een minderjarige vreemdeling die met zijn ouders illegaal in het Rijk verblijft, *B.S.* 9 december 2004.
49. Zie o.m. Arbrb. Turnhout 13 juli 2004, A.R. nr. 26.816, *T. Vreemd.* 2004, afl. 4, 379-381; Arbrb. Brugge 16 juli 2004, A.R. nr. 118.163, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 23 juli 2004, A.R. nr. 74848/04, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 28 juli 2004, *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 129, 422-425 en *J. dr. jeun.* 2004, afl. 239, 33-35; Arbrb. Luik 28 juli 2004, *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 129, 425-429; Arbrb. Brussel 5 augustus 2004 (Vak.), *J. dr. jeun.* 2004, afl. 239, 36-43; Arbrb. Luik 24 augustus 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 129-131; Arbrb. Bergen 3 september 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 26; Arbrb. Brugge 8 september 2004, A.R. nr. 117.536, *onuitg.*; Arbrb. Dendermonde 8 september 2004 (kort geding), RK 160, *onuitg.*; Arbrb. Luik 10 september 2004, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 238, 55-57; Arbrb. Brussel 15 september 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 35-38 en *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 130, 608-611; Arbrb. Leuven 29 september 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 151-153; Arbrb. Brussel 30 september 2004, A.R. nr. 70.835/04, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 1 oktober 2004, A.R. nr. 78.605/2004, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 7 oktober 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 160-163; Arbrb. Tongeren 8 oktober 2004, A.R. 256/2004, *onuitg.*; Arbrb. Dendermonde 13 oktober 2004 (kort geding), RK 159, *onuitg.*; Arbrb. Dendermonde 13 oktober 2004 (kort geding), RK 160, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 20 oktober 2004, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 21 oktober 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 38-41; Arbrb. Brussel 25 oktober 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 163-166; Arbrb. Brussel 2 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 166-169; Arbrb. Bergen 8 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 24-25 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 131-132; Arbrb. Brussel 8 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 41-45 en *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 130, 612-617; Arbrb. Brussel 15 november 2004, A.R. nr. 118.874, *onuitg.*; Arbrb. Antwerpen 5 januari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 145-150; Arbrb. Luik 19 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 26-29; Arbrb. Brussel 19 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 132-135; Arbrb. Antwerpen 22 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 157-159; Arbrb. Antwerpen 6 december 2004, A.R. nr. 367.948, *onuitg.*; Arbrb. Brugge 8 december 2004, A.R. nr. 109.128, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 8 december 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 169-172; Arbrb. Brussel 9 december 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 244, 33-40 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 135-141; Arbrb. Antwerpen 16 december 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 174-175; Arbrb. Dinant 21 december 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 241, 39-44 en *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 130, 668 (verkort); Arbrb. Brugge 22 december 2004, A.R. nr. 118.874, *onuitg.*; Arbrb. Antwerpen 5 januari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 176-177; Arbrb. Hoei 5 januari 2005, A.R. nr. 60.018, *onuitg.*; Arbrb. Hoei 19 januari 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 29-35 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 141-144; Arbrb. Hasselt 21 januari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 153-155; Arbrb. Hasselt 21 januari 2005, A.R. nr. 2032125, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 155-157; Arbrb. Charleroi 1 februari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 172-174; Arbrb. Brussel 9 februari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 178-181; Arbrb. Mechelen 9 februari 2005, A.R. 85.398, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 21 maart 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 244, 30-33; Arbrb. Turnhout 13 mei 2005, A.R. nrs. 27.205 en 27.285, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 19 mei 2005, A.R. nr. 78.109, *onuitg.*; Arbrb. Hoei 25 mei 2005, A.R. nr. 60.1791, *onuitg.* Voor een bespreking zie B. VAN KEIRSBIJCK, “Aide sociale aux familles séjournant illégalement sur le territoire belge. Le point sur la jurisprudence récente”, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 3-17.

net zoals van de doctrine<sup>50</sup>, in overwegende mate is uitgegaan naar artikel 8 van het EVRM<sup>51</sup>. Een eerste groep van rechtscolleges, waaronder de arbeidshoven van Antwerpen en Gent, is van oordeel dat de nieuwe regeling artikel 8 van het EVRM niet schendt, doorgaans op basis van de overweging dat het nieuwe opvangregime geen inmenging inhoudt in één van de vier door dat verdragsartikel gewaarborgde (grond)rechten, in het bijzonder niet in het recht op eerbiediging van het gezinsleven en/of in het recht op eerbiediging van het privéleven<sup>52</sup>; dan weer, dat er misschien wel sprake is van een inbreuk, maar dat deze inmenging *in casu* een toelaatbaar karakter bezit<sup>53</sup>. Een tweede groep van – in meerderheid Franstalige – arbeidsrechtbanken meende dat het opvangregime voor minderjarigen in illegaal verblijf wel onverenigbaar is met artikel 8 van het EVRM. Volgens deze rechtscolleges vormt de regeling allereerst een inbreuk op het recht op eerbiediging van het gezinsleven<sup>54</sup> en/of van het privé-leven<sup>55</sup> van de getroffen minderjarige en zijn of haar ouder(s). De inbreuk is bovendien niet toelaatbaar omdat ze niet bij wet is voorzien<sup>56</sup> en/of er geen proportioneel evenwicht bestaat tussen de inbreuk en de ermee nagestreefde (legitieme) doelstelling<sup>57</sup>. In de mate dat het gewijzigde artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, het K.B. van 24 juni

2004 en de omzendbrief van 16 augustus 2004 niet in overeenstemming zijn met artikel 8 van het EVRM, laten deze rechtscolleges – conform het Smeerkaasarrest van het Hof van Cassatie<sup>58</sup> – de bepalingen ervan buiten toepassing en veroordelen deze het OCMW tot steunverlening onder de voorwaarden van het arrest nr. 106/2003 van het Arbitragehof.

