

OCMW-steun voor buitenlandse gezinnen in illegaal verblijf met kinderen in bijzondere overmachtsituaties: een overzicht van de rechtspraak van het Arbitragehof en de arbeidsgerechten

Steven Bouckaert

Wetenschappelijk medewerker KULeuven

VOORAF

De afgelopen jaren is er in de doctrine¹ – ook in dit tijdschrift² – heel wat aandacht uitgegaan naar het recht op maatschappelijke dienstverlening van buitenlandse gezinnen met minderjarige kinderen die op illegale wijze op het Belgische grondgebied verblijven. De onmiddellijke aanleiding hiervoor vormt de lang aanslepende discussie over deze kwestie in de rechtspraak van zowel de arbeidsgerechten als het Arbitragehof. Het centrale punt van deze discussie betrof de vraag of artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet – dat het recht op OCMW-steun van vreemdelingen in illegaal verblijf inperkt tot (in beginsel) dringende medische hulp – wel onverkort mag worden toegepast op documentloze minderjarigen (en op de ouders van deze kinderen), en dit in het licht van de mensenrechtelijke engagementen van ons land, in het bijzonder van de verplichtingen die voortvloeien uit het IVRK. Onder druk van de ontwikkelingen in de rechtspraak – waarbij artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet, in zijn toepassing op minderjarigen, onder bepaalde voorwaarden, strijdig werd bevonden met een aantal grondrechtennormen – is de wetgever in de loop van 2004 en 2005 tot tweemaal toe tussengekomen. Als gevolg daarvan zijn documentloze minderjarigen én hun ouders in illegaal verblijf voortaan gerechtigd op ruimere steun dan enkel de dringende medische hulp, meer bepaald op de materiële dienstverlening die wordt verstrekt in de federale opvang-

centra voor kandidaat-vluchtelingen. Door de dubbele tussenkomst van de wetgever is de discussie in de rechtspraak over het recht op steun van buitenlandse gezinnen in illegaal verblijf op dit ogenblik beëindigd althans in overwegende mate³.

De afgelopen maanden zijn er evenwel enkele nieuwe vraagstukken aan de orde gesteld in de rechtspraak. Deze hebben niet meer betrekking op het recht op maatschappelijke dienstverlening van gezinnen waarvan zowel de ouders als de kinderen illegaal op het grondgebied verblijven, maar wel op het recht op steun van ouders zonder legaal verblijfsstatuut wiens kinderen zich in een bijzondere overmachtsituatie bevinden. Een eerste kwestie betreft het recht op dienstverlening van ouders in illegaal verblijf wiens kinderen zich in een situatie van medische overmacht bevinden (cf. *infra* punt A). De tweede situatie – waarover de meeste vonnissen en arresten handelen – houdt verband met het recht op OCMW-steun van ouders in illegaal verblijf wiens kinderen de Belgische nationaliteit bezitten en/of over een legaal verblijfsstatuut beschikken (cf. *infra* punt B). De rechtspraak beperkt zich thans niet langer tot het niveau van de arbeidsgerechten. Inmiddels heeft ook het Arbitragehof zich in vier arresten over beide kwesties uitgesproken, meer bepaald in het arrest nr. 194/2005 van 21 december 2001⁴, in de arresten nrs. 32/2006 en 35/2006 van 1 maart 2006⁵, en, ten slotte, in het arrest nr. 44/2006 van 15 maart 2006⁶.

1. Zie o.m. S. BOUCKAERT, "Maatschappelijke dienstverlening voor minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf: een never ending story over de impact van mensenrechtenbescherming", *T. Vreemd.* 2005, afl. 4, 286-332; J.-P. JACQUES, "Aide sociale et mineurs étrangers: le législateur est invité à revoir sa copie", *J.L.M.B.* 2005, afl. 23, 1006-1022; H. PAS, "Minderjarige vreemdelingen en het recht op een levensminimum of bestaanszekerheid", *OCMW-visies* 2002, afl. 2, 18-23; A. SOTOIT, "L'aide aux mineurs en séjour illégal: une nouvelle étape dans la saga judiciaire", *J. dr. jeun.* 2005, afl. 250, 3-7; S. VAN DROOGHENBROECK, "L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant: le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme", in X., *Les enfants et l'aide sociale*, Brussel, F.U.S.L., 2004, 59-111; B. VAN KEIRSBLICK, "Aide sociale aux familles séjournant illégalement sur le territoire belge. Le point sur la jurisprudence récente", *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 2-18.
2. Zie o.m. S. BOUCKAERT, "Het recht op maatschappelijke dienstverlening van minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf. Een stand van zaken van de rechtspraak", *TJK* 2006, afl. 2, 101-117.
3. Bepaalde rechtscolleges blijven niettemin van oordeel dat de nieuwe wettelijke regeling nog steeds niet op adequate wijze de sociale basisbescherming verzekert van gezinnen met minderjarige kinderen in onregelmatig verblijf (zie o.m. C. VAN ZEEBROECK, "Aperçu de jurisprudence des tribunaux du travail. L'aide sociale aux familles en séjour illégal après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 19 juillet 2005", *J. dr. jeun.* 2006, afl. 253, 7-12).
4. Arbitragehof nr. 194/2005, 21 december 2005, A.A. 2005, afl. 5, 2545, B.S. 10 februari 2006, *OCMW-visies* 2006, afl. 2, 68 en *T. Vreemd.* 2006, afl. 2, 224.
5. Arbitragehof nr. 32/2006, 1 maart 2006, A.A. 2006, afl. 2, 403, B.S. 29 mei 2006 en *T. Vreemd.* 2006, afl. 2, 131; Arbitragehof nr. 35/2006, 1 maart 2006, A.A. 2006, afl. 2, 429 en B.S. 29 maart 2006.
6. Arbitragehof nr. 44/2006, 15 maart 2006, A.A. 2006, afl. 2, 517 en B.S. 23 mei 2006.

I. OUDERS MET EEN KIND IN EEN SITUATIE VAN MEDISCHE OVERMAGT

Het eerste vraagstuk betreft, zoals gezegd, het recht op maatschappelijke dienstverlening van ouders in illegaal verblijf met een kind dat zich in een situatie van medische overmacht bevindt.

In het arrest nr. 80/99 van 30 juni 1999 oordeelde het Arbitragehof dat artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet niet toegepast mag worden op vreemdelingen voor wie het, om medische redenen, absoluut onmogelijk is om gevolg te geven aan een bevel om het grondgebied te verlaten⁷. In het verlengde van dit arrest kennen heel wat arbeidsgerichten ruimere maatschappelijke dienstverlening dan enkel de dringende medische hulp toe aan illegale verblijfhouders die kunnen aantonen dat zij omwille van hun gezondheidstoestand onmogelijk kunnen terugkeren naar hun land van herkomst⁸. Het arrest nr. 80/99 heeft evenwel, strikt juridisch bekeken, enkel betrekking op het recht op maatschappelijke dienstverlening van de persoon die zich in de situatie van medische overmacht bevindt. Sommige arbeidsrechtbanken bleken in de praktijk niettemin niet enkel (ruimere) steunverlening toe te kennen aan de vreemdeling met de medische aandoening, maar ook aan de mantelzorger(s) van deze vreemdeling, die vaak eveneens illegaal op het grondgebied verblijft (verblijven)⁹. De toekenning van een afzonderlijk begrote OCMW-steun voor de mantelzorger(s) trof men in de rechtspraak van de arbeidsgerichten vooral aan indien de ernstig zieke vreemdeling hetzij (hoog)bejaard en hulpbehoevend, hetzij minderjarig is. Een voorbeeld van dit laatste levert het vonnis van 5 december 2003, waarin de arbeidsrechtbank van Brussel oordeelde dat “en l’occurrence il est évident – et n’est d’ailleurs sérieusement contesté par aucune partie – que le fils de monsieur X. et son épouse se trouve dans l’impossibilité médicale absolue de quitter la Belgique. Ses parents et son jeune frère ne peuvent dès lors pas non plus être contraints de quitter le pays, à moins de les forcer à abandonner l’enfant,

ce qui est inconcevable. Bien que monsieur X. et son épouse se trouvent en séjour illégal dans le pays, l’article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 ne peut donc exceptionnellement pas s’appliquer à eux”¹⁰. In het vonnis van 28 december 2005 verwijst de arbeidsrechtbank van Brussel in dit verband zelfs expliciet naar artikel 8 van het EVRM¹¹.

