



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 63.513/4
du 13 juin 2018

advies 63.513/4
van 13 juni 2018

sur

over

un projet d'arrêté royal 'modifiant
l'arrêté royal du 2 aout 2002 fixant le
régime et les règles de fonctionnement
applicables aux lieux situés sur le
territoire belge, gérés par l'Office des
Étrangers, où un étranger est détenu,
mis à la disposition du gouvernement ou
maintenu, en application des
dispositions citées dans l'article 74/8,
§ 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur
l'accès au territoire, le séjour,
l'établissement et l'éloignement des
étrangers'

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

Le 16 mai 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de la Régie des bâtiments à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des Étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 13 juin 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 juin 2018.

*

Op 16 mei 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eersteminister en Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken, belast met de Regie der gebouwen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de plaatsen gelegen op het Belgisch grondgebied, beheerd door de Dienst Vreemdelingenzaken, waar een vreemdeling wordt opgesloten, ter beschikking gesteld van de regering of vastgehouden, overeenkomstig de bepalingen vermeld in artikel 74/8, § 1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 13 juni 2018. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 juni 2018.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

Au vu de la très grande abondance des dossiers actuellement soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, il n'a pas été possible de procéder à un examen exhaustif du projet, même limité aux trois points indiqués dans l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le présent avis s'est donc limité à l'examen de quelques questions particulièrement importantes, d'ordre général ou particulier.

Il va de soi que, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, il ne peut rien être déduit du silence gardé dans le présent avis sur certaines dispositions ou certaines questions.

EXAMEN DU PROJET

DISPOSITIF

Article 2

1. L'article 2 du projet prévoit que « L'organisation et le fonctionnement du centre doivent être aménagés [...] en veillant aux besoins des familles et des enfants mineurs ».

Le rapport au Roi expose, à ce propos, ce qui suit :

« L'article 3 est complété afin d'y prévoir que dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement du centre, une attention spécifique doit être accordée aux besoins de la famille et des enfants mineurs.

Il convient de souligner que les règles générales applicables aux centres fermés continuent également de s'appliquer aux familles. Dans certains cas, cependant, ces règles seront adaptées aux besoins spécifiques d'une famille.

Ainsi, dans l'enceinte du centre et dans les maisons familiales, une attention particulière sera accordée à la perception et à la protection des enfants en réduisant au maximum la sensation d'enfermement. Le but est de proposer un logement provisoire dans un environnement fermé. La surveillance vise avant tout à garantir la sécurité des occupants présents et, pour les familles, tout sera mis en œuvre afin que cette surveillance soit rendue le moins visible possible sur le terrain.

La famille bénéficiera en outre d'un soutien supplémentaire, dès lors que les familles sont encadrées par une équipe multidisciplinaire (y compris par un coach qui les accompagnera) pendant leur séjour.

Les enfants auront suffisamment de possibilités de détente. Des jouets seront mis à leur disposition, et des activités seront également organisées spécialement pour les enfants. Ils auront également accès au jardin, dans lequel ils pourront jouer ».

L'intention ainsi exprimée s'inscrit notamment dans le cadre de l'article 17 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 'relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier', spécialement les paragraphes 3 et 5 de cette disposition relative à la « rétention des mineurs et des familles », qui prévoient ce qui suit :

« 3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.

[...]

5. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement ».

Si le rapport au Roi est relativement précis, le dispositif en projet revêt, pour sa part, un caractère trop général. Aux fins de garantir le respect effectif et la transposition complète des dispositions précitées de droit européen, le dispositif en projet lui-même doit être complété par des règles précises.

Article 3

1. L'article 4 de l'arrêté royal du 2 août 2002 ¹ dont la modification est envisagée dispose actuellement comme suit :

« Les centres s'occupent de l'accueil de :

- 1° les étrangers auxquels s'appliquent les articles 74/5, §§ 1^{er}, 2° et 2 de la loi ;
- 2° les étrangers auxquels s'applique l'article 74/6 de la loi ;
- 3° les étrangers auxquels s'appliquent les articles 7, 25 et 27 de la loi ».

