RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 253.501 van 13 april 2022
in de zaak A. 233.893/XIV-38.732

In zake : Jalat Khan AHMADZAI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Katrin Verhaegen
kantoor houdend te 2060 Antwerpen
Rotterdamstraat 53
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ine De Cneudt
kantoor houdend te 3054 Oud-Heverlee
Maurits Noëstraat 145
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 mei 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Justitie, dienst Voogdij, van 30 maart 2021 waarbij wordt beslist verzoeker te beschouwen als ouder dan 18 jaar en dat verzoeker geen voogd zal krijgen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Eerste auditeur Marijke Van Limbergen heeft een verslag opgesteld overeenkomstig artikel 93, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Overeenkomstig artikel 26, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State’, heeft de voorzitter van de XIVe kamer bij beschikking van 16 november 2021 aan de partijen voorgesteld dat de zaak niet op een openbare terechtzitting wordt behandeld, tenzij één van de partijen hierom verzoekt.

Geen van de partijen heeft om een terechtzitting gevraagd.

Overeenkomstig bovenvermelde beschikking, werd het debat gesloten en werd de zaak in beraad genomen op 22 december 2021.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Verzoeker komt België binnen en hij dient een verzoek om internationale bescherming in op 16 december 2020. Hij verklaart alsdan van Afghaanse nationaliteit te zijn en geboren te zijn op 29 februari 2004. Verzoeker wordt onder de hoede geplaatst van de dienst Voogdij doch de dienst Vreemdelingenzaken uit twijfels over de leeftijd van betrokkene.

Met een e-mail van 4 februari 2021 deelt de dienst Vreemdelingenzaken aan de dienst Voogdij mee dat verzoeker internationale bescherming heeft gevraagd in Polen, waarbij hij 1 januari 2002 had opgegeven als geboortedatum.

Verzoeker ondergaat op 25 maart 2021 in het Universitair Ziekenhuis Sint-Rafaël te Leuven een medisch onderzoek om na te gaan of hij al

dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. De arts besluit dat verzoeker ouder is dan 18 jaar.

Op 30 maart 2021 beslist de dienst Voogdij verzoeker te beschouwen als ouder dan 18 jaar en dat verzoeker geen voogd zal krijgen. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoeker werpt in een enig middel de schending op van de artikelen 8 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 juni 1950 (hierna: het EVRM), van de artikelen 2 en 7 van Titel XIII, Hoofdstuk 6 'Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen' van de programmawet (I) van 24 december 2002 (hierna: de voogdijwet), van artikel 3 van het koninklijk besluit van 22 december 2003 'tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet (I) van 24 december 2002' (hierna: het koninklijk besluit van 22 december 2003), van "de motiveringsplicht" vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van administratieve bestuurshandelingen', van de zorgvuldigheidsplicht en de motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van de artikelen 24.2 en 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, van artikel 17 van het Europees Sociaal Handvest, van de artikelen 3 en 12 van het internationaal verdrag inzake de Rechten van het Kind en van artikel 34 van de wet van 16 juli 2004 'houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht' (hierna: het WIPR). Hij licht dit toe als volgt:

> "1. Artikel 24.2 van het Handvest van Grondrechten van de Unie is van toepassing bij toepassing van Unierecht. Gezien verzoekster een verzoeker internationale bescherming is wordt er in casu Unierecht toegepast.

Artikel 24.2 van het Handvest, artikel 3 VRK en artikel 22bis GW vereisen dat bij alle maatregelen die een kind die direct of indirect treffen, het hoger belang van het kind de eerste overweging is.
Artikel 2 van de Voogdijwet stelt: ‘Iedere federale overheid behandelt met spoed de door de niet-begeleide minderjarigen ingediende verzoeken.
Bij iedere beslissing die op de minderjarige betrekking heeft, vormen zijn belangen de eerste overweging’
Artikel 7 van de Voogdijwet regelt de medische test:
‘§ 1. Wanneer de dienst Voogdij of de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering twijfel koesteren omtrent de leeftijd van de betrokken persoon, laat de dienst Voogdij onmiddellijk een medisch onderzoek door een arts uitvoeren teneinde na te gaan of deze persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar.
Het medisch onderzoek geschiedt onder toezicht van de dienst Voogdij.
De kosten van dat medisch onderzoek zijn ten laste van de overheid die het heeft gevraagd. Ingeval de dienst Voogdij uit eigen beweging een onderzoek laat verrichten, zijn de kosten ten laste van die dienst.
§ 2. Wanneer uit het medisch onderzoek blijkt dat betrokkene minder dan 18 jaar oud is, wordt gehandeld overeenkomstig artikel 8.
Wanneer uit het medisch onderzoek blijkt dat betrokkene meer dan 18 jaar oud is, vervalt de hoede door de dienst Voogdij van rechtswege. De dienst Voogdij stelt daarvan onmiddellijk de betrokkene in kennis, alsook de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en iedere andere betrokken overheid.
§ 3. Ingeval van twijfel over de uitslag van het medisch onderzoek, wordt met de jongste leeftijd rekening gehouden.’
Artikel 3 laatste lid van het KB van 22 december 2003 stelt dat het medische onderzoek niet enkel radiografisch onderzoek dient te bevatten maar onder meer ook psycho-affectieve tests kan omvatten. De psycho-affectieve tests zijn geen verplichting voor de overheid, maar de mogelijkheid bestaat en indien het in het hoger belang van het kind is om de minderjarige aan een dergelijk onderzoek te onderwerpen kan het wel degelijk voorkomen dat de overheid niet de nodige zorgvuldigheid aan de dag legt door geen gebruik te maken van die mogelijkheid.
Er dient ook op gewezen te worden dat de verklaarde leeftijd van een minderjarige, een essentieel onderdeel vormt van diens identiteit en integriteit, zoals beschermd door artikel 8 van het EVRM.
De medische leeftijdstest wordt ernstig bekritiseerd vanuit de vakliteratuur en op supranationaal niveau.
‘[Het Europese Parlement] betreurt het dat de medische technieken die in sommige lidstaten worden gehanteerd om de leeftijd vast te stellen ongepast en opdringerig zijn en trauma's kunnen veroorzaken, betreurt het eveneens dat sommige, op botontwikkeling of gebitsmineralisatie gebaseerde methodes omstreden blijven en een grote foutenmarge kennen; verzoekt de Commissie om in de strategische richtsnoeren op beste praktijken gebaseerde gemeenschappelijke normen op te nemen voor de methode waarmee de leeftijd wordt bepaald, waarbij deze beoordeling multidimensionaal en multidisciplinair moet zijn en door onafhankelijke, gekwalificeerde beroepsbeoefenaars en deskundigen uitgevoerd moet worden op een wetenschappelijke, veilige, gender- en kindvriendelijke en eerlijke manier, met bijzondere aandacht voor meisjes; herinnert eraan dat de leeftijdsbepaling moet worden verricht onder eerbiediging van de rechten en fysieke integriteit van het kind en van de menselijke waardigheid, en dat minderjarigen altijd het voordeel van de twijfel gegeven moet worden; wijst er tevens op dat medische onderzoeken alleen moeten worden uitgevoerd wanneer andere