Omdat men, zoals reeds gezegd, het recht op OCMW-steun van de mantelzorger in illegaal verblijf van een vreemdeling in een situatie van medische overmacht niet – of althans niet rechtstreeks – kan schragen op het arrest nr. 80/99 van het Arbitragehof, was het onduidelijk in welke mate deze ontwikkeling in de rechtspraak van de arbeidsgerichten de goedkeuring van het Arbitragehof zou wegdragen. Uit het arrest nr. 194/2005 d.d. 21 december 2005 blijkt nu dat het Arbitragehof deze ontwikkeling niet van de hand wijst¹².

In dat arrest diende het Arbitragehof zich uit te spreken over het recht op OCMW-steun van een vrouw in illegaal verblijf met 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 vrouw 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 situaties 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.”¹³

7. Arbitragehof nr. 80/99, 30 juni 1999, B.S. 24 november 1999.

8. Voor een grondige bespreking, zie S. BOUCKAERT, “Artikel 57 § 2 van de OCMW-wet en vreemdelingen in een situatie van medische overmacht – Een overzicht van de rechtspraak (i.h.b. tussen 1999 en 2004)”, *T. Vreemd.* 2005, afl. 2, 78-95.

9. Zo bv. oordeelt de arbeidsrechtbank te Antwerpen, in het vonnis van 8 maart 2000 (Arbrb. Antwerpen 8 maart 2000, A.R. nr. 314.907, *onuitg.*), dat het “derhalve evident is dat de terminaal zieke moeder van eiser dient bijgestaan te worden door de enige familie die ze in dit land heeft, zijnde het gezin van eiser; dat dan ook aan deze familieleden, in casu eiser en zijn gezin, maatschappelijke dienstverlening dient toegestaan te worden”. In gelijkaardige zin overwoog de arbeidsrechtbank te Brussel dat de echtgenote van een kankerpatiënt, ondanks haar eigen illegale verblijfsstatuut, eveneens gerechtigd is op volwaardige steunverlening, “parce qu’elle doit rester en Belgique pour aider son mari très gravement malade” (Arbrb. Brussel 22 januari 2002, *Rev. dr. étr.* 2002, afl. 117, 106-114).

10. Arbrb. Brussel 12 december 2003, *T. Vreemd.* 2004, afl. 3, 286-287. In dezelfde zin: Arbrb. Brussel 13 december 2004, A.R. nr. 83.669/04, *onuitg.*

11. Arbrb. Brussel 28 december 2005, A.R. nr. 13.755/05, *onuitg.*: “[...] il paraît inconcevable sur base de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme de séparer l’enfant, âgé aujourd’hui de 6 mois, de sa mère. Cette disposition garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Le très jeune âge de l’enfant ainsi que son état de santé hypothèque impose qu’il suive le même sort (favorable?) que sa mère.” In dezelfde zin: Arbrb. Brussel 6 januari 2006, A.R. nr. 17.207/2005, *onuitg.*

12. *Cf. supra* voetnoot 4.

13. Arbitragehof nr. 194/2005, 21 december 2005, *l.c.*, overw. B.5.2. Het Arbitragehof overweegt overigens expliciet dat art. 8 EVRM niet alleen een (negatieve) onthoudingsplicht, maar tevens een (positieve) handelingsplicht veronderstelt: “Ofschoon artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat dezelfde draagwijdte heeft als artikel 22 van de Grondwet, in hoofdzaak ertoe strekt het individu te beschermen tegen willekeurige inmengingen van de overheid, legt die bepaling bovendien de Staat positieve verplichtingen op die inherent zijn aan een daadwerkelijke ‘eerbiediging’ van het gezinsleven: ‘Zo zal daar waar een familiale band bestaat, de Staat in beginsel zo dienen te handelen dat die band kan worden ontwikkeld en de geëigende maatregelen moeten nemen om de betrokken ouder en het kind te verenigen’” (overw. B.5.1.).

Alvast deze categorie van ouders weet zich voortaan, op basis van het arrest nr. 194/2005 van het Arbitragehof, verzekerd van een recht op ruimere OCMW-steun. Uit een aantal recente uitspraken blijkt dat arbeidsgerechten inmiddels expliciet verwijzen naar en toepassing maken van het arrest nr. 194/2005 van het Arbitragehof¹⁴.

II. OUDERS MET KINDEREN MET DE BELGISCHE NATIONALITEIT OF MET KINDEREN MET EEN LEGAAL VERBLIJFSSTATUUT

Sinds enige tijd beroept nog een andere categorie van vreemdelingen in illegaal verblijf zich op overmacht op te beargumenteren dat artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op hen geen toepassing mag vinden. Het gaat meer bepaald om illegale verblijfhouders van wie de kinderen hetzij de Belgische nationaliteit bezitten, hetzij gemachtigd of toegelaten zijn om op een (duurzame) legale wijze op het Belgische grondgebied te verblijven. Bijkomend dient men hier evenwel nog een drietal subhypothesen te onderscheiden.

§ 1. BEIDE OUDERS IN ILLEGAAL VERBLIJF MET EEN KIND MET DE BELGISCHE NATIONALITEIT IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 10 EERSTE LID VAN HET W.B.N. (EERSTE HYPOTHESE)

Een eerste subhypothese houdt verband met de toepassing van artikel 10 eerste alinea van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit (W.B.N.). Krachtens dat artikel verwerft een buitenlands kind de Belgische nationaliteit wanneer het in ons land wordt geboren en apatride (of staatloos) is, dit wil zeggen niet in aanmerking komt voor een andere nationaliteit.

A. SITUERING

De afgelopen jaren is het aantal toepassingen van artikel 10 van het W.B.N. gevoelig gestegen, en dit als gevolg van de toegenomen aanwezigheid in ons land – vooral in het Brusselse – van vreemdelingen uit Latijns-Amerikaanse landen. In het interne nationaliteitsrecht

van een aantal van die landen (onder meer Ecuador en Brazilië) geldt het zogenaamde *ius soli*-beginsel, op grond waarvan kinderen de nationaliteit bekomen door de geboorte op het grondgebied van het land en niet via de nationaliteit van hun ouders. Kinderen van (bepaalde) Zuid-Amerikaanse ouders die in België worden geboren – en bij hun geboorte, omwille van het *ius soli*-beginsel, niet in aanmerking komen voor de nationaliteit van hun ouders –, zijn staatloos en verwerven, conform artikel 10 van het W.B.N., de Belgische nationaliteit, ongeacht of hun ouders legaal dan wel illegaal op het Belgische grondgebied verblijf houden. Zoals gezegd, is het aantal kinderen dat op die manier Belg is geworden, de laatste jaren gestegen. In bepaalde gevallen blijkt overigens dat de ouders er doelbewust voor opteren om hun kind de Belgische nationaliteit te laten verwerven. Zo is het bijvoorbeeld voor onderdanen van Ecuador mogelijk om bij hun ambassade in België aangifte te doen van de geboorte van hun kind, in welk geval het kind toch in aanmerking komt voor de Ecuadoriaanse nationaliteit. De ouders laten in de praktijk evenwel na om aangifte te doen, zodat het kind, conform artikel 10 van het W.B.N., Belg wordt. Deze mogelijkheid om via aangifte bij de ambassade de nationaliteit van de ouders te bekomen, bestaat evenwel niet voor alle Zuid-Amerikaanse onderdanen.