L'article 3 du projet à l'examen entend ajouter deux alinéas à cette disposition, libellés comme suit :

« Avant que la famille avec enfants mineurs, visée à l'article 74/9, § 2, de la loi, puisse être maintenue dans une maison familiale, elle doit avoir eu la possibilité de séjourner dans un lieu tel que défini à l'article 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Sans préjudice de l'article 83/11, la famille ne peut être maintenue dans une maison familiale pour une durée aussi courte que possible que si elle ne souhaite pas recourir à la possibilité de séjourner dans un lieu

¹ Arrêté royal du 2 août 2002 'fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers'.

d'hébergement ou si elle ne respecte pas les conditions requises pour séjourner dans un lieu d'hébergement.

L'alinéa précédent ne s'applique pas si la famille constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale ou en cas de forte augmentation de l'afflux ».

Le rapport au Roi justifie cette disposition comme suit :

« L'article 74/9, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que la famille avec enfants mineurs qui tente d'entrer en Belgique sans satisfaire aux conditions d'accès au territoire peut, en vue de procéder à l'éloignement, être maintenue dans un lieu déterminé, adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs et situé aux frontières, pour une durée aussi courte que possible. L'article 4 de l'arrêté royal du 2 août 2002 prévoit qu'avant que ces familles à la frontière soient maintenues dans une maison familiale, elles doivent d'abord avoir eu la possibilité de séjourner dans un lieu d'hébergement tel que défini dans l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, afin d'organiser leur départ depuis cet endroit.

Si la famille ne souhaite pas recourir à cette possibilité, elle peut être maintenue dans une maison familiale.

De même, lorsque la famille est installée dans un lieu d'hébergement mais qu'elle ne respecte pas les accords conclus, elle peut également être maintenue dans une maison familiale pendant une période aussi courte que possible.

À cet égard, il convient de tenir compte du délai de maintien fixé par le nouvel article 83/11. Cet article prévoit qu'une famille avec des enfants mineurs peut être maintenue pour une période de deux semaines. À l'issue de cette période, la famille peut encore être maintenue pour une durée maximale de deux semaines, à condition que le Directeur général communique par écrit au Ministre les raisons de la prolongation de ce maintien.

Ces règles pour les familles à la frontière ne s'appliquent pas si la famille constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale ou en cas de forte augmentation de l'afflux.

Un principe similaire existe déjà pour les familles avec enfants mineurs séjournant illégalement sur le territoire belge. Ce principe est prévu à l'article 74/9, §§ 1^{er} et 3, de la loi du 15 décembre 1980 ».

2.1. La disposition à l'examen appelle les observations suivantes.

2.2. Les mots « Sans préjudice de l'article 83/11 » employés à l'alinéa 2 en projet, ne sont pas de nature à assurer la cohérence entre la disposition à l'examen et la durée de deux semaines, renouvelables une fois, prévue à l'article 83/11 en projet.

Le texte en projet sera revu aux fins de mieux assurer la cohérence entre ces deux dispositions et de manière à garantir le respect de l'article 74/9, § 2, de la loi du 15 décembre 1980, duquel il découle que la durée du maintien de la famille dans un centre fermé doit être aussi courte que possible. En d'autres termes, le texte en projet doit mettre en place un système dans lequel, si le maintien de la famille dans le centre fermé – nécessairement dans une

maison familiale adaptée aux besoins des familles² – peut s'étendre à une durée de deux semaines, le cas échéant renouvelable une fois, il s'agit là d'une durée maximale, celle-ci devant rester aussi courte que possible et partant, devant s'avérer, le cas échéant, plus brève que les deux semaines précitées.

Or, tel que le texte en projet est rédigé, il pourrait laisser entendre que c'est la durée de deux semaines, le cas échéant renouvelable, qui prévaut.

L'arrêté en projet sera revu à la lumière de cette observation.

2.3. L'alinéa 2 en projet prévoit, pour les familles avec enfants mineurs visées à l'article 74/9, § 2, de la loi du 15 décembre 1980, un règle de subsidiarité : ainsi, la famille concernée (à savoir la famille avec enfants mineurs qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées aux articles 2 ou 3 de la loi) doit tout d'abord se voir offrir la possibilité de séjourner dans « un lieu d'hébergement tel que défini à l'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 [...] » ; ce n'est que si la famille refuse de recourir à cette possibilité ou bien si, ayant recouru à celle-ci, elle ne respecte pas les conditions mises au séjour dans un tel « lieu d'hébergement », qu'elle pourra alors – et seulement alors – être maintenue dans un centre fermé, et ce pour une durée qui sera la plus courte possible et dans des conditions adaptées aux enfants mineurs.