beoordelingsmethodes zijn uitgeput en dat het mogelijk moet zijn om tegen de uitkomsten van deze beoordeling in beroep te gaan; looft de werkzaamheden van EASO op dit vlak, en is van mening dat deze aanpak voor alle minderjarigen zou moeten worden veralgemeend.' (Resolutie van het Europese Parlement van 12 september 2013 over de situatie van niet-begeleide minderjarigen in de Europese Unie (2012/2263(INI))

'De techniek van de botleeftijdsbepaling laat enkel toe de leeftijd van het skelet vast te stellen; het overeenstemmen met de burgerlijke leeftijd van de persoon is een diagnostische beoordeling. [...I Voorts schuilt een moeilijkheid in de reproduceerbaarheid van de interpretatie van de onderzoeken tussen de verschillende deskundigen. Schatting houdt altijd een onnauwkeurigheidsfactor in en kan bijgevolg slechts leiden tot een betrouwbaarheidsinterval. Twijfel moet altijd uitvallen in het voordeel van de persoon die verklaart minderjarig te zijn. (...)

Verschillende factoren (etnische, genetische, endocriene, sociaaleconomische, nutritionele, medische, ...) kunnen de groei van een individu beïnvloeden. De tabellen voor de botleeftijdsbepaling die als referentie dienen, zijn opgemaakt op grond van een bepaalde bevolking; de meest gebruikte zijn gebaseerd op de westerse blanke bevolking. Opdat de verwijzing relevant zou zijn, dient de persoon op wie ze toegepast worden tot dezelfde bevolking te behoren. De dentale criteria hangen in het bijzonder af van de etnische oorsprong en van het sociaaleconomisch en nutritioneel niveau van het individu. [...] De Nationale Raad meent om de hierboven uiteengezette redenen dat de andere indicatoren die leeftijdsbepaling van het individu mogelijk maken niet verwaarloosd mogen worden.' (Nationale Raad van de Orde der Artsen, Testen voor leeftijdsbepaling bij niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, advies van 20 februari 2010, https://www.ordomedic.be/n1/adviezen/advies/testen-voor-leeftijdsbepaling-bij-niet-begeleide-minderjarige-vreemdelingen).

De onderzoeken zijn onvoldoende nauwkeurig en zijn volledig geijkt op een westers publiek. Met betrekking tot kinderen die in armoede zijn opgegroeid, en kinderen die uit Azië komen, zijn er doorslaggevende indicaties dat de resultaten van de huidig gebruikte testen er jaren naast kunnen zitten. Zoals hierboven reeds aangehaald wijst de Orde der Artsen daar zelf ook op:

'We merken op dat geen enkele van de gebruikte methodes werd uitgewerkt en getest op jongeren afkomstig uit de landen waar de NBMV vandaan komen. Als deze methodes geen rekening houden met de betreffende referentiegroepen, is hier dan geen sprake van foute premissen?' (Platform Kinderen op de Vlucht, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV) in vraag: Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017, pg.18, https://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/mena-Cadre-juridipue/Leeftijdsschatting-as-printed.pdf).

'4.4.1 Onderzoek en radiografie van de tanden

In België begint de leeftijdsschatting met een onderzoek van de tanden en een orthopantomogram, een panoramische radiografie van het hele gebit. Er is geen vaste methode vastgelegd in het protocol van de Dienst Voogdij met de ziekenhuizen om de resultaten van het tandonderzoek en orthopantomogram te interpreteren. Wel heeft de KU Leuven verschillende onderzoeken gedaan naar de groei en ontwikkelingsstadia van de wijsheidstanden. Deze methode baseert zich op een scoringssysteem van de ontwikkelingsstadia van de wijsheidstanden. Deze scoringsystemen zijn gebaseerd op onderzoek van Demirjian en Keihler. Volgens een studie van 2003 op 2513 Belgische jongeren tussen de 15,7 en 23,3 jaar van Kaukasische origine kan men de chronologische leeftijd schatten met een standaarddeviatie van 1,49 jaar voor mannen en 1,50 voor vrouwen. Een vaak terugkerende kritiek is dat men er niet van uit kan gaan dat deze resultaten ook

gelden voor jongeren van ander origine. Er bestaat een studie die deze techniek toepast voor doelgroepen in China, Japan, Korea, Polen, Thailand, Turkije, Saoedi-Arabië en India. Bij de onderzochte personen, in hetzelfde ontwikkelingsstadium van de tanden, stelt met verschillen vast die oplopen tot 14 maanden. Hier valt op te merken dat er dus wel degelijk verschil/en bestaan en dat de onderzochte doelgroepen niet behoren tot landen waar NBMV vandaan komen (Afghanistan, Syrië, Eritrea, Somalië, Congo, Guinée enz.).' (Platform Kinderen op de Vlucht, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV) in vraag: Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017, pg 18).