Het toenemend aantal situaties waarbij de ouders (en desgevallend enkele broers en zussen) illegaal op het Belgische grondgebied verblijven, samen met minstens één kind met de Belgische nationaliteit, geeft, getuige de rechtspraak, aanleiding tot vooral de twee volgende vragen.

Eerst is er de vraag of de ouders in voorkomend geval hun onregelmatige verblijfsstatus kunnen laten regulariseren omwille van de aanwezigheid in het gezin van minstens een kind met de Belgische nationaliteit, dat in principe niet van het grondgebied verwijderd mag worden, gelet op artikel 3 van het Vierde Protocol bij het EVRM (verbod van uitzetting van nationale onderdanen). Over deze kwestie, waar we hier niet (uitgebreid) op ingaan¹⁵, was en is de rechtspraak verdeeld. Aanvankelijk zag het er naar uit dat er zich een meerderheidsstrekking in de jurisprudentie ontwikkelde rond

14. Zie o.m. Arbrb. Brussel 24 februari 2006, A.R. nrs. 2.556/05 en 2.557/05, *onuitg.*, waarin de rechtbank steun toekent aan de ouders in illegaal verblijf van een kind met een handicap van meer dan 66 procent dat tevens in een bijzondere onderwijsinstelling schoolloopt. Zie ook: Arbh. Bergen 17 augustus 2006, A.R. nr. 20.118, *onuitg.*, waarin het arbeidshof, naast het arrest nr. 194/2005, tevens verwijst naar art. 3 EVRM (“Lorsqu’une personne est promise à une mort certaine ou même simplement probable, voire à une dégradation inéluctable de sa santé pouvant la confiner à une état morbide ou végétatif dans son pays d’origine, au regard de l’absence de traitement adéquat disponible sur place, elle ne peut être renvoyée dans ce pays”). Zie tevens: Arbrb. Brussel 9 oktober 2006, A.R. nr. 6586/06, *onuitg.* (“[...] le Tribunal considère que l’enfant de la requérante se trouve, pour des raisons médicales, dans l’impossibilité absolue de donner suite à l’ordre de quitter le territoire en raison d’un handicap lourd pour lequel des soins adéquats ne peuvent lui être accordés dans son pays d’origine. Le Tribunal tient compte du fait qu’aucune prise en charge n’a été accordée à l’enfant dans son pays d’origine et que le diagnostic de surdité y a été posé tardivement. Le fait, mis en avant par le CPAS, que l’apparition du handicap soit antérieure à l’arrivée en Belgique est sans incidence. La prise en charge dont l’enfant fait l’objet en Belgique depuis plusieurs années lui est absolument nécessaire pour qu’il puisse accéder à une forme de langage. Le fait qu’il puisse déchiffrer certains mots de langue de sa mère en lisant sur les lèvres de celle-ci ne modifie pas cette appréciation. En cas d’interruption de la prise en charge multidisciplinaire, son droit au développement personnel et son droit d’établir et entretenir des rapports avec d’autres êtres humains et le monde extérieur, garantis par l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, seraient sérieusement compromis.”)

15. Zie o.m. G. MAES, “Vreemdelingen zonder legaal verblijf met Belgische kinderen: uitzetting van onderdanen of beschermd gezinsleven als hefboom voor regelmatig verblijf”, *T. Vreemd.* 2005, afl. 4, 332-339; L. WALLEYN, “Recente rechtspraak over ouders van Belgische kinderen in onregelmatig verblijf”, *T. Vreemd.* 2006, afl. 4, 403-408; B. VOOS en C. VAN ZEEBROECK, “Le droit au séjour des étrangers auteurs d’enfant belge: état des lieux et perspectives”, *J. dr. jeun.* 2006, afl. 257, 3-12.

de zogenaamde theorie van de juridische spitsvondigheid, op grond waarvan geoordeeld wordt dat vreemdelingen in een dergelijke situatie geen verblijfsrechten kunnen putten uit hun eigen nalatig en/of onwettig optreden (onwettig verblijf, nalaten aangifte te doen van de geboorte van hun kind bij hun ambassade). Het hof van beroep te Brussel heeft deze theorie, in het arrest van 6 oktober 2006¹⁶, evenwel van de hand gewezen, op basis van onder meer de volgende overweging: “On ne peut reprocher aux intimés d’avoir usé délibérément des possibilités que leur offrait, dans la plus stricte légalité, l’application combinée de l’article 7.2.1 de la Constitution politique de l’Equateur du 5 juin 1998, et de l’article 10 alinéa 1^{er} du Code de la nationalité belge, pour voir reconnaître à leur enfant la nationalité belge. [...] En parents soucieux du bien-être de leur enfant, il est légitime qu’ils aient préféré pour celle-ci la nationalité d’un pays comme la Belgique, qui de toute évidence lui offre des conditions de vie et des perspectives d’avenir nettement plus favorables que celles dont elle aurait pu bénéficier en Equateur.” Een tweede vraagstuk raakt aan de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet¹⁷. Op zich bestaat er geen betwisting dat dat artikel niet toegepast kan worden ten overstaan van het Belgische kind¹⁸. De vraag rijst echter of, als gevolg daarvan, artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet ook buiten toepassing moet worden gelaten ten opzichte van de ouders en/of de eventuele broers en zussen die niet over de Belgische nationaliteit beschikken en illegaal op het grondgebied verblijven.

B. DE INITIËLE RECHTSPRAAK OP HET NIVEAU VAN DE ARBEIDSGERECHTEN

Heel wat arbeidsgerechten hebben deze laatste vraag positief beantwoord en geoordeeld dat de ouders (en eventuele broers en zussen), ondanks hun illegale verblijfsstatus, toch gerechtigd zijn op ruimere steun dan enkel de dringende medische hulp. In een aantal van deze vonnissen beschouwt de rechtbank de onverkorte toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op de ouders als een schending van artikel 8 van het EVRM. Onder meer de arbeidsrechtbank van Brussel overweegt in dit verband, in het vonnis van 5 augustus 2004¹⁹, het volgende:

“[...] La présence au sein d’une même famille, dont les parents sont en situation illégale, d’un enfant mineur belge, et d’au moins un autre enfant mineur non belge (en situation illégale, comme ses parents) crée une situation hybride qui, de manière assez surréaliste de-

vrait théoriquement amener le tribunal, d’une part à octroyer une aide sociale classique et sans restrictions au profit de l’enfant belge, et d’autre part à renvoyer l’autre enfant équatorien ainsi que ses parents vers l’agence fédérale pour l’accueil des demandeurs d’asile. [...]

Se pose, vu le traitement différencié de l’enfant belge par rapport à celui qui est de nationalité étrangère, la question cruciale du respect de la vie privée et familiale protégée par l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme. [...]

Le seul état de ‘personnes en situation illégale’ sur le territoire belge dans le chef de quelques membres de la famille ne justifie pas en soi sa dislocation et un traitement discriminatoire de sa partie ‘non belge’ par rapport à sa partie ‘belge’. Un tel traitement est, à n’en pas douter, contraire au prescrit de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme qui prévoit [...].

Même si l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme n’ouvre pas en tant que tel un droit à une aide sociale, il emporte en l’espèce d’examiner si les modalités différentes de l’aide à fournir ne portent pas atteinte de manière disproportionnée à cette vie privée et familiale sur le territoire. [...]