Un tel système est en principe de nature à garantir la proportionnalité des mesures envisagées, au regard non seulement du respect du droit à la protection de la vie privée et familiale, garanti notamment par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci après : la Convention européenne des droits de l'homme), mais également au regard de l'article 5, paragraphe 1, f) de la même Convention dont il découle, comme le mentionne le rapport au Roi relatif au texte en projet, que la régularité de toute détention visée à cet article « dépend entre autres de l'existence d'un lien entre, d'une part, le motif de la détention et, d'autre part, le lieu et le régime de la détention ».

Ceci étant, les modifications en projet appellent néanmoins des critiques fondamentales dès lors que selon l'alinéa 3 en projet, la règle de subsidiarité du séjour des familles avec enfants mineurs en centre fermé, telle que prévue à l'alinéa 2 en projet, ne sera pas d'application « si la famille constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale ou en cas de forte augmentation de l'afflux ».

De telles exceptions, telles qu'elles sont rédigées et conçues, ne sont pas acceptables, pour les motifs suivants :

1^o s'agissant de la première exception, qui a vocation à être mise en œuvre par une décision à portée individuelle, portant sur une famille déterminée, force est de constater que la notion de « famille qui constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale » est trop imprécise ; en effet, la section de législation n'aperçoit pas comment une « famille avec enfants mineurs » pourrait, en tant que telle, constituer un « danger pour l'ordre public ou la sécurité

² Voir en ce sens, C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013.

nationale » : un tel constat ne pourrait le cas échéant être posé qu'à l'égard d'un ou plusieurs membres identifiés de la famille³, et ce sur la base de faits précis qui seront dument mentionnés dans la motivation de la décision ;

2° s'agissant de la seconde exception envisagée, elle n'apparaît pas admissible dans son principe.

En effet, la notion de « forte augmentation de l'afflux » revêt un caractère éminemment subjectif qui rend aléatoire, voire impossible, la prévisibilité de la règle de droit et de sa mise en œuvre, et l'imprévisibilité qui en résulte méconnaît les dispositions précitées de la Convention européenne des droits de l'homme.

Plus fondamentalement encore, dans l'hypothèse de dérogation envisagée, le lieu et le régime de détention seraient alors sans rapport avec le motif justifiant la détention : il ne s'agirait pas, en effet, de garantir la bonne exécution de la mesure d'éloignement dans des cas où l'autorité pourrait douter de la coopération de la personne concernée, mais de maintenir des personnes en centre fermé en raison d'un nombre insuffisant de « lieux d'hébergement » adaptés, ce qui méconnaîtrait plus spécialement l'article 5, paragraphe 1, f), de la Convention européenne des droits de l'homme.

2.4. Par ailleurs, de manière générale, il convient de rappeler que la détention d'enfants mineurs dans le contexte du contrôle des mouvements migratoires peut soulever de graves questions au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prohibe de manière absolue la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *S.F. et autres c. Bulgarie* du 7 décembre 2017,

« the immigration detention of minors, whether accompanied or not, raises particular issues in that regard, since, as recognised by the Court, children, whether accompanied or not, are extremely vulnerable and have specific needs (see, as a recent authority, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, nos. 25794/13 and 28151/13, § 103, 22 November 2016). Indeed, the child's extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant. Article 22 § 1 of the 1989 Convention on the Rights of the Child (1577 UNTS 3) encourages States to take appropriate measures to ensure that children seeking refugee status, whether or not accompanied by their parents or others, receive appropriate protection and humanitarian assistance (see *Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, § 91, 19 January 2012). In recent years, the Court has in several cases examined the conditions in which accompanied minors had been kept in immigration detention.

80. The applicants in *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium* (no. 41442/07, 19 January 2010) had been respectively seven months, three and a half years, five years and seven years old, and had been detained for one month. Noting their age, the length of their detention, the fact that the detention facility had not been adapted for minors, and the medical evidence that they had undergone serious psychological problems while in custody, the Court found a breach of Article 3 (ibid., §§ 57-63).

³ Comparer avec l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

81. The applicants in *Kanagaratnam v. Belgium* (no. 15297/09, 13 December 2011) had been respectively thirteen, eleven, and eight years old, and had been detained for about four months. The Court noted that they had been older than those in the above-mentioned case and that there was no medical evidence of mental distress having been experienced by them in custody. Even so, noting that (a) the detention facility had not been adapted to minors, (b) the applicants had been particularly vulnerable owing to the fact that before arriving in Belgium, they had been separated from their father on account of his arrest in Sri Lanka and had fled the civil war there, (c) their mother, although with them in the facility, had been unable to take proper care of them, and (d) their detention had lasted a much longer period of time than that in the case of *Muskhadzhiyeva and Others* (cited above), the Court found a breach of Article 3 (ibid., §§ 64-69).