'Uit verschillende onderzoeken blijkt dat de permanente tanden en wijsheidstanden op zeer variabele leeftijden uitgroeien en dat er een risico bestaat op het van overschatten van de leeftijd. De onderzoekers Solheim en Sondnes kwamen tot de volgende conclusie: 'een schatting van de leeftijd werd uitgevoerd op 100 tanden volgens verschillende methodes: alle methodes leverden een overschatting van de gebitsleeftijd bij de onderzoeken die werden gedaan op tanden bij mannen jonger dan 40 jaar.' (Platform Kinderen op de Vlucht, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV) in vraag: Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017, pg 26, https://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/mena-Cadre-juridique/Leeftijdsschatting-as-printed.pdf).

'De wetenschappelijke controverse is ook groot rond het evalueren van het groeistadium van de wijsheidstanden. Voor Solari en Abramovitch bedraagt het gemiddelde verschil tussen de werkelijke leeftijd en de geschatte leeftijd 3 jaar voor vrouwen en 2,6 jaar voor mannen. Een ander onderzoek door Thorson en Hagg meldt een gemiddeld verschil tussen de werkelijke leeftijd en de geschatte leeftijd dat kan gaan tot 3,5 jaar voor vrouwen. We zullen verder in dit rapport zien dat ook de etnische afkomst en het leefmilieu van een jongere medeoorzaak kunnen zijn van overschatting van de leeftijd.' (Platform Kinderen op de Vlucht, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV) in vraag: Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017, pg 18, https://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/mena-Cadre-juridiciue/Leeftijdsschatting-as-printed.pdf).

'4.6 Etnische variaties

De huidige procedures van leeftijdsschatting houden geen rekening met de etnische afkomst van de jongeren. In de wetenschappelijke literatuur wordt er nochtans gewezen op aanzienlijke verschillen. We vermelden hieronder enkele van de talrijke studies. In een onderzoek van Koshy en Tandon over de leeftijdsschatting van kinderen in het zuiden van India op basis van de methode van Demirjian werd vastgesteld dat de leeftijd voor meisjes met 2,82 jaar en jongens met 3,04 jaar werd overschat. Wat de wijsheidstanden betreft, brachten verschillende studies van Olze en coll. aan het licht dat wijsheidstanden 'bij de zwarten in Zuid-Afrika veel vroeger opkomen dan bij blanken in Duitsland, terwijl ze bij Aziaten van Japan veel later opkomen'. Sommige auteurs zoals Iscan en coll. wijzen op het belang van etnische afkomst, met name voor 'zwarten, die een snellere botrijping met een densere botstructuur vertonen'. Ontell et al. concluderen dat het gebruik van de methode van Greulich en Pyle met de nodige omzichtigheid gebruikt moet worden, met name voor Aziatische en Latino jongens en voor Latino meisjes of meisjes met een zwarte huidskleur. Wij concluderen hier dat er meer onderzoek vereist is naar de invloed van etnische afkomst op de betrouwbaarheid van de huidige methodes om botscans te interpreteren. Hiermee moet rekening gehouden worden wanneer de leeftijd geschat wordt.' (Platform Kinderen op de Vlucht, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV) in vraag:

Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017, pg.21, https://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/mena-Cadre-juridique/Leeftijdsschatting-as-printed.pdf).

Medische leeftijdstesten zoals deze die verzoeker ondergaan heeft en aan het aanvechten is liggen onder vuur omdat ze niet nauwkeurig zijn en niet zouden stroken met het hoger belang van het kind.

Het VN-Comité voor de Rechten van het Kind dat toeziet op de naleving van het Kinderrechtenverdrag heeft gesteld dat om een geïnformeerde inschatting van de leeftijd van een minderjarige te maken Staten gebruik moeten maken van een multidisciplinair team dat rekening houdt met de fysieke en psychologische ontwikkeling van kinderen. Medische testen zouden moeten geweerd worden gelet op hun onnauwkeurigheid. Beslissingen moeten op effectieve wijze aanvechtbaar zijn in beroep:

‘To make an informed estimate of age, States should undertake a comprehensive assessment of the child's physical and psychological development, conducted by specialist paediatricians or other professionals who are skilled in combining different aspects of development. Such assessments should be carried out in a prompt, child-friendly, gendersensitive and culturally appropriate manner, including interviews of children and, as appropriate, accompanying adults, in a language the child understands. Documents that are available should be considered genuine unless there is proof to the contrary, and statements by children and their parents or relatives must be considered. The benefit of the doubt should be given to the individual being assessed. States should refrain from using medical methods based on, inter alia, bone and dental exam analysis, which may be inaccurate, with wide margins of error, and can also be traumatic and lead to unnecessary legal processes. States should ensure that their determinations can be reviewed or appealed to a suitable independent body.’ (Joint General Comment No. 4 of the CMW and No. 23 of the CRC in the context of International Migration: States parties' obligations in particular with respect to countries of transit and destination, CRC/C/GC/23, 16 Nov 2017, §4).