Quant à la proportionnalité [...] force est de constater qu’un traitement différencié d’un enfant belge par rapport à la partie non belge de sa famille serait en l’espèce disproportionné vu:

- 1. le jeune âge de l’enfant qui, pour être né le 30 mars 2002, n’est âgé de deux ans et demi environ;*
- 2. les liens affectifs effectifs qui unissent les membres de cette famille qui n’est nullement disloquée;*
- 3. la scolarisation des deux enfants au sein du même établissement;*
- 4. la santé apparemment fragile du plus jeune des enfants;*
- 5. l’absence totale de liens qu’a l’enfant belge avec l’Equateur.*

Compte tenu des circonstances propres au cas d’espèce, il y a lieu d’écarter l’article 57 par. 2 [...] dans la mesure où l’application de telles dispositions à la famille dont il est question apparaîtrait totalement disproportionnée et constituerait à n’en pas douter une violation de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme.”

Deze beslissing is, zoals reeds gezegd, geen geïsoleerde uitspraak. In verschillende andere vonnissen werd er in gelijkaardige zin geoordeeld dat de ouders kunnen bogen op een zelfstandig recht op volwaardige

16. Brussel 6 oktober 2006, *T. Vreemd*. 2006, afl. 4, 416-418.

17. Voor een grondige bespreking, zie S. GILSON, “Chronique de jurisprudence. Le droit à l’aide sociale des étrangers auteurs d’enfants belges”, *J. dr. jeun.* 2006, afl. 257, 13-20.

18. Zie o.m. Arbrb. Brussel 15 maart 2006, A.R. nr. 20728/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 6 juli 2006, A.R. nr. 5010/06, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 26 april 2006, A.R. nr. 2188/2006, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 26 juni 2006, A.R. nr. 6170/2006, *onuitg.* In het vonnis van 7 december 2005 overweegt de arbeidsrechtbank van Brussel dat art. 57 § 2 OCMW-Wet evenmin toegepast kan worden op een kind dat in de nabije toekomst de Belgische nationaliteit verwerft (Arbrb. Brussel 7 december 2005, A.R. nr. 9053/05, *onuitg.*).

19. Arbrb. Brussel 5 augustus 2004, A.R. nr. 198.510, *onuitg.*

OCMW-steun²⁰. De omvang van de in casu toegekende steun verschilt wel van uitspraak tot uitspraak. In sommige gevallen kent de arbeidsrechtbank financiële steun ten belope van het (laagste) leefloon voor een samenwonende²¹, in andere uitspraken wordt het OCMW veroordeeld tot de toekenning van financiële hulp ten bedrage van het (hoogste) leefloon voor een persoon die samenwoont met een gezin te zijnen laste²². Bepaalde rechtscolleges kennen tevens financiële steun toe ten belope van de gewaarborgde gezinsbijslag²³, andere niet, tenzij bijkomende bijzondere behoeften worden aangetoond²⁴.

Niettegenstaande een meerderheid van de arbeidsge rechten het standpunt huldigt dat de ouders in illegaal verblijf over een eigen recht op maatschappelijke dienstverlening beschikken – al bestaan er verschillen terzake omtrent de precieze omvang van dat recht –, hebben sommige rechtscolleges in een andere zin beslist. Volgens deze arbeidsrechtbanken is er in hoofde van de ouders (en eventuele broers en zussen) in illegaal verblijf geen sprake van een overmachtsituatie die ertoe noopt de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet van de hand te wijzen²⁵. Opvallend is dat deze rechtscolleges bij de begroting van het recht op steun voor het kind met de Belgische nationaliteit af en toe wel rekening houden met het feit dat de ouders en eventuele broers en zussen van het Belgische kind illegaal op het grondgebied verblijven²⁶.

C. HET ARREST NR. 35/2006 VAN HET ARBITRAGEHOF D.D. 1 MAART 2006

Het Arbitragehof is, in het arrest nr. 35/2006 van 1 maart 2006²⁷, deze laatste (minderheids)strekking in de rechtspraak bijgetreden. Het arrest kwam er naar aanleiding van een prejudiciële vraag in een zaak over het recht op OCMW-steun van twee Ecuadoriaanse ouders in illegaal verblijf met een kind dat, ingevolge artikel 10 van het W.B.N., de Belgische nationaliteit heeft verworven. Op de vraag of de toepassing van arti-

kel 57 § 2 van de OCMW-Wet op de ouders geen strijdigheid oplevert met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang met de artikelen 22, 23 en 191 van de Grondwet en de artikelen 2, 3, 24, 26 en 27 van het IVRK en artikel 8 van het EVRM, stelt het Hof duidelijk “dat het feit dat een volwassen persoon met illegaal verblijf voor zichzelf geen recht heeft op volledige maatschappelijke dienstverlening niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”.

Het Hof brengt vervolgens niettemin enkele nuances aan:

“Aangezien het Belgische kind van die persoon recht heeft op dienstverlening voor zichzelf, worden de artikelen 2.2 en 3.2. van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind niet geschonden. Dat geldt des te meer daar het feit dat de ouder met illegaal verblijf van een kind dat wettig op het grondgebied verblijft, geen eigen recht heeft op volledige maatschappelijke dienstverlening niet impliceert dat geen rekening dient te worden gehouden met de specifieke gezinssituatie bij de toekenning van hulpverlening aan het kind. Het staat aan het openbaar centrum voor maatschappelijke welzijn om binnen de perken van zijn wettelijke opdracht en, in geval van conflict aan de rechter, om het meest geëigende middel te kiezen teneinde het hoofd te bieden aan de reële en huidige behoeften van de minderjarige, teneinde hem de vrijwaring van zijn gezondheid en zijn ontwikkeling te verzekeren.

Aangezien bij de toekenning van maatschappelijke dienstverlening alle behoeften van het kind in aanmerking dienen te worden genomen, moet, voor de vaststelling van de aan dat kind toe te kennen maatschappelijke dienstverlening, rekening worden gehouden met de gezinssituatie van het kind, alsmede met de omstandigheid dat het recht op maatschappelijke dienstverlening van diens ouders met illegaal verblijf wordt beperkt tot de dringende medische hulpverlening.”

De beslissing van het Arbitragehof is bijgevolg genuanceerd. Het Hof gaat, enerzijds, duidelijk niet zover als