82. The applicants in *Popov v. France* (nos. 39472/07 and 39474/07, 19 January 2012) had been respectively five months and three years old, and had been detained for fifteen days. Although designated for receiving families, the detention facility had been, according to several reports and domestic judicial decisions, not properly suited for that purpose, both in terms of material conditions and in terms of the lack of privacy and the hostile psychological environment prevailing there. That led the Court to find that, (a) despite the lack of medical evidence to that effect, the applicants, who had been very young, had suffered stress and anxiety, and that (b) in spite of the relatively short period of detention, there had been a breach of Article 3 (ibid., §§ 92-103).

83. The applicants in five recent cases against France – *R.M. and Others v. France* (no. 33201/11, 12 July 2016), *A.B. and Others v. France* (no. 11593/12, 12 July 2016), *A.M. and Others v. France* (no. 24587/12, 12 July 2016), *R.K. and Others v. France* (no. 68264/14, 12 July 2016) and *R.C. and V.C. v. France* (no. 76491/14, 12 July 2016) – had been between four months and four years old, and had been detained for periods ranging between seven and eighteen days. The Court noted that unlike the detention facility at issue in *Popov* (cited above), the material conditions in the two detention facilities concerned in those five cases had not been problematic. They had been adapted for families that had been kept apart from other detainees and provided with specially fitted rooms and child-care materials. However, one of the facilities had been situated right next to the runways of an airport, and so had exposed the applicants to particularly high noise levels. In the other facility, the internal yard had been separated from the zone for male detainees by only a net, and the noise levels had also been significant. That had affected the children considerably. Another source of anxiety had been the constraints inherent in a place of detention and the conditions in which the facilities had been organised. Although over a short period of time those factors had not been sufficient to attain the threshold of severity engaging Article 3 of the Convention, over a longer period their effects would necessarily have affected a young child to the point of exceeding that threshold. Since the periods of detention had been, in the Court's view, long enough in all five cases, it found breaches of Article 3 in each of them (see *R.M. and Others v. France*, §§ 72-76; *A.B. and Others v. France*, §§ 111-15; *A.M. and Others v. France*, §§ 48-53; *R.K. and Others v. France*, §§ 68-72; and *R.C. and V.C. v. France*, §§ 36-40, all cited above) ».

Comme le souligne la Cour dans l'arrêt précité, certaines mesures qui sont en soi considérées comme admissibles au regard de l'article 3 lorsqu'elles sont de courte durée, peuvent cesser de l'être, en présence de mineurs, par le simple fait de leur prolongation dans le temps. S'agissant d'un droit absolu, la méconnaissance de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui surviendrait de la sorte, ne peut en aucune manière être justifiée par le

comportement des intéressés ou par des circonstances telles que l'afflux de personnes migrantes. Ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *J.R. et autres c. Grèce* du 25 janvier 2018,

« eu égard au caractère absolu de l'article 3 de la Convention, les facteurs liés à un afflux croissant de migrants ne peuvent pas exonérer les États contractants de leurs obligations au regard de cette disposition [...], qui exige que toute personne privée de sa liberté puisse jouir de conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine. À cet égard, même un traitement infligé sans l'intention d'humilier ou de rabaisser la victime, et résultant, par exemple, de difficultés objectives liées à la gestion d'une crise migratoire, peut être constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention [...] »⁴.

3. L'article 3 du projet sera fondamentalement revu à la lumière des observations qui précèdent.

Article 9

1. L'article 62 de l'arrêté du 2 août 2002 dont la modification est envisagée dispose actuellement comme suit :

« Art. 62. L'occupant a droit à une assistance juridique.

Le directeur du centre veille à ce que l'occupant ait la possibilité de faire appel à l'aide juridique prévue par la loi.

Si l'occupant fait appel à un avocat, son avocat est informé au moins 48 heures avant une éventuelle première tentative d'éloignement, sauf si l'occupant le refuse ».

L'article 9 du projet à l'examen entend modifier cet article de sorte qu'il soit désormais rédigé comme suit :

« Art. 62. L'occupant a droit à une assistance juridique.