Tegen het gewijzigde artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet werd echter tevens een beroep tot vernietiging bij het Arbitragehof ingesteld, waarover het Hof zich, in het arrest nr. 131/2005 van 19 juli 2005, heeft uitgesproken<sup>59</sup>.

#### IV. HET ARREST NR. 131/2005 VAN HET ARBITRAGEHOF

Hoewel de verzoekende partijen voor het Arbitragehof verschillende middelen aanvoerden tegen artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003, heeft het Hof de grondwettelijkheid van het nieuwe opvangregime in het arrest nr. 131/2005 vooral vanuit twee invalshoeken beoordeeld, namelijk, enerzijds, vanuit het recht op eerbiediging van het privé- en ge-

50. I. DOYEN, "L'arrêt royal du 24 juin 2004 et la circulaire de l'Intégration Social, relatifs à l'aide matérielle à un mineur étranger séjournant avec ses parents illégalement dans le Royaume ou la mise à mal du droit à une vie familiale", *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 128, 251-258; J.-P. JACQUES, "Aide sociale et mineurs étrangers: le législateur est invité à revoir sa copie", *J.L.M.B.* 2005, 1012-1021.
51. Al treft men in deze rechtspraak, weliswaar in meer ondergeschikte orde, ook beoordelingen met betrekking tot andere mensenrechtenwaarborgen aan, onder meer met betrekking tot art. 3 van het EVRM, art. 3 van het IVRK, het grondrecht op onderwijs, de *standstill*-werking van de sociaal-economische IVRK-bepalingen en van artikel 23 van de G.W. en, ten slotte, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel. Voor een grondige bespreking, zie S. BOUCKAERT, "Maatschappelijke dienstverlening voor minderjarigen in illegaal verblijf: een *never ending story* over de impact van mensenrechtenbescherming", *l.c.*
52. Onder meer het arbeidshof te Antwerpen overweegt, in het arrest van 14 september 2005 (Arbh. Antwerpen 14 september 2005, A.R. nr. 333/2004, *onuitg.* In dezelfde zin: Arbh. Antwerpen 26 januari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 33, 127; Arbh. Antwerpen 29 maart 2005, A.R. nr. 644/2003, *onuitg.*), in dit verband als volgt: "Appelanten menen kritiek te kunnen leveren op de nieuwe wetgeving, door vast te stellen dat de aldus ingevoerde regeling tot gevolg heeft dat de kinderen moeten gescheiden worden van hun ouders vermits zij noodzakelijkerwijze gehuisvest worden in een van de 17 onthaalcentra voor vluchtelingen. Bijgevolg houdt dergelijke regeling, steeds volgens appelanten, een aantasting in van het recht op het familiaal leven van het kind dat beschermd wordt door art. 8 EVRM en art. 9 Kinderrechtenverdrag. Er dient echter op gewezen te worden dat conform de omzendbrief van 16 augustus 2004 van de minister voor Maatschappelijke Integratie de mogelijkheid blijft bestaan voor de ouders om hun kinderen te vergezellen wanneer de ontwikkeling van het kind hun aanwezigheid vereist en dus zeker niet van tevoren uitgesloten wordt. Men kan er naar het oordeel van het Hof dus niet *a priori* van uitgaan dat deze nieuwe regeling een schending inhoudt van art. 8 EVRM." De zienswijze dat de nieuwe regeling – of minstens de omzendbrief van 16 augustus 2004 – in de mogelijkheid voorziet voor de ouders om hun kinderen te vergezellen in het opvangcentrum en dus niet (of minstens niet in abstracto) als strijdig met het recht op eerbiediging van het gezinsleven te beschouwen valt, treft men nog in verschillende andere arresten (Arbh. Gent 22 april 2005, AR nr. 04/247, *onuitg.*) en vonnissen aan (Arbrb. Brussel 2 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 168; Arbrb. Brussel 9 februari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 180; Arbrb. Bergen 14 april 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 246, 22-23; Arbrb. Charleroi 1 februari 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 17). Een aantal rechtscolleges beklemtoont daarbij dat er hoogstens sprake zijn van een (mogelijks ontoelaatbare) inmenging in het recht op gezinsleven, wanneer in concreto vaststaat dat de ouder(s) hun minderjarige kinderen niet mogen vergezellen naar het toegewezen federale opvangcentrum. Als de ouder(s) of de minderjarige echter geen aanvraag tot steunverlening hebben ingediend, kan er, aldus de arbeidsrechtbank te Brussel, per definitie geen sprake zijn van een dergelijke inmenging in concreto (Arbrb. Brussel 2 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 168; Arbrb. Brussel 8 december 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 171; Arbrb. Brussel 25 oktober 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 03, 165-166).
53. Arbrb. Brussel 7 december 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 16; Arbrb. Bergen 14 april 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 246, 22-23.
54. Arbrb. Brugge 16 juli 2004, A.R. nr. 118.163, *onuitg.*; Arbrb. Brugge 8 september 2004, A.R. nr. 117.536, *onuitg.*; Arbrb. Brugge 8 december 2004, A.R. nr. 109.128, *onuitg.*; Arbrb. Brugge 22 december 2004, A.R. nr. 118.874, *onuitg.*; Arbrb. Luik 28 juli 2004, *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 129, 425-429; Arbrb. Luik 24 augustus 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 130; Arbrb. Luik 10 september 2004, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 238, 55-57; Arbrb. Bergen 8 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 24-25 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 131-132; Arbrb. Dinant 21 december 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 241, 41; Arbrb. Brussel 8 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 42-45. *Idem*: Arbrb. Brussel 19 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 132-135; Arbrb. Hoei 5 januari 2005, A.R. nr. 60.018, *onuitg.*; Arbrb. Hoei 19 januari 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 30-35; Arbrb. Hoei 25 mei 2005, A.R. nr. 60.179, *onuitg.*
55. Arbrb. Brussel 9 december 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 244, 37-39 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 135-141.
56. Arbrb. Brussel 9 december 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 244, 37-39 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 135-141; Arbrb. Brussel 19 mei 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 246, 24-39.
57. Arbrb. Luik 28 juli 2004, *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 129, 425-429; Arbrb. Luik 24 augustus 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 130; Arbrb. Luik 10 september 2004, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 238, 55-57. In dezelfde zin: Arbrb. Brussel 8 november 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 42-45; Arbrb. Brussel 19 november 2004, *Soc. Kron.* 2005, afl. 3, 132-135.
58. *Cf. supra* voetnoot 16.
59. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *B.S.* 8 augustus 2005.

zinsleven (*cf. infra* § 1) en, anderzijds, vanuit het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel (*cf. infra* § 2).