20. Zie o.m. Arbrb. Brussel 2 februari 2005, A.R. nr. 17224/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 14 juli 2005, *T. Vreemd.* 2006, afl. 1, 54-57 (“L’ensemble de ces éléments indique que les attaches familiales et sociales de cette famille se sont ancrées en Belgique au point de faire de notre pays le centre de leur intérêts et que, même s’ils ne se trouvent pas dans l’impossibilité absolue de retourner dans leur pays d’origine, l’ingérence que représenterait ce rapatriement au regard de la protection de leur vie familiale et de leur domicile revêtirait un caractère disproportionné par rapport aux intérêts de la collectivité: la séparation d’avec la famille de madame, l’éloignement durable de l’enfant du territoire dont il a la nationalité et dans lequel il conserve le droit intangible de résider et d’y faire ses études, la réinstallation de cette famille dans des conditions de précarité dans un pays dans lequel ils n’ont plus d’attaches familiales, sociales et professionnelles, sont autant de facteurs de nature à porter gravement préjudice au développement de l’enfant à l’égard duquel l’Etat belge assume une responsabilité en raison de sa nationalité.”); Arbrb. Brussel 2 februari 2006, *T. Vreemd.* 2006, afl. 3, 337-339; Arbrb. Brussel 15 maart 2006, A.R. nr. 20.728/05, *onuitg.*
21. Arbrb. Brussel 24 juni 2005, A.R. nr. 3977/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 14 juli 2005, *T. Vreemd.* 2006, afl. 1, 54-57; Arbrb. Brussel 15 maart 2006, A.R. nr. 20.728/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 26 april 2006, A.R. nr. 2188/2006, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 14 juni 2006, A.R. nr. 4856/06 A.R. nr. 4856/06, *onuitg.*
22. Arbrb. Brussel 21 oktober 2005, A.R. nr. 11339/2005, *onuitg.*
23. Zie o.m. Arbrb. Brussel 6 juli 2006, A.R. nr. 5010/06, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 2 juni 2006, A.R. nr. 3040/06, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 15 maart 2006, A.R. nr. 20.728/05, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 24 juni 2005, A.R. nr. 3977/05, *onuitg.*
24. Arbrb. Brussel 26 juni 2006, A.R. nr. 6170/06, *onuitg.*
25. Zie o.m. Arbrb. Brussel 18 mei 2005, A.R. nr. 3216/05, *onuitg.* (“Les demandeurs ont choisi de ne pas enregistrer la naissance de leur enfant auprès du consulat équatorien pour lui faire acquérir la nationalité belge sur base de l’article 10 du code de nationalité belge. La nationalité de leur enfant n’est pas dès lors un événement imprévisible qui provient d’une cause extérieure aux demandeurs”). In dezelfde zin: Arbrb. Namen 28 april 2006, A.R. nr. 127.114, *onuitg.*
26. Zie o.m. Arbrb. Brussel 26 juli 2005, A.R. nr. 6641/05 en 7512/05, *onuitg.*
27. *Cf. supra* voetnoot 5.

de meerderheid onder de arbeidsrechten die in voorkomend geval artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet integraal buiten toepassing laten ten overstaan van de ouders. Anderzijds sluit het Arbitragehof niet uit dat met de aanwezigheid van de ouders in illegaal verblijf *onrechtstreeks* toch wel in een bepaalde mate rekening wordt gehouden, met name bij de begroting van de maatschappelijke dienstverlening die aan het kind met de Belgische nationaliteit verschuldigd is²⁸. Op welke manier dit concreet moet gebeuren, is een opdracht voor het OCMW en, in geval van betwisting, voor de arbeidsrechter.

D. DE REACTIE IN DE RECHTSpraak VAN DE ARBEIDSGERECHTEN OP HET ARREST NR. 35/2006

Het arrest nr. 35/2006 van het Arbitragehof is op gemengde reactie onthaald in de rechtspraak van de arbeidsrechten.

Bepaalde rechtscolleges passen het arrest nauwgezet toe en kennen aan de ouders geen eigen recht op andere steun dan dringende medische hulp toe²⁹. Wel verschilt de wijze waarop *onrechtstreeks*, bij de begroting van de hulp voor het Belgische kind, rekening wordt gehouden met de aanwezigheid van de ouders in illegaal verblijf³⁰.

Een andere groep arbeidsrechten volgt de strekking van het arrest nr. 35/2006 van het Arbitragehof niet en blijft het standpunt huldigen dat de ouders in aanmerking komen voor een autonoom recht op maatschappelijke dienstverlening vanwege het OCMW³¹.

Ter staving van deze zienswijze hebben deze rechtscolleges wel een nieuwe argumentatie ontwikkeld, en dit op basis van het arrest *Zhu & Chen* van het Hof van Justitie d.d. 19 oktober 2004³². In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie dat indien een minderjarige met de nationaliteit van een EU-lidstaat een verblijfsrecht heeft in een andere lidstaat van de EU door een beroep te doen op het vrij verkeer van personen, dit recht slechts effectief kan worden uitgeoefend indien ook de ouders van het kind (die niet de nationaliteit van een

EU-lidstaat bezitten) kunnen verblijven op het grondgebied van die andere lidstaat³³. Het Hof van Justitie maakt het verblijfsrecht van de ouders evenwel ondergeschikt aan een dubbele voorwaarde, namelijk dat de ouders beschikken over een ziekteverzekering én over voldoende middelen van bestaan.

Het arrest *Zhu & Chen* kan, zo betogen verschillen arbeidsrechten, naar analogie worden toegepast op de situatie van ouders in illegaal verblijf wiens kinderen, conform artikel 10 van het W.B.N., de Belgische nationaliteit hebben verworven. “La situation en cause dans la présente affaire”, zo overweegt de arbeidsrechtbank van Brussel in het vonnis van 26 juni 2006³⁴, “est plus ‘simple’ puisqu’elle a trait au séjour des parents dans l’Etat dont l’enfant a la nationalité et non, comme dans l’affaire CHEN, dans un autre Etat membre. Or, on imagine pas que la Belgique puisse opposer aux parents d’un de ses nationaux, des principes plus strictes que ceux qu’elle serait tenue de respecter à l’égard des parents d’un enfant ressortissant d’un autre Etat membre.” Vervolgens beargumenteren de arbeidsrechten dat de voorwaarden waaraan het Hof van Justitie het verblijfsrecht van de ouders ondergeschikt maakt – het beschikken over een ziekteverzekering en voldoende bestaansmiddelen –, niet kunnen gelden ten overstaan van de ouders in illegaal verblijf met Belgische kinderen. Die voorwaarden zijn immers, aldus de arbeidsrechten, onlosmakelijk verbonden met de uitoefening van het vrij verkeer van personen, terwijl er in de voorliggende kwestie geen sprake is van uitoefening van het vrij verkeer van personen, aangezien de Belgische kinderen (én hun ouders) op het Belgische grondgebied verblijf houden. Uit het voorgaande volgt volgens de rechtscolleges dan ook dat de ouders “ne peuvent être considérés comme séjournant illégalement dans le Royaume au sens de l’article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976. L’aide sociale doit être accordée non seulement à l’enfant, mais aussi à ses parents.”³⁵ Er is in de doctrine wel enige kritiek geformuleerd op deze argumentatie van een aantal arbeidsrechten. Deze rechtbanken, zo stelt L. Walley, “gaan hier wel

28. Cf. de opmerking van S. Gilson (S. GILSON, “Chronique de jurisprudence. Le droit à l’aide sociale des étrangers auteurs d’enfants belges”, *l.c.*, 15): “Assez paradoxalement c’est une sorte ‘d’allocation parentale’ dont l’attributaire est l’enfant en dont le parent est en même temps allocataire et bénéficiaire.” Volgens diezelfde auteur neemt het Arbitragehof met deze beslissing wel duidelijk afstand van zijn eerdere rechtspraak aangaande het recht op maatschappelijke dienstverlening voor gezinnen met kinderen in illegaal verblijf (o.m. het arrest nr. 106/2003, 22 juli 2003), waarin het Hof nog duidelijk vooropstelde dat de eventuele toekenning van ruimere steun (dan dringende medische hulp) aan de kinderen geen rechtstreeks of *onrechtstreeks* voordeel mag opleveren voor de ouders in illegaal verblijf.
29. Zie o.m. Arbrb. Brussel 2 juni 2006, A.R. nr. 3040/06, *onuitg.*; Arbrb. Namen 28 april 2006, A.R. nr. 127.114, *onuitg.*
30. Zo kent de arbeidsrechtbank van Brussel voor het Belgische kind financiële hulp a rato van het leefloon voor een alleenstaande en gewaarborgde gezinsbijslag toe (Arbrb. Brussel 2 juni 2006, A.R. nr. 3040/06, *onuitg.*). De arbeidsrechtbank van Namen begroot de financiële hulp voor het kind *ex aequo et bono* op 517,07 euro per maand, aangevuld met de gewaarborgde gezinsbijslag (Arbrb. Namen 28 april 2006, A.R. nr. 127.114, *onuitg.*).
31. Zie o.m. Arbrb. Brussel 14 juni 2006, A.R. nr. 22786/2005, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 14 juni 2006, A.R. nr. 4.856/06, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 26 juni 2006, *T. Vreemd.* 2006, afl. 4, 422-423; Arbrb. Brussel 6 juli 2006, A.R. nr. 5010/2006, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 18 oktober 2006, A.R. nrs. 2757/06 en 6634/06, *onuitg.*
32. H.v.J. 19 oktober 2004, *Zhu & Chen*, nr. C-200/02, *Jur. H.v.J.* 2004, I, 9925, *R.U.D.H.* 2006, afl. 9-12, 1-473, *R.W.* 2005-06, afl. 13, 515 en *T. Vreemd.* 2005, afl. 1, 30. Voor een bespreking zie: H. VERSCHUEREN, “Gezinshereniging met EU-burgers door derdelanders. Twee opmerkelijke arresten van het Europees Hof voor Justitie in de zaken *Akrich* en *Zhu* en *Chen*”, *T. Vreemd.* 2005, afl. 2, 113-124.
33. H.v.J. 19 oktober 2004, *Zhu & Chen*, nr. C-200/02, *l.c.*, overw. 45: “La jouissance du droit de séjour par un enfant en bas-âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d’être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde, et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui.”
34. Arbrb. Brussel 26 juni 2006, A.R. nr. 6170/2006, *onuitg.*
35. Arbrb. Brussel 6 juli 2006, A.R. nr. 5010/2006, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 14 juni 2006, A.R. nr. 22786/2005, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 26 juni 2006, A.R. nr. 6170/2006, *onuitg.*