Le directeur du centre veille à ce que l'occupant ait la possibilité de faire appel à l'aide juridique prévue par la loi.

L'occupant ainsi que son avocat en sont informés quarante-huit heures avant la première tentative d'éloignement. Dans les cas suivants, il peut y être dérogé exceptionnellement

1° lorsqu'il y a des indices clairs que cette communication représentera un danger pour l'intégrité physique ou la santé de l'occupant ;

2° lorsque l'étranger ne veut pas que son avocat en soit informé ;

3° lorsque l'information concernant l'éloignement est disponible moins de quarante-huit heures avant l'éloignement. Sauf dans les cas visés aux 1° et 2°, l'information est donnée dès l'instant où elle est disponible.

Dans le cas visé à l'alinéa 3, 1°, le directeur du centre ou son remplaçant prend une décision motivée sur la base d'un avis psychologique.

Lorsqu'il est fait application des exceptions prévues à l'alinéa 3, le directeur du centre ou son remplaçant en informe le Directeur général.

⁴ Cour eur. D.H., arrêt *J.R. et autres c. Grèce* du 25 janvier 2018, § 137.

Les exceptions mentionnées à l'alinéa 3, 1° et 3°, ne sont pas applicables aux familles avec enfants mineurs, à moins que la famille consente à la tentative d'éloignement ».

Le rapport au Roi justifie ces modifications comme suit :

« Conformément à l'article 39/83 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers l'étranger maintenu est censé pouvoir être éloigné à tout moment à l'expiration du délai (qui est, respectivement, de cinq ou dix jours) visé à l'article 39/57, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi susvisée ou, lorsque la demande de suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement ou de renvoi a été introduite en extrême urgence dans ce délai, après que le Conseil du contentieux des étrangers a rejeté cette demande. Lorsqu'une demande de prise de mesures provisoires est introduite dans ledit délai (conformément à l'article 39/85 de la loi susvisée), il ne peut pas être procédé à l'exécution forcée de la mesure d'éloignement ou de renvoi jusqu'à ce que le Conseil du contentieux des étrangers ait statué sur cette demande. Néanmoins, l'étranger peut également être éloigné avant l'expiration des délais de recours susvisés, mais seulement s'il marque son accord.

Afin d'améliorer la communication concernant l'exécution de la décision d'éloignement et de mieux gérer les risques, l'étranger et son avocat seront avertis, en principe, quarante-huit heures avant la première tentative d'éloignement, sauf dans les trois cas insérés dans l'article 62, alinéa 3, à savoir :

1° s'il y a des indications claires que l'annonce d'une telle information peut influencer négativement l'étranger. Il s'agit par exemple d'un risque pour l'étranger d'automutilation ou de suicide ;

2° si l'étranger refuse que son avocat soit informé de cette tentative d'éloignement. Le cas échéant, seul l'étranger lui-même est informé ;

3° lorsque l'information relative à l'éloignement est disponible moins de quarante-huit heures avant l'éloignement. L'étranger et son avocat seront informés dès que l'information est disponible.

Les droits de l'étranger ne sont pas compromis. En effet, il est précisé ci-avant que l'étranger ne peut être éloigné qu'après l'expiration du délai de recours. Le fait que dans certaines situations exceptionnelles, l'étranger n'est pas informé quarante-huit heures avant son éloignement de l'heure à laquelle il sera éloigné, ne signifie pas qu'il n'a pas la possibilité d'introduire un recours. La décision d'éloignement lui a été notifiée bien avant et en principe, le délai de recours est déjà dépassé au moment où l'étranger est éloigné. En d'autres termes, la décision d'éloignement est déjà définitive et exécutoire au moment où l'étranger est éloigné.

Il convient de souligner que la règle reste que tant l'étranger que son avocat sont informés quarante-huit heures à l'avance de l'heure à laquelle l'étranger sera éloigné. Dans le projet, les cas prévus qui s'en écartent constituent des exceptions.

Dans le cas visé au 1°, le droit à l'information est restreint afin de donner priorité à la protection de l'intégrité physique de l'étranger.

Afin de limiter le degré de subjectivité que la prise d'une décision dans ce cas peut entraîner, il est prévu que seul le directeur du centre ou son remplaçant peut prendre une décision. Cette décision est prise sur la base d'un avis psychologique. Cette décision doit toujours être motivée.