Vrije vertaling: Om een geïnformeerde inschatting te maken van leeftijd moeten Staten een omvattend inschatting maken van de fysieke en psychische ontwikkeling van het kind, uitgevoerde door gespecialiseerde pediaters en andere professionelen die vaardig zijn in verschillende aspecten van ontwikkeling samen te brengen. Dergelijke inschattingen moeten gebeuren in een kindvriendelijke, gendersensitieve en cultureel geschikte wijze, met inbegrip van interview van kinderen en waar toepasselijk volwassenen die hen vergezellen, in een taal die het kind begrijpt. Documenten moeten als authentiek gezien worden indien het tegendeel niet bewezen wordt en verklaringen van kinderen, ouders of verwanten moeten in rekening gebracht worden. Het voordeel van de twijfel moet gegeven worden aan het individu waarvan de leeftijd wordt geschat. Staten moeten zich onthouden van het gebruik van medische methodes, zoals beenderonderzoek en tandenonderzoek, gezien dit onnauwkeurig kan zijn, met grote foutenmarges, en onnodig traumatiserend kan zijn en kan leiden tot onnodige juridische procedures. Staten moeten verzekeren dat hun beslissingen kunnen aangevochten worden voor een geschikt onafhankelijk lichaam.

Ook het Europees Comité voor Sociale Rechten is deze visie toegedaan en meent ook dat de leeftijdstest op basis van botscans een schending uitmaakt van art. 17, §1 van het Herziene Europees Sociaal Handvest:

‘113. In conclusion, the Committee considers that medical age assessments as currently applied can have serious consequences for minors and that the use of bone testing to determine the age of unaccompanied foreign minors is inappropriate and unreliable. The use of such testing there fore violates Article 17§1 of the Charter.’

(ECSR, European Committee for Home-Based Priority Action for the Child and the Family (EUROCEF) v. France, complaint no. 114/2015, 24/01/2018).
Vrije vertaling: Concluderend beschouwt het Comité dat medische leeftijdstesten zoals momenteel toegepast ernstige gevolgen kunnen hebben voor minderjarigen en dat het gebruik van bottesten om de leeftijd te bepalen van NBMV's ongepast en onbetrouwbaar is en bijgevolg art. 17, §1 van het Charter schendt.
Het VN Kinderrechtencomité, heeft recent nog vastgesteld dat de 3-delige leeftijdstest die specifiek in België gehanteerd wordt intrusief en onnauwkeurig is en dat de beroepsprocedure geen effectief rechtsmiddel uitmaakt (Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Belgium, CRC/C/BEL/CO/5-6, 28 February 2019, §§41-42).
'41. (...) The Committee is, however, concerned that, reportedly:
(a) The three-phase test used to determine the age of unaccompanied children is intrusive and unreliable, and that the appeal procedure lacks effectiveness;'
'42. With reference to the Committee's general comment No. 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, the Committee recommends that the State party:
(a) Develop a uniform protocol on age-determination methods that is multidisciplinary, scientifically-based, respectful of children's rights and used only in cases of serious doubt about the claimed age and in consideration of documentary or other forms of evidence available, and ensure access to effective appeal mechanisms;'
Het VN-Kinderrechtencomité heeft in 'Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 76/2019' op 4 februari 2021 geoordeeld dat de inschatting van de leeftijd van een minderjarige van fundamenteel belang is gelet op de gevolgen van die inschatting, en dat de inschatting in rechte aanvechtbaar moet zijn.
Een administratief beroep waarbij niet onderzocht kan worden of het gebruik van de medische test wel proportioneel is, waarbij niet onderzocht kan worden of het niet aangewezen was om ook psycho-affectieve testen en gesprekken te laten plaatsvinden en de documenten van de verzoeker samen met die verzoeker te beoordelen, en waarbij de verzoeker geen bijstand van een voogd geniet, voldoet niet aan de voorwaarden van een effectief rechtsmiddel voor wat deze materie betreft.
Indien er wordt geoordeeld dat het hoger belang van het kind geen toepassing vindt bij de beroepsprocedure tegen de beslissing dat een minderjarige meerderjarig zou blijken te zijn is een uitholling van het hoger belang van het kind als recht, en van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel.
Een beroep tegen de beslissing na een leeftijdstest dient automatisch schorsend te zijn, zodat de minderjarige ook tijdens de beroepsprocedure als minderjarige behandeld wordt en het hoger belang van het kind toepassing blijft vinden.
Anders oordelen komt erop neer dat de crux van het VN-Kinderrechtenverdrag geen toepassing meer vindt zodra een administratie de beslissing neemt dat het niet om een kind gaat, met bijzonder verstrekkende gevolgen.
Het VN-Kinderrechtencomité beslist in voornoemde zaak dat tijdens de beroepsprocedure de minderjarige het voordeel van de twijfel moet genieten, en behandeld dient te worden als minderjarige en dat het hoger belang van het kind een eerste overweging moet zijn tijdens het ganse proces van de leeftijdsbepaling:
'8.3 The Committee notes that the determination of the age of a young person who claims to be a minor is of fundamental importance, as the outcome determines whether that person will be entitled to or excluded from national protection as a child. Similarly, and this point is of vital importance to the Committee, the

enjoyment of the rights contained in the Convention flows from that determination. It is there fore imperative that there be due process to determine a person's age, as well as the opportunity to challenge the outcome through an appeals process. White that process is under way, the person should be given the bene fit of the doubt - that is, presumed to be and treated as a minor. The Committee emphasizes, in that respect, that the best interests of the child should be a primary consideration throughout the age determination process.'