erg scherp door de bocht. Voordelen die worden verstrekt aan Unieburgers die gebruikmaken van hun recht op vrij verkeer kunnen niet automatisch ingeroepen worden door eigen onderdanen al geeft dit in sommige gevallen aanleiding tot een soort ‘omgekeerde discriminatie’. Tot nu toe heeft het Hof van Justitie dergelijke verschillende behandeling van eigen onderdanen slechts veroordeeld in zoverre die onderdanen op één of andere manier gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer binnen de Europese Unie.³⁶ Van dit laatste is in de situatie van ouders in illegaal verblijf met een kind met de Belgische nationaliteit uiteraard geen sprake.

E. DE REACTIE VAN DE WETGEVER

Ingevolge een tussenkomst van de Belgische wetgever mag bovendien verwacht worden dat het aantal toepassingsgevallen van deze eerste subhypothese – en het daaruit voortvloeiende vraagstuk van het recht op steun van de ouders –, in de nabije toekomst sterk af te nemen. Via de Programmawet van 27 december 2006 werden aan het W.B.N. immers een aantal wijzigingen aangebracht³⁷, waaronder ook een aanpassing van artikel 10 van het W.B.N. Voortaan zal een in België als staatloos geboren kind de Belgische nationaliteit niet langer verwerven “indien de betrokkene een andere nationaliteit kan verwerven als gevolg van een administratieve handeling verricht door zijn wettelijke vertegenwoordiger of vertegenwoordigers bij de diplomatieke of consulaire overheden van het land van de ouders of van één van hen”³⁸.

Sommige auteurs voorspellen dat deze wijziging evenwel niet het definitieve einde inluidt van de discussie rond de vragen of aan ouders in illegaal verblijf met Belgische kinderen een verblijfsrecht en/of maatschappelijke dienstverlening moet worden toegekend³⁹. Enerzijds is het immers zo dat de wetgeving van niet alle (Zuid-Amerikaanse) landen die in hun interne nationaliteitsrecht het *ius soli*-beginsel huldigen in de mogelijkheid voorziet dat een in het buitenland geboren kind van nationale onderdanen door een eenvoudige verklaring van de ouders bij de ambassade de nationaliteit van de ouders kan verwerven. Met betrekking tot onderdanen van landen waar deze mogelijkheid niet is voorzien, blijft de gelding van artikel 10 van het W.B.N. overeind. Anderzijds zijn er bovendien nog andere hypothesen te onderscheiden – los van de toepassing

van artikel 10 van het W.B.N. – waarbij het voorkomt dat een vreemdeling zonder legaal verblijf tevens de ouder is van een kind met de Belgische nationaliteit.

§ 2. EÉN OUDER IN ILLEGAAL VERBLIJF, ÉÉN OUDER BELG EN KIND MET BELGISCHE NATIONALITEIT (TWEDE HYPOTHESE)

Zo komt het in de praktijk bijvoorbeeld tevens voor dat uit de relatie tussen een vreemdeling in illegaal verblijf en een Belgische onderdaan een kind wordt geboren dat in voorkomend geval in beginsel de (Belgische) nationaliteit verwerft van zijn of haar Belgische ouder. Wanneer de relatie tussen beide ouders tot een einde komt, beroept de ouder in illegaal verblijf zich nogal eens op overmacht van familiale aard – het onderhouden van de relatie met zijn of haar Belgische kind – om de onverkorte toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op hem of haar terzijde te schuiven.

2.1. DE INITIËLE RECHTSPRAAK OP HET NIVEAU VAN DE ARBEIDSGERECHTEN

De beoordeling, in de rechtspraak van de arbeidsgerechten, van het recht op steun van de ouder in illegaal verblijf in deze hypothese, was niet eensluidend.

De meeste arbeidsgerechten kenden in voorkomend geval volwaardige OCMW-steun toe aan de buitenlandse ouder in illegaal verblijf en schraagden hun beslissing om artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet niet toe te passen doorgaans op artikel 8 van het EVRM⁴⁰. Zo meent de arbeidsrechtbank van Brussel, in het vonnis van 15 september 2004⁴¹, dat het ontzeggen van (volwaardige) OCMW-steun aan een Congolese vrouw in illegaal verblijf met een kind met de Belgische nationaliteit, als gevolg van de erkenning van het kind door zijn Belgische vader, mogelijk wel beantwoordt aan de vereisten van legaliteit en legitimiteit in artikel 8 van het EVRM, maar niet de toets doorstaat met de proportionaliteitsvoorwaarde in dat verdragsartikel:

“Une mesure d'éloignement de madame B. avec ses deux enfants congolais impliquerait donc nécessairement, soit la séparation d'avec son fils belge laissant ce dernier en Belgique en mettant fin à l'unité de la cellule familiale actuelle composée de madame B. et de ses trois enfants, soit encore que son fils soit contraint de quitter le pays dont il a la nationalité et où il a toujours vécu pour un pays dont il n'est pas ressortissant et avec

36. L. WALLEYN, “Recente rechtspraak over ouders van Belgische kinderen in onregelmatig verblijf”, *I.c.*, 406.

37. Art. 379 l.e.m. 389 wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), *B.S.* 28 december 2006. Voor een bespreking, zie M.-Cl. FOLETS en S. LOONES, “Het Wetboek van de Belgische nationaliteit andermaal herzien (2006): het parlement ontzien of gezien?”, *T. Vreemd.* 2007, afl. 1, 23-39.

38. In de memorie van toelichting wordt in dit verband gepreciseerd dat de nieuwe bepaling niet geldt in het geval van erkende vluchtelingen. Van de ouders van het kind kan in hun situatie uiteraard niet worden verwacht dat zij de consulaire of diplomatieke diensten van het land dat ze zijn ontvlucht contacteren. Hetzelfde kan eventueel ook gelden voor rechthebbende op het nieuwe statuut van subsidiaire bescherming (*Parl. St. Kamer* 2006-07, DOC 51, nr. 2760/001, 249-250).