Lorsque ces exceptions sont appliquées, le Directeur général doit en être avisé par le directeur du centre ou son remplaçant. Un contrôle est ainsi mis en place afin de lutter contre les abus. Autrement dit, ce contrôle doit garantir que les exceptions ne deviennent pas la règle.

Dans le cas visé au 2°, l'étranger sera informé quarante-huit heures à l'avance, mais pas son avocat, à la demande de l'étranger lui-même. Cette disposition ne porte donc pas atteinte au droit à l'information dans le chef de l'étranger.

La disposition 3° énumère les cas dans lesquels l'Office des Etrangers ne dispose d'aucune information relative aux données du vol (et par conséquent, le centre non plus). Les informations relatives au moment de l'éloignement ne sont parfois disponibles que quelques heures à l'avance. Bien entendu, le centre ne peut pas communiquer à l'étranger des informations dont il ne dispose pas encore. Dès que le centre reçoit les données du vol, il est tenu de communiquer ces informations à l'étranger et à son avocat.

Cette dernière catégorie comprend également les étrangers qui sont éloignés à la place d'autres étrangers. En effet, lorsqu'un occupant qui doit normalement être éloigné introduit au dernier moment une demande de protection internationale ou n'est pas déclaré « fit to fly », il ne peut pas être éloigné. Il peut alors être décidé d'éloigner un autre occupant à sa place. Dans ce cas également, cette information ne sera pas disponible quarante-huit heures à l'avance.

Les exceptions prévues aux 1° et 3° ne sont pas applicables aux familles avec enfants mineurs, à moins qu'elles consentent à la tentative d'éloignement. Les familles avec enfants mineurs doivent en principe toujours être informées 48 heures à l'avance de la première tentative d'éloignement, à moins que les exceptions prévues aux 1° et 3° ne se produisent et qu'elles consentent à leur départ. Par exemple, l'exception prévue au 3° peut être appliquée aux familles avec enfants mineurs si la famille indique qu'elle souhaite partir volontairement. Si la famille peut prendre la place d'autres étrangers qui refusent de partir, il est permis d'informer la famille de ce vol moins de 48 heures à l'avance, à condition que la famille accepte de partir avec ce vol. Si la famille refuse de partir, aucun éloignement forcé ne peut avoir lieu à ce moment-là. L'exception prévue au 2° reste toutefois d'application pour les familles avec enfants mineurs. Elles peuvent donc toujours demander que leur avocat ne soit pas prévenu 48 heures à l'avance ».

2.1. À la lumière de ces explications, l'article 9 du projet appelle les observations suivantes.

2.2. L'exception prévue à l'alinéa 3, 1°, n'est pas admissible.

En effet, s'il est évident que des mesures particulières peuvent et même doivent être prises dans les cas dans lesquels il est avéré que l'information donnée à l'occupant concernant la première tentative d'éloignement pourrait mettre son intégrité physique ou psychologique en danger (ce qui correspond à un cas de force majeure, lié à un état de nécessité), l'on n'aperçoit pas en quoi le défaut d'information pur et simple, tant de l'occupant que de son avocat, constituerait une mesure adéquate et proportionnée au but poursuivi, dès lors spécialement, qu'il existe d'autres mesures moins lourdes pour l'occupant susceptibles d'être adoptées pour garantir sa sécurité (comme une assistance psychologique spécifique ou une mesure de surveillance, ou, le cas échéant d'isolement, dans des conditions adéquates au but poursuivi), tout en lui assurant une information complète et transparente, ainsi que celle de son conseil.

2.3. L'exception prévue à l'alinéa 3, 2°, en projet, telle qu'elle est rédigée, peut être comprise comme permettant de ne pas informer tant l'occupant que son avocat, dans les cas où l'occupant ne veut pas que son avocat soit informé. Ce dernier élément, s'il justifie adéquatement que l'avocat ne soit pas informé, ne saurait bien évidemment pas justifier que l'occupant lui-même ne le soit pas.

Le texte en projet doit être revu afin de faire apparaître clairement que, dans l'hypothèse envisagée, l'occupant lui-même sera informé.