Het VN-Kinderrechtencomité besliste ook dat beschikbare documenten als echt dienen te gelden tot bewijs van het tegendeel. Enkel indien er geen identiteitsdocumenten worden voorgelegd zou een overheid mogen overgaan tot een inschatting van de leeftijd van een minderjarige, door diens fysieke en psychische ontwikkeling in kaart te brengen:

'8.4 The Committee also notes that any available documents should be considered genuine unless there is evidence to the contrary. Only in the absence of Identity documents or other appropriate evidence should States, to make an informed estimate of age, undertake a comprehensive assessment of the child's physical and psychological development, conducted by specialist paediatricians or other professionals who are skilled in combining different aspects of development. Such assessments should be carried out in a prompt, child-friendly, gender-sensitive and culturally appropriate manner, including interviews of children, in a language the child understands.7 The benefit of the doubt should be given to the individual being assessed.'

De staat van personen raakt de openbare orde. De verklaarde leeftijd van verzoeker is een essentieel onderdeel van zijn identiteit en persoonlijk integriteit en wordt beschermd door artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest.

De staat van persoon wordt voor verzoeker beheerst door het Afghaanse recht, niet het Belgische recht.

Artikel 34, §1 van het WIPR stelt: "Behalve in aangelegenheden waar deze wet anders bepaalt, worden de staat en de bekwaamheid van een persoon beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft."

Artikel 8 van het EVRM bepaalt:

1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het VN-Kinderrechtencomité heeft in 'Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 76/2019' op 4 februari 2021 geoordeeld dat de inschatting van de leeftijd van een minderjarige van fundamenteel belang is gelet op de gevolgen van die inschatting.

Het VN-Kinderrechtencomité beslist in voornoemde zaak dat tijdens de procedure de minderjarige het voordeel van de twijfel moet genieten, en behandeld dient te worden als minderjarige en dat het hoger belang van het kind een eerste overweging moet zijn tijdens het ganse proces van de leeftijdsbepaling:

'8.3 The Committee notes that the determination of the age of a young person who claims to be a minor is of fundamental importance, as the outcome determines whether that person will be entitled to or excluded from national protection as a child. Similarly, and this point is of vital importance to the Committee, the

enjoyment of the rights contained in the Convention flows from that determination. It is there fore imperative that there be due process to determine a person's age, as well as the opportunity to challenge the outcome through an appeals process. White that process is under way, the person should be given the bene fit of the doubt - that is, presumed to be and treated as a minor. The Committee emphasizes, in that respect, that the best interests of the child should be a primary consideration throughout the age determination process.'

Wil de leeftijdstest accuraatheid nastreven dan dient er niet enkel rekening te worden gehouden met het fysieke voorkomen van een minderjarige, maar ook diens psychologische maturiteit:

'8.7 In its general comment No. 6 (2005), the Committee states that an age assessment should take into account not only the physical appearance of the individual but also his or her psychological maturity, that the assessment must be conducted in a scientific, safe, child- and gender-sensitive and fair manner and that, in the event of remaining uncertainty, the individual should be accorded the benefit of the doubt such that if there is a possibility that the individual is a child, he or she should be treated as such.'

Het VN Kinderrechtencomité stelt dat elke minderjarige, ook in het geval er aan de leeftijd getwijfeld wordt, dient bijgestaan te worden door een voogd, zodra of zo spoedig mogelijk na aankomst op het grondgebied. In functie van de leeftijdstest is een dergelijke representatie een essentiële garantie voor het respect voor diens hoger belang als minderjarige en het recht om gehoord te worden:

'8.9 In addition, the Committee notes the author's allegations that she was not assigned a guardian or representative to de fend her interests as a possible unaccompanied child migrant upon her arrival in Spain and during the process that led to the issuance of a decree indicating that she was an adult. As the Committee has often stated, States parties should appoint a qualified legal representative and, where necessary, an interpreter, for ail young persons claiming to be minors, as soon after their las possible and at no charge. The Committee is of the view that the appointment of a representative for such persons during the age determination process is an essential guarantee of respect for their best interests and their right to be heard.10 Failure to take such a step constitutes a violation of articles 3 and 12 of the Convention, as the age determination process is the starting point for the application of the Convention. The absence of timely representation can result in a substantial injustice.'

In een third party intervention bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in de zaak Darboe en Camara t. Italy, nr. 5797/17 (https ://www.asylu m lawdata base.eu/sites/default/files/aldfiles/Darboe°/020CamaracY0205072017°/020final% 20INTERVENTION°/0200NLY°/020ae/020sent.pdf) , laten het Aire Centre, VluchtelingenWerk Nederland en ECRE gelden dat leeftijdstesten een artikel 8 EVRM schending kunnen uitmaken of zelfs een artikel 3 EVRM schending met zich kunnen meebrengen:

'Age assessment should never be undertaken as a routine practice and may only be resorted to where there are serious doubts about the claim of minor age and only after the principle of the benefit of the doubt has been applied. Where the individual circumstances of a particular case require an age assessment, a holistic, safe and dignified procedure should be carried out by qualified experts with due respect to material and procedural safeguards under Articles 3 and 8 ECHR. Medical methods should be avoided due to their low evidential value, intrusiveness and a risk of a disproportionate interference in the child's private life that may lead to a violation of Article 8 ECHR'

Ze wijzen op het gebrek aan nauwkeurigheid en de kritiek die binnen de medische wereld op de tests geuit wordt. De test zoals die in België georganiseerd wordt

schiet te kort en slaagt er vooral niet in de leeftijd voor de doelgroep tussen 15 en 20 jaar oud correct aan te geven:

‘10. The interveners wish to draw the Court's attention to the fact that currently, no method of age assessment exists that can determine a person's age with certainty.32 This is particularly crucial with regard to medical examinations performed to assess the age, which have sparked severe criticism amongst medical experts.33 It has been recognised that a number of age assessment methods have been criticised for a lack of scientific, empirical basis and reliability, producing a high risk of arbitrary results.34 Importantly, it has also been noted that a number of age assessment methods are invasive and may cause physical or mental harm to the person subject to them.35 Further, the UNHCR bas cautioned States on the use and implications of age assessments in the asylum context.