39. L. WALLEYN, “Recente rechtspraak over ouders van Belgische kinderen in onregelmatig verblijf”, *I.c.*, 405.

40. Zie o.m. Arbrb. Brussel 22 mei 2003, *Soc. Kron.* 2004, afl. 5, 274-277; Arbrb. Brussel 15 september 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 35-38 en *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 130, 608; Arbrb. Brussel 7 december 2005, *T. Vreemd.* 2006, afl. 3, 343-345; Arbrb. Brussel 26 april 2006, A.R. nr. 2188/2006, *onuitg.*

41. Arbrb. Brussel 15 september 2004, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 242, 35-38 en *Rev. dr. étr.* 2004, afl. 130, 608.

lequel il n'a pas d'attaches particulières, rompant ainsi également tous les liens existant avec son père. Une telle mesure aurait pour conséquence une atteinte au droit à la vie privée et familiale disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit et serait donc constitutive d'une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en résulte que l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS ne peut, compte tenu des principes évoquées ci-avant et des circonstances propres à l'espèce, faire obstacle à l'octroi à madame B. d'une aide sociale excédant l'aide médicale urgente, pour autant que les conditions de fond d'une telle aide soient remplies."

Andere rechtscolleges stellen zich iets terughoudender op om de gelding van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet uit te sluiten. Zo beveelt het arbeidshof van Luik, in het arrest van 28 juni 2005⁴², een heropening van de debatten om na te gaan of de Cubaanse moeder in illegaal verblijf wel degelijk verhinderd wordt om, samen met haar Belgische kind, op een legale wijze naar Cuba terug te keren en ginds te verblijven. Enkel indien dit niet mogelijk blijkt, loopt de vrouw, aldus het arbeidshof, "un cas de force majeure ouvrant le droit à l'aide sociale même si elle-même se trouve en séjour illégal en Belgique".

A. HET ARREST NR. 32/2006 VAN HET ARBITRAGEHOF D.D. 15 MAART 2006

Inmiddels heeft het Arbitragehof zich ook over deze tweede hypothese uitgesproken, meer bepaald in het arrest nr. 32/2006 van 1 maart 2006⁴³, en dit naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de arbeidsrechtbank te Brussel. De zaak betrof de grondwettigheid van de toepassing van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op een buitenlandse vrouw in illegaal verblijf, moeder van een kind dat door diens Belgische vader erkend was en zodoende de Belgische nationaliteit bezit. De vrouw voert voor het Arbitragehof aan dat haar kind, gelet op zijn Belg-zijn, niet van het grondgebied verwijderd kan worden, dat daardoor ook haar verwijdering ontoelaatbaar is, onder meer in het licht van artikel 8 van het EVRM, met als gevolg dat artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet geen toepassing kan en mag vinden ten opzichte van haar.

Het Arbitragehof treedt dit standpunt niet bij. Het Hof bevestigt in het arrest nr. 32/2006 grotendeels de beoordeling in het arrest nr. 35/2006, meer bepaald dat de vrouw zelf geen autonoom recht op volwaardige maatschappelijke dienstverlening bezit, maar dat bij de toekenning van OCMW-steun aan het (Belgische) kind wel rekening moet worden gehouden met de gezinsituatie van het kind. Met name, en anders dan in het arrest nr. 35/2006, moet men volgens het Hof in deze hypothese twee elementen in rekening brengen: enerzijds, het gegeven dat de ene ouder (in illegaal verblijf) enkel gerechtigd is op dringende medische hulp en, anderzijds, het gegeven dat op de andere (Belgische) ouder een wettelijke verplichting tot onderhoud rust: "Er dient immers te worden opgemerkt dat de maatschappelijke dienstverlening van subsidiaire aard is en dat zij enkel kan worden toegekend aan wie niet over voldoende bestaansmiddelen beschikt. In het aan de verwijzende rechter voorgelegde geval, dient het kind zich niet alleen te verlaten op zijn moeder die illegaal op het grondgebied verblijft, maar heeft het een Belgische vader die een wettelijk verplichting tot onderhoud heeft ten aanzien van dat kind en die – in tegenstelling tot de moeder – in voorkomend geval, recht heeft op volledige maatschappelijke dienstverlening."⁴⁴

De uitkomst van het arrest nr. 32/2006 is bijgevolg nog iets complexer dan deze van het arrest nr. 35/2006. Net als in laatstgenoemd arrest aanvaardt het Arbitragehof in het arrest nr. 32/2006 dat men met de aanwezigheid van de ouder in illegaal verblijf *onrechtstreeks* rekening houden, meer bepaald bij de begroting van de maatschappelijke dienstverlening die aan het Belgische kind verschuldigd is. Dit *onrechtstreeks* rekening houden met de ouder in illegaal verblijf wordt in de toepassingshypothese van het arrest nr. 32/2006 evenwel getemperd doordat bij de begroting van de dienstverlening aan het kind volgens het Hof eveneens rekening moet worden gehouden met de wettelijke onderhoudsplicht van de ouder met de Belgische nationaliteit en met diens eventuele recht op maatschappelijke dienstverlening.

Op welke wijze de arbeidsgerechten het arrest nr. 32/2006 in de praktijk zullen toepassen bij de concrete begroting van OCMW-steun voor Belgische kinderen in deze tweede toepassingshypothese, is vooralsnog een open vraag⁴⁵. Rechtspraak dienaangaande is, voor

42. Arbh. Luik 28 juni 2005, A.R. nr. 7.789/2005, *onuitg.* Cf. Arbrb. Brussel 21 oktober 2005, *J. dr. jeun.* 2005, afl. 250, 59-61, die enkel een in de tijd beperkte overmacht aanvaardt: "Le Tribunal constate que le père (een Belg) a la garde et la charge de l'enfant commun et que des décisions judiciaires ont été prises et le seront dans l'immédiat pour régler les relations et les responsabilités de chacun des parents vis-à-vis de leur enfant quant à son entretien et à son éducation. Dans ces conditions, le Tribunal considère que, pour des raisons exclusivement familiales, la requérante se trouve dans l'impossibilité temporaire de retourner dans son pays au regard de l'article 8 de la C.E.D.H."

43. Cf. *supra* voetnoot 5.

44. Arbitragehof nr. 32/2006, 1 maart 2006, *l.c.*, overw. B.10.

45. Voor het arrest nr. 32/2006 van het Arbitragehof brachten bepaalde arbeidsrechtbanken het door de Belgische ouder verschuldigde onderhoudsgeld in mindering van de steun die het OCMW, volgens de rechtbank, aan het Belgische kind diende te verstrekken (zie o.m. Arbrb. Brussel 7 december 2005, A.R. nr. 9053/2005, *onuitg.*).

zover ons bekend, nog niet voorhanden⁴⁶.

§ 3. DE ENE OUDER IN ILLEGAAL VERBLIJF, DE ANDERE OUDER EN HET KIND MET EEN (DUURZAAM) LEGAAL VERBLIJFSSTATUUT (DERDE HYPOTHESE)

Een derde hypothese, ten slotte, stelt zich wanneer in het gezin de ene ouder een duurzame legale verblijfsstatus bezit, maar de andere ouder illegaal op het grondgebied verblijft, in welk geval het kind in beginsel de verblijfsstatus volgt van de ouder met het gunstigste statuut⁴⁷.

Ook in deze hypothese gebeurt – met name wanneer de relatie tussen beide ouders tot een einde komt – dat de buitenlandse ouder in illegaal verblijf zich, al dan niet mede gesteund op artikel 8 van het EVRM en/of artikel 22 van de Grondwet, het bestaan van familiale overmacht inroept om de gelding van artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet op hem of haar uit te schakelen.

A. DE RECHTSPRAAK OP HET NIVEAU VAN DE ARBEIDS-GERECHTEN

De arbeidsrechtbank te Brussel heeft in verschillende uitspraken geoordeeld dat de ouder in illegaal verblijf in voorkomend geval gerechtigd is op ruimere OCMW-steun dan enkel de dringende medische hulp⁴⁸.