### § 1. DE TOETS AAN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET PRIVÉ- EN GEZINSLEVEN

Het belang van het arrest nr. 131/2005 situeert zich ongetwijfeld het sterkst bij de uitspraak van het Hof over het opgeworpen middel dat artikel 483 van de Programmawet “op een onredelijke en onevenredige wijze afbreuk doet aan het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven”, precies omdat er over deze kwestie verdeeldheid bestond op het niveau van de arbeidsgerechten.

Volgens de verzoekende partijen schendt het opvangregime in artikel 483 van de Programmawet het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven. De betrokken minderjarigen worden immers “verplicht om zich naar een federaal opvangcentrum te begeven waar zij zouden moeten verblijven om de hulp te genieten waarop zij aanspraak kunnen maken, terwijl in niets is voorzien om hun ouders eveneens op te vangen”<sup>60</sup>. De ministerraad verwijst ter zake (onder meer) naar hetgeen de omzendbrief van 16 augustus 2004 in dit verband stipuleert, namelijk dat de ouders over de mogelijkheid beschikken om hun kind te vergezellen wanneer hun aanwezigheid noodzakelijk is voor zijn of haar ontwikkeling<sup>61</sup>.

Hoewel de zienswijze van de ministerraad stoelt op de rechtspraak van de arbeidshoven van Antwerpen, Gent, Luik en Brussel, is het Arbitragehof, in verband met de toets van artikel 483 van de Programmawet aan het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, toch het standpunt van de verzoekende partijen bijgetreden.

Het Arbitragehof brengt daartoe eerst de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in herinnering, meer bepaald dat volgens het EHRM het samenzijn van een ouder en zijn kind een fundamenteel element van het gezinsleven uitmaakt, evenals dat uit artikel 8 van het EVRM ook positieve verplichtingen voor de Verdragsluitende Staat voortvloeien<sup>62</sup>. Op basis hiervan betoogt het Arbitragehof vervolgens dat artikel 483 van de Programmawet wel degelijk een inbreuk betekent in het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven. “Door te bepalen dat de mate-

riële hulp die onontbeerlijk is voor de ontwikkeling van het kind uitsluitend zal worden verstrekt in een federaal opvangcentrum, betekent de aangevochten bepaling een inmenging in het privé-leven en het gezinsleven van de betrokkene.”<sup>63</sup> Het Hof neemt zodoende duidelijk afstand van de stelling van een aantal arbeidsgerechten – waaronder, zoals gezegd, de arbeidshoven van Gent, Antwerpen en Luik – volgens wie het bijzondere opvangregime (in abstracto) geen inbreuk vormt in het recht op eerbiediging van het privé- en/of gezinsleven<sup>64</sup>. Omdat het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven geen absoluut grondrecht betreft, onderzoekt het Arbitragehof vervolgens of de overheidsinmenging beantwoordt “aan de vereisten van wettigheid en voorzienbaarheid die zijn gesteld bij artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM, een wettig doel nastreeft en zich ten aanzien van dat doel in een juist verband van evenredigheid bevindt”<sup>65</sup>. Het Arbitragehof beperkt zich in het arrest nr. 131/2005 tot een toetsing aan de legaliteitsvoorwaarde. Het Hof merkt ter zake op dat deze voorwaarde in artikel 22 van de Grondwet een striktere invulling verkrijgt (maar daardoor aan de rechtsonderhorige een ruimere rechtsbescherming verleent) dan artikel 8 van het EVRM. De grondwetsbepaling vereist namelijk dat de inmenging in het recht op privé- of gezinsleven door een wet in formele zin wordt voorzien, terwijl volgens het EHRM, in het raam van artikel 8 tweede lid van het EVRM, een wet in materiele zin volstaat<sup>66</sup>. Op basis van de zogeheten maximalisatieclausule (in artikel 53 van) het EVRM – indien de grondrechtenbescherming op nationaal vlak ruimere bescherming verleent dan de waarborgen in het EVRM, geniet de nationale bepaling voorrang –, zo overweegt het Hof, geldt ter zake dus de striktere – nationale – invulling van het legaliteitscriterium in artikel 22 van de Grondwet<sup>67</sup>. Het Arbitragehof stelt vast dat, hoewel de bewoordingen van artikel 483 van de Programmawet niet uitdrukkelijk uitsluiten dat de ouders hun kind in het opvangcentrum vergezellen opdat het de hulp kan krijgen die onontbeerlijk is voor zijn ontplooiing, er in dat wetsartikel niet wordt gepreciseerd in welke gevallen de aanwezigheid van de ouders al dan niet zal worden toegestaan<sup>68</sup>. “De bestreden bepaling”, zo besluit het Hof, “is in strijd met artikel 22 van de Grondwet en met de verdragsbepalingen die een analoge draagwijdte hebben, doordat zij voorschrijft dat de materiele hulp die onontbeerlijk is voor de ont-

60. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, A.3.1.2.

61. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, A.3.2.3.

62. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.5.4., verwijzend naar onder meer de arresten *W., B. en R. v. Verenigd Koninkrijk* van 8 juli 1987, § 59; *Gnahoré v. Frankrijk* van 19 september 2000, § 50; *Eriksson v. Zweden* van 22 juli 1989, § 71; *Margarita en Roger Andersson v. Zweden* van 25 februari 1992, § 91; *Olsson v. Zweden* van 24 maart 1988, § 90; *Keegan v. Ierland* van 26 mei 1994, § 44 en *Hokkanen v. Finland* van 23 september 1994, § 54.

63. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.5.5.

64. *Cf. supra* voetnoot 52.

65. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.5.1.

66. *Cf. Cass.* 25 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 440.

67. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.5.2.

68. Het Hof verwijst ter zake naar de parlementaire voorbereiding en de omzendbrief van 16 augustus 2004 (Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.5.5.).

wikkeling van het kind uitsluitend in een federaal opvangcentrum wordt verstrekt, zonder dat die bepaling zelf waarborgt dat de ouders er eveneens kunnen worden opgevangen opdat zij niet van hun kinderen worden afgezonderd.”<sup>69</sup>

Dat de ouders van minderjarigen in illegaal verblijf volgens het Arbitragehof, in het licht van het grondrecht op respect voor het privé- en gezinsleven, krachtens een (formele) wet, de garantie moeten hebben om hun kinderen te kunnen vergezellen in het federale opvangcentrum, verrast enigszins. Het Arbitragehof lijkt daarmee immers, minstens gedeeltelijk, terug te komen op één van de voorwaarden die het zelf nog in het arrest nr. 106/2003 nadrukkelijk vooropstelde, namelijk dat de ouder(s) van de minderjarige geen (in)direct voordeel mag (mogen) putten uit de steun die aan de minderjarige wordt verstrekt<sup>70</sup>.

Bijkomend valt op dat het Arbitragehof het opvangregime in het arrest nr. 131/2005 uitsluitend als een schending van het recht op eerbiediging van het *gezinsleven* opvat. Hoewel het Hof in het overwegende gedeelte de noties privé-leven en gezinsleven voortdurend samen vermeldt, luidt het beschikkende gedeelte van het arrest dat artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003 artikel 22 van de Grondwet schendt, alsmede de verdragsbepalingen die een analoge draagwijdte hebben, “maar uitsluitend in zoverre zij zelf niet waarborgt dat de ouders eveneens kunnen worden opgevangen in het centrum waar hun kind materiële hulp ontvangt”. Het nochtans eveneens voor het Hof opgeworpen middel dat artikel 483 van de Programmawet ook een inbreuk betekent op het recht op eerbiediging van het privé-leven van de minderjarige (en diens ouders), in de mate dat hun een gedwongen verblijfplaats wordt toegewezen en het leven in een federaal opvangcentrum volgens een gemeenschapsregime is georganiseerd, beantwoordt het Arbitragehof niet, of althans niet ten gronde in het arrest nr. 131/2005. Naar onze mening was de kans echter sowieso klein dat het Hof artikel 483 van de Programmawet ook voor het aspect van de eerbiediging van het privé-leven als een inbreuk op artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM zou hebben aangemerkt. Eerder, meer bepaald in het arrest nr. 169/2002 van 27 november 2002<sup>71</sup>, oordeelde het Arbitragehof immers dat de opvang van kandidaat-vluchtelingen in open (federale) opvangcentra geen ontoelaatbare inmenging betekent in het recht op eerbiediging van hun privé-leven<sup>72</sup>.

## § 2. DE TOETS AAN HET GELIJKHEIDS- EN NIET-DISCRIMINATIEBEGINSEL

De verzoekende partijen voerden, zoals reeds gezegd, tevens aan dat artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003 een (verboden) discriminatie instelt, en dit vanuit een dubbele invalshoek. Enerzijds, zo wordt vooropgesteld, creëert dat wetsartikel een ontoelaatbaar verschil in behandeling tussen minderjarigen in illegaal verblijf die hun ouder(s) vergezellen en minderjarigen in legaal verblijf die hun ouders vergezellen<sup>73</sup>. Anderzijds stelt het gewijzigde artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet volgens de verzoekende partijen een ongeoorloofd onderscheid in tussen begeleide minderjarigen in illegaal verblijf en niet-begeleide minderjarigen in illegaal verblijf<sup>74</sup>.

In tegenstelling tot de opgeworpen schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, is het Arbitragehof de argumentatie van de verzoekende partijen in verband met de beide aangevoerde discriminaties niet bijgetreden.

In verband met het eerste discriminatievraagstuk – het verschil in behandeling naar gelang het al dan niet wettig verblijf van de ouders –, oordeelt het Arbitragehof dat “aangezien zowel de minderjarige van wie de ouders onwettig op het grondgebied verblijven als de minderjarige van wie de ouders regelmatig op het grondgebied verblijven, recht hebben op maatschappelijke dienstverlening, er dienaangaande geen discriminerend verschil in behandeling tussen die twee categorieën bestaat. *De omstandigheid dat de modaliteiten van de toegekende hulp variëren naar gelang van het al dan niet regelmatig karakter van het verblijf van de ouders, wijzigt niets aan die vaststelling.* Het komt immers Fedasil toe een geïndividualiseerd opvangproject op te stellen waarbij een materiële hulp wordt verzekerd die is aangepast aan de noden van de minderjarige en die onontbeerlijk is voor zijn ontwikkeling. De modaliteiten zijn niet discriminatoir, aangezien zij ertoe strekken de doelstellingen die zijn opgesomd in de bepalingen van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind te verzoenen met de doelstellingen die erin bestaat de ouders die illegaal op het grondgebied verblijven, niet ertoe aan te zetten er te blijven.”<sup>75</sup>

De tweede opgeworpen discriminatie – tussen vergezeld en niet-begeleide buitenlandse minderjarigen in illegaal verblijf – wijst het Arbitragehof eveneens van de hand. “Het kind dat onwettig op het grondgebied verblijft zonder zijn ouders, is onderworpen aan de maat-

69. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.6.

70. *Cf. supra* voetnoot 42.

71. Arbitragehof 27 november 2002, nr. 169/2002, *NjW* 2003, afl. 20, 162, noot S.D.

72. Voor een bespreking, zie S. BOUCKAERT, “De verplichte materiële dienstverlening aan kandidaat-vluchtelingen en de toets door het Arbitragehof aan het grondrechteninstrumentarium in het algemeen en aan het *standstill*-beginsel in het bijzonder”, noot onder Arbitragehof nr. 169/2002, *I. Vreemd.* 2003, afl. 4, 326-345.

73. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, A.5.1.

74. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, A.6.4.

75. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *I.c.*, overw. B.9.3.

regelen die zijn voorgeschreven bij artikel 479 van de Programmawet van 24 december 2002 betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen [...]”, aldus het Hof. “De omstandigheid dat verschillende maatregelen zijn voorgeschreven voor onwettig verblijvende minderjarigen naar gelang zij al dan niet door hun ouders begeleid zijn, is op zich niet discriminerend. Het kan immers redelijkerwijze worden verantwoord dat ten aanzien van minderjarigen die hun ouders aan hun zijde hebben, andere hulpverleningsmaatregelen worden genomen dan ten aanzien van de minderjarigen over wie niemand het ouderlijk gezag uitoefent.”<sup>76</sup>

### § 3. DE TEMPORELE GEVOLGEN VAN DE Vernietiging

Het Arbitragehof laat zich in het arrest nr. 131/2005, ten slotte, uit over de gevolgen van de vastgestelde schending van artikel 22 van de Grondwet (en van de verdragsbepalingen met een analoge draagwijdte). “Teneinde aan de wetgever de tijd te laten om de bepaling bestaanbaar te maken met artikel 22 van de Grondwet [...]”, zo overweegt het Hof in dit verband, “dienen op grond van artikel 8 tweede lid van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 de gevolgen ervan te worden gehandhaafd.”<sup>77</sup> Het Arbitragehof handhaaft de gevolgen van de vernietiging met name “tot de inwerkingtreding van een nieuwe bepaling en uiterlijk tot 31 maart 2006”.

Enkele auteurs hebben (scherpe) kritiek geuit op de wijze waarop het Arbitragehof de temporele gelding van de vernietiging van artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003 reguleert. P. Pataer noemt het arrest nr. 131/2005 om die reden “een vernietigend, maar nietszeggend arrest. [...] Het Hof veroordeelt het

ongrondwettelijke karakter van een wettelijke bepaling, maar verbindt er geen sanctie aan. Als de wetgever ingaat op het verzoek van het Hof en zijn opstel netjes herschrijft, dan verandert er in feite niets, vermits het Hof nu al aan iedereen vraagt te doen alsof de wet is aangepast in de gewenste zin”<sup>78</sup>. Volgens F. Crauwels rijst tevens de vraag of het Arbitragehof, conform artikel 8 tweede lid van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989, *überhaupt* wel bevoegd is om een dergelijke regeling van de temporele gevolgen uit te werken<sup>79</sup>. Dat artikel bepaalt dat “zo het Arbitragehof het nodig oordeelt, het Hof, bij wege van algemene beschikking die gevolgen van de vernietigde bepaling aanwijst welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd voor de termijn die het Hof vaststelt”. Artikel 8 laat bijgevolg, aldus F. Crauwels, enkel toe dat het Hof de gevolgen (uit het verleden) van de vernietigde bepaling handhaaft, maar verleent het Hof geen bevoegdheid voor een praktijk als in het arrest nr. 131/2005, waarbij het Hof de (toekomstige gevolgen van de) vernietigde bepaling zelf gehandhaafd houdt. De parlementaire voorbereiding bij de wet van 6 januari 1989 sluit een dergelijke praktijk in elk geval duidelijk uit: “Artikel 8, tweede lid betekent dat het Arbitragehof kan beslissen dat gevolgen die in het verleden zijn ontstaan, ook voor de toekomst definitief of voorlopig gehandhaafd blijven. *Het Hof kan echter niet oordelen dat de vernietigde wet of het vernietigd decreet ook na de vernietiging nog nieuwe gevolgen kan hebben.*”<sup>80</sup>

Niet alleen in de rechtsliteratuur, ook in de rechtspraak van een aantal arbeidsgerechten wordt het standpunt van het Arbitragehof over de temporele werking van het arrest nr. 131/2005, van de hand gewezen. Zo oordeelt de arbeidsrechtbank van Brussel op 4 augustus 2005 dat de bevoegdheid van het Arbitragehof om de temporele gelding van een vernietiging (sarrest) vast te stellen,

76. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *l.c.*, overw. B.11.2. Naar onze mening oordeelt het Arbitragehof in het arrest nr. 131/2005 terecht dat artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003 geen discriminatie instelt tussen begeleide en niet-begeleide documentloze minderjarigen. Dit belet evenwel niet dat dat artikel naar onze mening wél een ontoelaatbaar verschil in behandeling creëert tussen twee categorieën van vergezeld buitenlandse minderjarigen in illegaal verblijf, namelijk tussen, enerzijds, diegenen die vergezeld zijn door hun ouders en, anderzijds, de minderjarigen die niet met hun ouder(s), maar met hun wettelijke voogd illegaal op het grondgebied verblijven. Deze laatste jongeren zijn geen niet-begeleide minderjarigen en komen derhalve niet in aanmerking voor de bijzondere voogdijregeling voor alleenstaande minderjarigen (C. CASTELEIN, “De wet voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, in P. SENAËVE, F. SWENNEN, C. CASTELEIN, M. PERTEGAS, J. PUT e.a., *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 41-99; I. LAMMERANT, “La tutelle des mineurs étrangers non accompagnés”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, afl. 3, 423-437; B. VAN KEIRSBILCK, “Tutelle des mineurs non accompagnés. La loi et son application”, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 233, 27-41; G. VERSCHULDEN, “De creatie van een specifiek voogdijstelsel voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, *T.V.W.* 2003, afl. 3, 76-83). Anderzijds vindt het bijzondere opvangregime in artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003 ten overstaan van hen geen toepassing. Dat regime geldt immers, zo blijkt niet alleen uit de tekst zelf van artikel 483, maar ook uit de omzendbrief van 16 augustus 2004 (*cf. supra* voetnoot 48: “Het woord ‘ouders’ (in art. 483 van de Programmawet van 22 december 2003) moet in restrictieve zin begrepen worden. Andere personen dan de vader en/of de moeder vallen niet onder deze omschrijving”), enkel voor minderjarigen die vergezeld worden door hun ouders, niet voor minderjarigen die hun wettelijke voogd vervoegen. Het verschil in behandeling tussen door hun ouder(s) begeleide en door hun wettelijke vertegenwoordiger vergezeld minderjarigen zonder legaal verblijf – een onderscheid waarover de verzoekende partijen zich evenmin uitlaten in de procedure voor het Arbitragehof – berust naar onze mening niet op een objectief criterium en staat niet in een redelijke en proportionele verhouding met het ermee beoogde doel. Waarom zouden jongeren die begeleid worden door hun wettelijke vertegenwoordiger in illegaal verblijf niet in aanmerking (mogen) komen voor de opvangregeling in art. 483 van de Programmawet van 22 december 2003 en jongeren die hun ongedocumenteerde ouder(s) vergezellen wel? Waarom zouden de verplichtingen op het vlak van sociale bescherming, voortvloeiend uit het IVRK, wel mogen verschillen voor beide categorieën van vergezeld minderjarigen?

77. Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 131/2005, *l.c.*, overw. B.12.3.

78. P. PATAER, “Een vernietigend, maar nietszeggend arrest”, *TVMR* 2005, afl. 3, 16.

79. *Cf.* F. CRAUWELS, “Arbitragehof vernietigt materiële opvang voor illegaal verblijvende minderjarigen”, [www.vvsg.be](http://www.vvsg.be): “Het is op zijn minst vreemd dat een bepaling die strijdig is met de Grondwet en met internationale verdragen toch nog kan worden toegepast. Uiteindelijk beslist het Hof bij een vernietiging dat de bepaling ontoelaatbaar is. Waarom ze dan nog gevolgen laten ressorteren?”

80. *Hand.* Kamer 1988-89, DOC nr. 633/4, 26.

enkel aan het Hof toekomt in relatie tot grondwettelijke, maar niet tot verdragsrechtelijke grondrechtennormen<sup>81</sup>. De andersluidende interpretatie (nl. dat deze bevoegdheid ook de verdragsrechtelijk erkende grondrechten betreft) “serait contraire à la primauté du droit international sur le droit interne”, zo overweegt de arbeidsrechtbank, “[...] et mettrait en cause la responsabilité internationale de la Belgique. En effet, issu du droit international, l’obligation positive de prévenir les violations de la Convention s’applique à l’ensemble des autorités de l’Etat. Cette obligation est également celle du juge.” De uitspraak van het Arbitragehof over de gevolgen *ratione temporis* van het arrest nr. 131/2005 binden de arbeidsrechtbank, met andere woorden, enkel voor wat betreft artikel 22 van de Grondwet, maar niet voor artikel 8 van het EVRM of andere internationale verdragsbepalingen. De Brusselse arbeidsrechtbank beargumenteert vervolgens dat artikel 483 van de Programmawet disproportioneel is in de zin van (en derhalve een schending vormt van) artikel 8 tweede lid van het EVRM en laat de bijzondere opvangregeling uiteindelijk buiten toepassing (precies omdat de temporele werking van het arrest nr. 131/2005, zoals vooropgesteld door het Arbitragehof, de Brusselse arbeidsrechtbank niet bindt voor wat betreft de onverenigbaarheid van artikel 483 van de Programmawet met artikel 8 van het EVRM)<sup>82</sup>. Het vonnis van 4 augustus 2005 is geen geïsoleerde beslissing. Andere (opnieuw vooral Frans-talige) arbeidsgerechten hebben in gelijklopende zin geoordeeld<sup>83</sup>. Doorgaans kennen al deze rechtscollege aan de getroffen minderjarige en diens ouders steun toe onder de voorwaarden van het arrest nr. 106/2003, vóór de wetwijziging van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet door artikel 483 van de Programmawet<sup>84</sup>.

#### § 4. DE REACTIE VAN DE WETGEVER

De discussie of de regeling door het Arbitragehof van de temporele gelding van het vernietigingsarrest

nr. 131/2005 toelaatbaar is – en, daarbij aanleunend, de vraag of arbeidsgerechten gebonden zijn door deze regeling – lijkt inmiddels alweer grotendeels afgerond. Zoals de minister van Maatschappelijke Integratie reeds liet uitschijnen in antwoord op enkele parlementaire vragen (vlak) na het arrest nr. 131/2005<sup>85</sup>, heeft men van overheidswege niet de uiterste datum van 31 maart 2006 afgewacht om artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, in zijn toepassing op minderjarigen, aan te passen, maar werd een wetgevende wijziging ter zake via (artikel 22 van) de Programmawet van 27 december doorgevoerd<sup>86</sup>. Op basis van deze laatste wetwijziging wordt de (vernietigde) opvangregeling in artikel 483 van de Programmawet van 22 december 2003 aangevuld met de zin dat “de aanwezigheid in het opvangcentrum van de ouders of van de personen die het ouderlijk gezag over het kind daadwerkelijk uitoefenen, gewaarborgd wordt”.

#### V. EEN (VOORLOPIG) BESLUIT

Het vraagstuk van (de omvang van) het recht op maatschappelijke dienstverlening van minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf maakt, zo blijkt uit onze analyse, inderdaad het voorwerp uit van een ogenschijnlijk oneindig verhaal. Na een lange “voorgeschiedenis” tussen 1993 en 2003, gevoerd op het niveau van de arbeidsgerechten, is dit vraagstuk de laatste drie jaar in een echte stroomversnelling geraakt: twee vernietigingsarresten van het Arbitragehof, gevolgd door twee wetwijzigingen, die leiden tot nieuwe discussies in de rechtspraak van arbeidsgerechten.