11. Indeed, experts within the field recognise that medical examinations - such as the use of X-rays to examine skeletal (bone) and dental maturity, the use of other methods of imaging bone development (MRI) and physical examination - are not able to determine the age of a person with sufficient precision, since they disregard environmental, socioeconomic and ethnographic factors that can play an important role in bone and dental growth.37 These methods are particularly unreliable for persons between 15 and 20 years of age given the lack of official valid reference data for people from non-Western countries with different ethnic backgrounds.38 Experts assert that hand-wrist X-rays are not at all informative; the MRI dental and wrist scans present risks for children being misclassified as adults and overall more than one third of assessments are wrong. These methods 'were simply not designed to assess disputed chronological age - they were prepared for medical use in diagnosing and monitoring disorders of growth. Moreover, the use of medical examinations to perform age assessment involves strong ethical concerns, particularly relating to the free and informed consent of the person subject to the age assessment procedure as well as the use of radiation without any medical purpose or benefit.

12. It is the interveners’ submission that the State Parties should ensure that the age assessment procedure as a whole, including procedural safeguards and the methods used to assess age, guarantees respect for the child's private life under Article 8 ECHR. Construed in light of the best interest of the child and benefit of the doubt principles, the interveners submit that age assessment procedures concerning asylum-seeking children should not be contemplated as routine measures and should satisfy the necessity and proportionality test under Article 8 ECHR in order to achieve the legitimate aim pursued. The requirements underpinning Article 8 cannot be fulfilled where non-holistic and intrusive medical age assessment methods are used as they have a low evidential value and a detrimental effect on children's rights, including respect for moral and physical integrity.’

In de EASO richtlijnen voor leeftijdsinschattingen wordt er gewezen op de voorrang die psycho-sociale tests genieten op medische tests', en wordt erop gewezen dat volgens Schmeling ea om accuraatheid na te streven een test moet voldoen aan deze minimumvoorwaarden2:

- Voldoende grote vergelijkingsgroep
- Vastgestelde leeftijden van geteste personen
- Uniforme verdeling van leeftijden,
- Scheiding per geslacht
- Details van onderzoeksdatum
- Duidelijke definitie van bestudeerde karakteristieken
- Exacte beschrijving methodologie
- Details van de referentie populatie bepaald op genetisch geografische oorsprong
- Socio-economische status

- Gezondheid
- Etc.

Details van de referentie populatie bepaald op genetisch geografische oorsprong, socio-economische status zijn niet meegenomen in de medische leeftijdstest waar verzoekster aan onderworpen werd. Zij werd ook niet onderworpen aan psycho-affectieve tests.

In de doctrine kan men evenmin vertrouwen opbrengen in de leeftijdstesten. W. De Bondt hekelt het feit dat er geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid een psychoaffectief onderzoek te voeren, en dat er voorbij wordt gegaan aan het feit dat de tests geen eenduidig beeld geven over de leeftijd van personen tussen de 15 en de 23 jaar oud:

'Het medisch onderzoek wordt desgevallend uitgevoerd door een arts en bestaat uit een drievoudige radiografie van gebit, sleutelbeen en po1s. Hoewel het mogelijk is om de medische onderzoeken aan te vullen met een psychoaffectief onderzoek, wordt dat in ons land meestal niet gedaan. Dat er in de medische wereld discussie is over de betrouwbaarheid van deze radiologische onderzoeken, is intussen genoegzaam bekend. Eigenlijk is het betreurenswaardig dat er geen initiatieven worden genomen om meer betrouwbare onderzoeksmethoden te ontwikkelen, met als specifiek doel om de chronologische leeftijdsbepaling van minderjarigen mogelijk te maken. Het is hoogst problematisch dat vandaag methoden worden gebruikt die bij de ontwikkeling nooit bedoeld zijn voor een leeftijdsbepaling van minderjarigen. Erger nog, waarvan de ontwikkelaars en andere wetenschappers duidelijk aangaven dat ze niet betrouwbaar zijn.

Bij elk van de drie onderzoeksmethoden moeten belangrijke kanttekeningen worden gemaakt. Wat betreft de analyse van de pots, werd bij de ontwikkeling van de atlas die gebruikt wordt als referentiemateriaal, al aangegeven dat de atlas beperkingen heeft. Zo werd onderstreept dat er afwijkingen kunnen zijn binnen eenzelfde leeftijdsgroep, al dan niet veroorzaakt door de herkomst van de jongere. Wat betreft de analyse van het gebit, gaven de auteurs van het onderzoek aan dat de steekproef gebeurde onder blanke Belgen en dat een leeftijdsbepaling voor jongeren tussen 15,7 en 23,3 jaar altijd problematisch blijft. Ook andere auteurs gaven voorheen al aan dat een precieze leeftijdsbepaling aan de hand van een onderzoek van het gebit onmogelijk is, omdat hierbij onder meer ook het socio-economische kader en de voedingsgewoontes meespelen. Wat betreft de analyse van het sleutelbeen, worden gelijkaardige vraagtekens geplaatst bij de betrouwbaarheid ervan voor de beoordeling van de leeftijd van de betrokkene, omdat ook deze test ontwikkeld werd op basis van een blanke bevolking. Dat zelfs de Orde van Geneesheren de behoefte voelt om haar bedenkingen op papier te zetten, mag dan ook niet zomaar naast zich worden neergelegd. Het UNHCR beveelt in dat verband trouwens aan om - met het oog op de bescherming van NBMV - alles in het werk te stellen om te waarborgen dat de leeftijdsbepaling deel uitmaakt van een volledige evaluatie, rekening houdend met zowel het voorkomen van de NBMV, parameters van fysieke aard, als de psychologische maturiteit van de persoon. Precies omwille van de problemen met de betrouwbaarheid van de medische onderzoeken staat de leeftijdsbepaling op gespannen voet met het recht van de NBMV om bij elke beslissing die op hem betrekking heeft, zijn belang als eerste overweging te nemen.' (W. DE BONDT, 'De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België: naar het stapsgewijs erkennen van bekwaamheid en het breder invullen van het overwegen van diens belang', in n E. DESMET, I VERHELLEN, S. BOUCKAERT, Migratie- en migrantenrecht 18, Rechten van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België, Die Keure, mei 2019, 139-140)