In het vonnis van 24 oktober 2005 laat de arbeidsrechtbank artikel 57 § 2 van de OCMW-Wet buiten toepassing ten overstaan van een vrouw in illegaal verblijf (met weliswaar een lopende regularisatieaanvraag op basis van artikel 9 derde lid van de Vreemdelingenwet), wiens partner en beide kinderen ingeschreven zijn in het vreemdelingenregister⁴⁹, en dit op basis van de volgende motivering:

“Il découle de l'économie générale de l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet, et de la prise en compte de l'objectif de régulation de l'immigration que le législateur poursuivait en adoptant cette disposition, que celle-ci n'est pas applicable aux étrangers qui ne peuvent être contraints de quitter le territoire, que ce soit pour des rai-

sons quelconques indépendantes de leur volonté [...], pour des raisons médicales [...], en raison d'une disposition légale interdisant leur éloignement [...] ou parce que leur éloignement forcé du territoire porterait atteinte à leur droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [...].

A l'égard de ces étrangers en effet, l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 est inopérant à atteindre l'objectif de politique migratoire qui a justifié son adoption en 1992 par le législateur, qui est d'inciter les étrangers en séjour illégal sur le territoire à quitter celui-ci (Ann. Parl. Sénat, 25 novembre 1992, 430).

*Dans l'application de la loi du 8 juillet 1976, il doit donc être tenu compte du droit au respect de la vie familiale des demandeurs: 'vivre en famille constitue un élément fondamental et fondateur de la dignité (de l'enfant)' et la notion même d'aide sociale 'intègre dans son champ la dimension familiale, notamment le respect de la vie privée et familiale', ce droit étant 'de nature à éclairer l'application des lois d'assistance publique'. [...] Les requérants sont fondés à soutenir que l'application de l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 doit être écartée. **Le droit au respect de la vie familiale de l'ensemble des membres de la famille, en particulier des enfants, doit, compte tenu des circonstances invoquées, prévaloir sur l'article 57 § 2 précité.** Il y a dès lors lieu de conclure à l'inapplicabilité de l'article 57 § 2 à l'égard de Mme X et de lui reconnaître le droit à l'aide sociale, cette aide ne pouvant être remboursable, ni limitée dans le temps.”*

Andere rechtscolleges hebben, zoals reeds gezegd, in gelijkaardige zin geoordeeld⁵⁰.

B. HET ARREST NR. 44/2006 VAN HET ARBITRAGEHOF D.D. 15 MAART 2006

Het Arbitragehof treedt deze rechtspraak evenwel niet bij, zo blijkt uit het arrest nr. 44/2006 van 15 maart 2006⁵¹. In dat arrest bevestigt het Hof namelijk zijn eer-

46. Enkel in het arrest van 26 april 2006 werpt de arbeidsrechtbank van Brussel, bij de beoordeling van het verzoek om financiële hulp ten bedrage van de gewaarborgde gezinsbijslag voor het Belgische kind, dat de gewaarborgde gezinsbijslag “est essentiellement destinée aux besoins d'entretien des enfants. Il faut vérifier ce qu'il en est de l'intervention d'un éventuel débiteur alimentaire, qui prime sur l'aide sociale.”

47. E. DE CALLATAY, “Les mineurs étrangers et l'Office des étrangers”, *Rev. dr. étr.* 1994, 27 (themanummer: “Le mineur étranger dans le droit belge”). Zie tevens: Vr. nr. 7786 TAVERNIER, 9 juli 2002 over “het statuut van een in België geboren kind van een illegale vluchteling”, *Hand.* Kamer 2001-02, COM 812, 13-17.

48. 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 1 juni 2004, A.R. nr. 70.450/04, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 24 juni 2005, *T. Vreemd.* 2006, afl. 1, 57-60; Arbrb. Brussel 24 oktober 2005, A.R. nr. 11.945/05, *onuitg.*

49. Arbrb. Brussel 24 oktober 2005, A.R. nr. 11.945/05, *onuitg.*

50. Zie i.h.b. Arbrb. Brussel 24 juni 2005, A.R. nr. 3.594/2005, *onuitg.*: “Le Tribunal relève que les deux enfants de madame résident régulièrement en Belgique auprès de leur père. Ils continuent cependant à entretenir des relations régulières avec leur mère, ainsi que cela ressort des diverses attestations rédigées par les institutions qui l'ont hébergée ou l'hébergent. Ces deux enfants ont des attachés avec la Belgique, en la personne de leur père. Ce dernier s'est remarié. Les deux enfants de madame sont scolarisés en Belgique. L'aîné y réside depuis 10 ans. Une mesure d'éloignement de madame impliquerait donc nécessairement une séparation de ses deux enfants avec lesquels elle continue à avoir des relations suivies, la renvoyant en Algérie sans famille aucune. Une telle mesure aurait nécessairement pour conséquence une atteinte au droit à la vie privée et familiale disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit et serait donc constitutive d'une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il pourrait difficilement être objecté que les enfants de madame ont la possibilité de la suivre en Algérie. Pareille solution ne serait en effet pas moins attentatoire à la vie familiale de ces enfants, contraints alors de quitter leur père qui s'est remarié en Belgique. En outre, le fils de madame est réfugié reconnu, ce qui constitue un obstacle sérieux à son retour en Algérie.”

51. *Cf. supra* voetnoot 6.

dere uitspraak in het arrest nr. 32/2006, met name dat de ouder in illegaal verblijf geen eigen recht op andere maatschappelijke dienstverlening dan de dringende medische hulp en dat hoogstens op onrechtstreekse wijze, bij de begroting van de steun van het kind, met de aanwezigheid van een ouder in illegaal verblijf rekening mag worden gehouden. Dit laatste wordt evenwel op zijn beurt getemperd doordat, volgens het Hof, ook de wettelijke onderhoudsplicht van de ouder in legaal verblijf in rekening moet worden gebracht bij de begroting van de steun voor het kind.

C. DE REACTIE IN DE RECHTSPRAAK VAN DE ARBEIDSGERECHTEN OP HET ARREST NR. 44/2006

In het vonnis van 2 juni 2006 heeft de arbeidsrechtbank van Brussel toepassing gemaakt van het arrest nr. 44/2006 en besluit de rechtbank dat aan de ouder in illegaal verblijf – in casu de moeder van een Marok-

kaans meisje dat wel legaal in het land verblijft, op basis van het verblijfsstatuut van de vader – geen eigen recht op ruimere OCMW-steun toekomt⁵². Het vonnis is evenwel interessant omdat de rechtbank duidelijk maakt dat enkel met de wettelijke onderhoudsplicht van de (legaal verblijvende) ouder rekening kan worden gehouden, wanneer deze plicht effectief in de praktijk wordt nagekomen. In casu is dit, omwille van de gevangenschap van de vader, niet het geval. “Compte tenu de la situation du père de l’enfant (incarcéré à la prison de Saint-gilles depuis le 1^{er} août 2005), *celui-ci ne peut subvenir aux besoins et aux frais d’entretien et d’éducation de sa fille*. De même, Madame ne peut tenter utilement une action contre le père de sa fille.” Onder die omstandigheden acht de rechtbank het aangewezen om, in het licht van het arrest nr. 44/2006, de steun voor het meisje als volgt te begroten: financiële hulp ten bedrage van het leefloon voor alleenstaande én van de gewaarborgde gezinsbijslag.

52. Arbrb. Brussel 2 juni 2006, A.R. nr. 3040/06, *onuitg.* De rechtbank beargumenteert tevens uitvoerig dat de niet-toekenning van ruimere steun aan de moeder geen inbreuk vormt op art. 3 EVRM en evenmin op art. 8 EVRM.