Of er met de laatste wetsaanpassing, artikel 22 van de Programmawet van 27 december 2005, een einde komt aan deze hyperdynamische rechtsontwikkeling, is zeer de vraag. De wetgever heeft zich daarbij immers grotendeels beperkt tot de centrale beslissing van het Arbitragehof in het arrest nr. 131/2005 met betrekking tot het grondrecht op eerbiediging van het gezinsleven,

81. Arbrb. Brussel 4 augustus 2005, A.R. nr. 4.301/2005, *onuitg.* (“L’article 8 alinéa 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 doit être lu dans le cadre des compétences dévolus à la Cour d’arbitrage, à savoir le contrôle de la constitutionnalité des lois. C’est en cas d’inconstitutionnalité d’une loi que la Cour d’arbitrage a le pouvoir d’en maintenir provisoirement les effets. Cette faculté n’existe pas pour ce qui concerne les effets d’une loi qui violerait une disposition internationale directement applicable. Si les effets d’une loi belge contraire à une convention internationale directement applicable étaient maintenus provisoirement en droit interne, les engagements internationaux de la Belgique s’en trouveraient violés.”).

82. Arbrb. Brussel 4 augustus 2005, A.R. nr. 4.301/2005, *onuitg.* (“Le tribunal estime donc que le maintien des effets de l’article 483 de la loi du 22 décembre 2003 ne se justifie que dans la mesure où seule la condition de légalité est en cause: ainsi par exemple, lorsque la proposition d’hébergement formulée par Fedasil prévoit dès l’origine, l’accueil des parents et garantit le maintien du lien familial, l’application du dispositif légal doit être maintenu puisque la critique ne peut porter que sur le fait que le maintien du lien familial résulte d’un acte administratif plutôt que d’un acte du pouvoir législatif. [...] Par contre, lorsqu’il n’a rien été prévu et que l’application du dispositif légal est susceptible d’entraîner une dislocation de la cellule familiale, il y a lieu d’en écarter l’application sans attendre le 31 mars 2006, car dans ce cas il contrevient non seulement à la condition de légalité de l’ingérence mais aussi à l’exigence de proportionnalité dont le fondement résulte de la Convention européenne des droits de l’homme.”).

83. Arbrb. Brussel 29 augustus 2005, A.R. nrs. 78.766/04, 78.767/04, 78.768/04 en 90.676/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 12 oktober 2005, A.R. nrs. 79640/2004 en 5404/2005, *onuitg.*; Arbrb. Hoei 9 november 2005, [www.sdj.be](http://www.sdj.be). *Contra*: Arbrb. Brussel 8 september 2005, A.R. nrs. 7041/2005 en 10220/2005, *onuitg.*

84. Zie o.m. Arbrb. Brussel 4 augustus 2005, A.R. nr. 4.301/2005, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 29 augustus 2005, A.R. nrs. 78.766/04, 78.767/04, 78.768/04 en 90.676/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 12 oktober 2005, A.R. nr. 6.170/2005, *onuitg.*

85. Vr. nr. 7907 MAJEUR, 5 oktober 2005, over “het arrest van het Arbitragehof tot vernietiging van artikel 57 van de Organieke Wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn op het stuk van de toekenning van hulp aan minderjarigen die met hun ouders illegaal op het grondgebied verblijven”, *Hand. Kamer* 2005-06, COM 699, 2.

86. Wet 27 december 2005 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 30 december 2005.

waarbij het Arbitragehof vooropstelde dat de opvang van begeleide minderjarigen in illegaal verblijf in de federale opvangcentra kan, maar enkel mits de ouders hun kind(eren) in het centrum kunnen vergezellen. Die laatste garantie wordt thans in de nieuwe versie van het gewijzigde artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet aange-reikt.

Of dit de discussie op het niveau van een aantal (vooral Franstalige) arbeidsgerechten zal doen verdwijnen, is zeer de vraag<sup>87</sup>. Op een aantal argumenten van sommige rechtscolleges (en auteurs) dat het bijzondere opvangregime óók een inbreuk betekent op het (grond)recht op privé-leven van de jongere of het (grond)recht op onderwijs of, nog, dat de nieuwe opvangregeling omgeven is door onvoldoende procedurele garanties voor de minderjarige of zijn ouders, heeft het Arbitragehof zich niet expliciet uitgelaten. De wetgever hield wellicht mede om die reden geen rekening met deze argumentatie bij de wijziging van artikel 57 § 2 door artikel 22 van de Programmawet van 27 december 2005. Dat betekent evenwel niet dat deze argumenten niet opnieuw zullen opduiken in de opnieuw te verwachten rechtspraak over deze materie. Veelzeggend in dit verband is in elk geval dat de arbeidsrechtbank van Brussel, in het vonnis van 29 augustus 2005, het Arbitragehof adieerde met een nieuwe prejudiciële vraag omtrent de opvangregeling voor minderjarigen in illegaal verblijf, ditmaal toegespitst op het aspect van de procedurele bescherming<sup>88</sup>.

Wat wel reeds vaststaat, is dat de discussie zich in de toekomst ook sterker zal toespitsen op het recht op OCMW-steun van de ouder(s) in illegaal verblijf. In het arrest nr. 194/2005 heeft het Arbitragehof zich recent over deze kwestie uitgesproken, meer bepaald over het recht op maatschappelijke dienstverlening van een ouder in illegaal verblijf van een kind met een ernstige handicap, wiens medische toestand een absolute onmogelijkheid vormt om naar het land van herkomst terug te keren. Op de vraag of de beperking van maatschappelijke dienstverlening tot dringende medische hulp voor de ouder in voorkomend geval geen onverenigbaarheid oplevert met de artikelen 10 en 11 van de

Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 2, 3, 24 26 en 27 van het IVRK, antwoordt het Arbitragehof bevestigend. De strikte toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet behandelt, zo overweegt het Hof, “zonder redelijke verantwoording, personen die zich in fundamenteel verschillende situatie bevinden, op dezelfde wijze: diegenen die kunnen worden verwijderd en diegenen die dat niet kunnen, omdat zij de ouders zijn – en daarvan het bewijs kunnen leveren – van een minderjarig kind dat, om medische redenen, in de absolute onmogelijkheid verkeert om gevolg te geven aan een bevel om het grondgebied te verlaten omwille van een zware handicap waarvoor het geen adequate verzorging kan krijgen in zijn land van oorsprong, of in een ander land dat het dient terug te nemen, en wiens recht op de eerbiediging van het gezinsleven moet worden gevrijwaard door de waarborg van de aanwezigheid van zijn ouders aan zijn zijde”<sup>89</sup>.