Het is duidelijk dat er effectief gerede twijfel bestaat over de nauwkeurigheid van de testen en dat de resultaten er jaren van kunnen zitten. Op zijn minst dient verzoekers

socio-economische achtergrond, nutritioneel niveau en zijn etnische herkomst mee in rekening gebracht te worden om tot een nauwkeuriger resultaat te komen.
Verzoeker dient op zijn minst tot na een definitieve afwijzing in beroep als minderjarige behandeld te worden.
Gelet op de onnauwkeurigheid van de medische leeftijdstest, en gelet op de gezaghebbende interpretaties van onder andere het VN-Kinderrechtencomité, en de richtlijnen van EASO, dient er gesteld te worden dat het zich beperken tot een medische leeftijdstest, zonder enige motivering hierrond, niet verzoenbaar is met het hoger belang van het kind, en artikel 8 EVRM.
De impact van de beslissing over verzoekers leeftijd is erg groot en valt niet te herstellen. Het is van het grootste belang dat een dergelijke beslissing zo omzichtig mogelijk genomen worden.
Verwerende partij ging dan ook onzorgvuldig te werk enkel en alleen en prioritair gebruik te maken van de medische test, zonder te overwegen en hieromtrent te motiveren waarom er geen psycho-affectieve test wordt afgenomen en zonder andere informatie in oogmerk te nemen. Het is eveneens onzorgvuldig dat niet alle relevante criteria werden gebruikt verzoeksters afkomst, etnie, socio-economische geschiedenis en voedingspatroon bij de test.
Verder werd ook de motiveringsplicht geschonden doordat er geen motivering werd opgenomen over waarom er geen psycho-affectieve tests werden afgenomen.
Het hoger belang van het kind zoals vervat in artikel 24.2 van het EU Handvest, dat de eerste overweging zou moeten vormen. Het feit dat van de mogelijkheid vervat in artikel 3 van het KB van 22 december 2003 omtrent psycho-affectieve tests geen gebruik werd gemaakt, leidt eveneens tot een miskenning van het hoger belang van het kind. Er had immers veel zorgvuldiger kunnen omgesprongen worden met verzoeksters minderjarigheid, de gebreken van de tests, en de interpretatie van de resultaten ervan.
De bestreden beslissing dient te worden nietig verklaard."

Beoordeling

5. Wat het medisch onderzoek betreft, is de bestreden beslissing formeel afdoende gemotiveerd wanneer het resultaat van dat onderzoek in die beslissing wordt vermeld. Te dezen geeft de bestreden beslissing de conclusie van dat onderzoek weer, waaruit blijkt dat verzoeker meer dan achttien jaar oud is. Het is hierbij niet vereist dat de beslissing eveneens aangeeft welke medische onderzoeken werden uitgevoerd noch dat de resultaten van het medisch onderzoek samen met de bestreden beslissing worden betekend. Het verslag van het medisch onderzoek maakt deel uit van het administratief dossier en verzoeker maakt niet aannemelijk dat hij er geen kennis van heeft kunnen nemen.

Zoals hierna zal blijken, is het leeftijdsonderzoek door de wet zelf ingesteld als bewijsmiddel in geval van twijfel over de leeftijd van de

betrokkene. Vermits de bestreden beslissing wordt gedragen door het resultaat van dit onderzoek, hoefde niet uitdrukkelijk te worden gemotiveerd waarom geen psycho-affectieve tests werden afgenomen.

Er blijkt geen schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

6. Naar luid van artikel 7, § 1, van de voogdijwet laat de dienst Voogdij, indien hij twijfel koestert omtrent de leeftijd van de betrokken persoon, onmiddellijk een medisch onderzoek door een arts uitvoeren teneinde na te gaan of die persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar. Nu de wet zelf het medisch onderzoek als bewijsmiddel heeft ingesteld wanneer twijfel over de leeftijd van de betrokkene bestaat, blijkt geen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiëlemotiveringsplicht uit het feit dat de dienst Voogdij de bestreden beslissing heeft genomen op grond van dergelijk leeftijdsonderzoek.

Verzoeker weidt uit over de voorgehouden onnauwkeurigheid van medische onderzoeken voor leeftijdsbepaling. Hij beperkt zich hierbij eerst tot algemene kritiek doch hij toont niet aan dat het medisch onderzoek te dezen ondeskundig, onbetrouwbaar of niet correct is. Zo blijkt dat de arts eventuele afwijkingen ten gevolge van genetische, etnische of andere factoren heeft opgevangen door, waar nodig, een standaarddeviatie te hanteren. De wetgever heeft met de medische leeftijdstest overigens niet de bedoeling gehad de exacte leeftijd van de betrokkene te laten achterhalen doch enkel uitsluitsel te krijgen of de betrokkene al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.