2.4. L'exception prévue à l'alinéa 3, 3°, revient à vider de son sens la règle en vigueur de laquelle il découle qu'un occupant ne peut être éloigné si son avocat n'en a pas été averti 48 heures au moins à l'avance. À cet égard, l'élément avancé dans le rapport au Roi, à savoir qu'en tout état de cause, l'occupant ne pourra faire l'objet d'une première tentative d'éloignement que si « en principe le délai de recours est déjà dépassé », est sans pertinence dès lors que justement, l'information préalable de l'avocat a pour objet, entre autres, de faire bénéficier l'occupant d'une assistance juridique permettant de garantir que la tentative d'éloignement n'interviendra pas avant l'expiration du délai de recours, dans des conditions qui seraient donc prématurées et qui méconnaîtraient les exigences légales et réglementaires notamment de droit européen⁵ et de droit interne.

L'exception ici examinée n'apparaît dès lors pas admissible.

2.5. À titre subsidiaire, s'agissant de l'applicabilité des exceptions envisagées aux familles avec enfants mineurs, le dispositif en projet prévoit que celles visées à l'alinéa 3, 1° et 3° ne s'appliqueront pas, sauf si « la famille consent à la tentative d'éloignement ». L'exception visée à l'alinéa 3, 2°, en projet s'appliquera, pour sa part, dans tous les cas.

Sur ces différentes hypothèses, force est de constater que la situation d'une famille entière avec enfants mineurs ne peut être envisagée de la même façon que celles de personnes majeures sans enfants mineurs.

Ainsi,

1° S'agissant du cas de figure visé au 2° de l'alinéa 3 en projet, outre ce qui a été dit au point 2.3 ci-avant, il y a lieu de relever que celui-ci ne prend pas en compte l'hypothèse, qui ne peut être exclue, d'un défaut d'accord entre les parents concernant l'information de l'avocat.

2° S'agissant de l'application éventuelle du 1° de l'alinéa 3 en projet aux familles avec enfants mineurs, elle appelle l'objection de principe mentionnée au point 2.2 ci-avant. Cette objection est d'autant plus prégnante s'agissant d'une famille, que le défaut d'information concernerait, par hypothèse, l'ensemble de la famille, alors que seul l'un ou plusieurs de ses membres – et non tous – pourrai(en)t se trouver, le cas échéant, dans la situation de danger physique ou psychologie envisagée. Que la famille ait ou pas donné son consentement préalable à

⁵ Voir spécialement les articles 12 et 13 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 'relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier'.

la mesure d'éloignement est, à cet égard, sans pertinence. En tout état de cause, s'agissant du « consentement de la famille », se pose à nouveau la question de savoir ce qu'il adviendra dans l'hypothèse où il y aurait désaccord entre les parents.

3° S'agissant de l'application éventuelle du 3° de l'alinéa 3 en projet aux familles avec enfants mineurs, se pose toujours la question de savoir ce qu'il adviendra dans l'hypothèse où il y aurait désaccord entre les parents.

3. En conclusion, l'article 9 doit être fondamentalement réexaminé à la lumière des observations qui précèdent.

Article 12

1. L'article 79 de l'arrêté royal du 2 août 2002 dont la modification est envisagée, dispose actuellement comme suit :

« Art.79. Chaque occupant reçoit trois fois par jour un repas. Un supplément alimentaire ou un repas diététique peut être offert sur avis médical. Il n'est jamais servi de viande de porc ».

L'article 12 du projet entend remplacer cette disposition comme suit :

« Art. 79. Chaque occupant reçoit trois fois par jour un repas prévoyant plusieurs alternatives. Un supplément alimentaire ou un repas diététique peut être offert sur avis médical.

La famille séjournant dans une maison familiale a le droit de préparer ses propres repas. Une cuisine et les ustensiles de cuisine élémentaires sont mis à sa disposition, à l'exception des objets dangereux. Les ingrédients, le cas échéant, adaptés à l'âge des enfants mineurs, qui sont nécessaires pour préparer les trois repas par jour sont mis à la disposition de la famille ».

Le rapport au Roi explique cette modification comme suit :

« Cet article prévoit de remplacer l'article 79 : la phrase précisant qu'il n'est jamais servi de viande de porc dans les centres fermés est supprimée. En effet, cette phrase est discriminatoire par rapport à certaines confessions religieuses. Le précepte religieux interdisant de manger du porc s'applique uniquement à un certain nombre de religions. Vu qu'à l'époque, l'article 79 prévoyait qu'il n'est jamais servi de viande de porc dans les centres fermés, les mêmes règles étaient appliquées à toutes les religions, alors que certaines d'entre elles n'interdisent pas de manger du porc.