Ook over nog een andere categorie van ouders in illegaal verblijf valt in de nabije toekomst een arrest van het Hof te verwachten. Het betreft het recht op OCMW-steun van de ouder(s) met een kind dat, in toepassing van artikel 10 eerste lid van het W.B.N., de Belgische nationaliteit heeft verworven. Het bijzondere van deze situatie is dat artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet sowieso geen toepassing vindt op kinderen met de Belgische nationaliteit<sup>90</sup>. De vraag rijst evenwel of het OCMW de steun voor de ouder(s) – omwille van hún illegaal verblijf – in toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet in voorkomend geval wél mag beperken tot dringende medische hulp. De arbeidsrechtbanken die zich tot dusver reeds over deze bijzondere situatie hebben uitgesproken, zijn doorgaans van oordeel dat de ouder(s), ondanks hun illegale verblijfsstatus, gerechtigd is (zijn) op méér dienstverlening dan dringende medische hulp. Onder meer de arbeidsrechtbank van Brussel oordeelde op 22 mei 2003 in die zin en beriep zich ter zake op artikel 8 van het EVRM. Volgens de rechtbank verhindert dat artikel in casu de verwijdering van de moeder van het Belgische grondgebied, waardoor artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op haar geen toepassing mag vinden<sup>91</sup>. Het Arbitragehof werd inmiddels gevat met enkele prejudiciële vragen over deze

87. Zie o.m. A. SOTOIT, “L’aide sociale aux mineurs en séjour illegal: une nouvelle étape dans la saga judiciaire”, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 250, 3-8.

88. Arbrb. Brussel 29 augustus 2005, A.R. nrs. 78.766, 78.767, 78.768/04 en 90.676/05, *onuitg.*

89. Arbitragehof 21 december 2005, nr. 194/2005, *l.c.*, overw. B.5.2.

90. Zie Vr. nr. 7575 MAJEUR, 5 oktober 2005, over “de problematiek van de kinderen van Belgische nationaliteit wier ouders illegaal in ons land verblijven”, *Hand. Kamer* 2005-06, COM 699, 1-4, waarin de minister van Maatschappelijke Integratie uitdrukkelijk bevestigde dat “l’enfant belge n’est absolument pas visé par cette exception (bedoeld wordt art. 57 § 2 van de OCMW-Wet). L’enfant belge a donc droit à une aide sociale adaptée en fonction de ses besoins, comme toute autre personne qui réside légalement sur le territoire”.

91. Arbrb. Brussel 22 mei 2003, *Soc. Kron.* 2004, afl. 5, 274-277. Zie tevens Arbrb. Brussel 27 maart 2000, A.R. nr. 317.701, *onuitg.*, waarin de moeder illegaal op het grondgebied verbleef, maar de kinderen de Belgische nationaliteit bezitten en de arbeidsrechtbank overweegt: “Of de eiseres (de moeder) nu illegaal in het land verblijft of niet, haar kinderen met de Belgische nationaliteit hebben recht op een menswaardig leven, wat hun onder meer wordt gegarandeerd door artikel 23 van de Grondwet, wat ook het recht op sociale zekerheid bevat. De kinderen hebben bovendien het recht om bij hun moeder te worden opgevoed, wat onmogelijk is als de moeder niet over een minimum beschikt om te leven. De enige mogelijkheid om voor de Belgische kinderen in België een menswaardig leven te garanderen, is hun moeder een bedrag toe te kennen, gelijk aan het bestaansminimum als alleenstaande met kinderlast”. Zie eveneens Arbrb. Brussel 30 juni 2003, A.R. nr. 50.681/03, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 9 juli 2003, A.R. nr. 51.784/03, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 5 augustus 2004, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 239, 36-43 en *T. Vreemd.* 2005, afl. 1, 59 (verkort); Arbrb. Brussel 15 september 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 35-38, *Rev. dr. étr.* 2003, afl. 130, 608-611 en *T. Vreemd.* 2005, afl. 2, 171 (verkort); Arbrb. Brussel 24 juni 2005, *Rev. dr. étr.* 2005, afl. 134, 417-420; Arbrb. Brussel 14 juli 2005, *Rev. dr. étr.* 2005, afl. 134, 420-426.

kwestie, zodat hierover binnen afzienbare tijd een (eerste) arrest valt te verwachten<sup>92</sup>.

Het laatste woord over het recht op OCMW-steun van minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf en hun

ouders, zo veel is duidelijk, is dus zeker nog niet geschreven.

---

92. Zie o.m. prejudiciële vraag (ingeschreven onder rolnummer 3716) van de arbeidsrechtbank te Brussel, bij vonnis van 27 mei 2005 (*B.S.* 29 juni 2005); prejudiciële vraag (ingeschreven onder rolnummer 3758) van de arbeidsrechtbank te Brussel, bij vonnis van 14 juli 2005, (*B.S.* 2 september 2005); prejudiciële vraag (ingeschreven onder rolnummer 3782) van de arbeidsrechtbank te Brussel, bij vonnis van 13 september 2005, (*B.S.* 31 oktober 2005); prejudiciële vraag (ingeschreven onder rolnummer 3775) van de arbeidsrechtbank te Brussel, bij vonnis van 29 september 2005 (*B.S.* 31 oktober 2005); prejudiciële vraag (ingeschreven onder rolnummer 3803) van de arbeidsrechtbank te Brussel, bij vonnis van 26 oktober 2005 (*B.S.* 28 november 2005).