Meer concreet blijkt dat de arts zich steunt op een meervoudig onderzoek, waarvan elk deelonderzoek individueel wordt geïnterpreteerd en waarna een algemene conclusie wordt getrokken met de eigenlijke leeftijdsschatting. Bij het bepalen in de bestreden beslissing of verzoeker al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, is de eindconclusie van de arts op basis

van die deelonderzoeken relevant en niet het resultaat van een afzonderlijk deelonderzoek. Die eindconclusie, en niet de conclusie van ieder deelonderzoek afzonderlijk, is derhalve ook bepalend voor de in het voornoemde artikel 7, § 3, van de voogdijwet bedoelde “jongste leeftijd”. Indien de arts voor zijn eindconclusie een deviatiefactor vermeldt, wordt de ondergrens daarvan in aanmerking genomen voor het bepalen van de leeftijd. Te dezen gaat het dus op datum van 25 maart 2021 om “een leeftijd […] van 21,5 jaar, met een standaarddeviatie van 2 jaar”. Dat er verschillen bestaan tussen de resultaten van de deelonderzoeken, doet geen afbreuk aan het feit dat daaruit een eindconclusie kan worden afgeleid.

Verzoeker ontkracht met zijn ellenlange kritiek, die uitsluitend bestaat uit het citeren van algemene standpunten en algemene kritiek, niet dat het medisch onderzoek te dezen met de vereiste deskundigheid is gebeurd en dat de arts bij de beoordeling van de objectieve gegevens die hem voorlagen, rekening heeft gehouden met alle gegevens die in de huidige stand van de wetenschap gemeenzaam worden aanvaard. Verder komt het de Raad van State niet toe zijn eigen interpretatie van de onderzoeksresultaten in de plaats te stellen van deze in het deskundig verslag.

Verzoeker toont geen schending aan van artikel 7 van de voogdijwet en van het redelijkheidsbeginsel en de zorgvuldigheidsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

7. Naar luid van artikel 3, eerste lid, van het koninklijk besluit van 22 december 2003 “[gaat] de dienst Voogdij […] over tot de identificatie van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling en controleert zijn verklaringen betreffende zijn naam, nationaliteit en leeftijd inzonderheid door middel van zijn officiële documenten of van de inlichtingen verstrekt door de consulaire of diplomatieke posten van het land van herkomst of van doorvoer, of van elke andere inlichting […]”. Deze bepaling verzet er zich niet tegen dat in geval van twijfel aan de voorgehouden leeftijd, a fortiori wanneer de betrokkene reeds elders een

verzoek tot internationale bescherming blijkt te hebben ingediende met opgave van een andere geboortedatum, wordt overgegaan tot een leeftijdsonderzoek dat, zoals hoger reeds is aangehaald, door de wet zelf is ingesteld.

Artikel 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 december 2003 voorziet weliswaar de mogelijkheid van psycho-affectieve tests, doch er is geenszins sprake van een verplichting bij het uitvoeren van een medisch onderzoek. Noch deze laatste bepaling, noch het zorgvuldigheidsbeginsel is derhalve geschonden door het niet uitvoeren van psycho-affectieve tests nu de uitslag van het uitgevoerd medisch onderzoek duidelijk is en door verzoeker niet wordt ontkracht met de algemene bewering van het tegendeel.

Verzoeker toont geen schending aan van het voornoemde artikel 3.

8. Met de bestreden beslissing wordt verzoekers geboortedatum niet bepaald en er wordt geen uitspraak gedaan over verzoekers minder- of meerderjarigheid, die in zijn geval inderdaad wordt bepaald door het Afghaanse recht. De bestreden beslissing houdt dan ook geen verband met de “staat en de bekwaamheid van een persoon” in de zin van artikel 34 van het WIPR vermits het enkel gaat om een leeftijdsschatting om na te gaan of verzoeker al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.

9. Artikel 17 van het Europees Sociaal Handvest bevat een algemeen geformuleerde sociale doelstelling tot het nastreven en verwezenlijken waarvan de lidstaten zich hebben verbonden. Het gaat niet om een voldoende nauwkeurig omschreven recht waarop de burgers zich kunnen beroepen. Derhalve heeft deze bepaling geen rechtstreekse werking in de Belgische interne rechtsorde.

10. Daargelaten de vraag naar de directe werking van artikel 3 van het internationaal verdrag inzake de Rechten van het Kind in het Belgische recht, blijkt uit het medisch onderzoek en de bestreden beslissing dat verzoeker meer dan

18 jaar oud is. Verzoeker toont de onwettigheid van deze vaststelling niet aan, zodat hij zich niet kan beroepen op die verdragsbepaling. Dit laatste geldt eveneens voor wat 24.2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie betreft.

11. Het valt niet in te zien op welke wijze artikel 8 van het EVRM zou zijn geschonden nu verzoeker niet de onwettigheid aantoont van de bestreden beslissing waarmee zijn leeftijd op datum van 25 maart 2021 op ouder dan 18 jaar wordt geschat. Uit dit laatste volgt dat verzoeker ook niet “als minderjarige” moest worden behandeld tijdens de behandeling van het onderhavige beroep tot nietigverklaring. In dat opzicht blijkt verzoeker geen belang te hebben bij de voorgehouden schending van artikel 13 van het EVRM.

12. Het enige middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep tot nietigverklaring.

2. Verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 140 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertien april tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Joris Casneuf,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Joris Casneuf	**Carlo Adams**