Il n'est pas non plus justifié que l'arrêté royal tienne compte uniquement des régimes alimentaires d'un certain nombre de religions, alors que d'autres en possèdent aussi. Pour donner un exemple, les Hindous considèrent la vache comme un animal sacré. Par conséquent, de nombreux Hindous ne mangent pas de bœuf. Pourtant, dans cet arrêté, il n'a pas été prévu qu'il ne serait jamais servi de bœuf. Un Hindou pourrait donc se sentir discriminé.

Pour résoudre la question, aucune règle ne sera prévue quant à la viande qui sera servie.

Il sera néanmoins toujours tenu compte des différents préceptes religieux relatifs à l'alimentation. Pour ce faire, des alternatives seront toujours proposées. Ainsi, les occupants auront toujours le choix entre plusieurs plats. L'occupant pourra dès lors choisir son repas lui-même.

Par conséquent, le régime suivi s'apparente à celui appliqué dans le système pénitentiaire. Or aucune loi ne prévoit qu'il serait interdit de servir de la viande de porc en prison. Il est donc tout à fait possible que du porc figure au menu. Cependant, un menu à la carte est proposé, dans lequel les détenus peuvent choisir parmi trois ou quatre plats.

Tant dans les prisons que dans les centres fermés, les plats proposés en substitution doivent garantir que chaque personne puisse respecter ses convictions religieuses. En outre, ce procédé est entièrement conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 7 décembre 2010, n° 18429/06, *Jakóbski c/ Pologne*, §§ 52-53). Cet arrêt a conclu qu'en ce qui concerne l'alimentation, il doit être tenu compte des convictions religieuses du détenu, à condition que cela ne soit pas déraisonnable.

En outre, l'article 79 est adapté afin d'y prévoir que les occupants d'une maison familiale ont le droit de préparer leurs propres repas et reçoivent les ingrédients adaptés, le cas échéant, à l'âge des enfants mineurs et nécessaires à la préparation de trois repas par jour. Il est précisé qu'une cuisine et les ustensiles élémentaires de cuisine sont mis à leur disposition ».

2. S'agissant de garantir le respect de chaque personne dans ses convictions religieuses (ou l'absence de telles convictions), en termes d'alimentation, tout en respectant le principe d'égalité entre les personnes ayant des convictions religieuses différentes ou n'en n'ayant pas, le système tel que conçu et expliqué dans le rapport au Roi ne paraît pas poser de difficulté de principe.

Il n'en demeure pas moins que, dans un souci de sécurité juridique, le texte gagnerait à prévoir que les « trois ou quatre plats » auxquels réfère le rapport au Roi seront précisément conçus pour que les convictions religieuses (ou l'absence de celles-ci) des occupants soient raisonnablement respectées, conformément à l'interprétation que reçoit l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Article 13

Article 83/11 en projet

Il est renvoyé à l'observation faite sous l'article 3 du projet, en relation avec l'article 83/11 en projet.

Article 18

L'article 18 de l'avant-projet a pour effet d'assouplir les règles relatives aux fouilles prévues par l'article 111/2 de l'arrêté dont la modification est envisagée.

Aux fins de permettre un assouplissement de ces règles qui n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché et demeure ainsi dans un rapport de proportionnalité raisonnable, il convient d'inclure dans le dispositif en projet lui-même les deux précisions suivantes, qui ressortent du rapport au Roi :

1° s'agissant de la fouille définie à l'article 111/2, § 1^{er}, 2°, le membre du personnel qui n'est pas du même sexe que l'occupant a pour seule fonction d'assurer la sécurité lors de la fouille ;

2° s'agissant également de la fouille définie à l'article 111/2, § 1^{er}, 2°, les enfants mineurs font toujours l'objet d'un traitement adapté à leur âge.

L'article 18 du projet sera complété en conséquence.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE OPMERKING

Aangezien momenteel zeer veel dossiers om advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State zijn voorgelegd, is het niet mogelijk geweest het ontwerp exhaustief te onderzoeken, zelfs niet indien dat onderzoek wordt beperkt tot de drie punten die in artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State zijn vermeld.

Dit advies beperkt zich dus tot het onderzoek van enkele bijzonder belangrijke kwesties van algemene dan wel specifieke aard.

In de genoemde omstandigheden kan uiteraard niets worden afgeleid uit het feit dat in dit advies niets wordt gezegd over sommige bepalingen of sommige kwesties.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

DISPOSITIEF

Artikel 2

1. In artikel 2 van het ontwerp wordt bepaald dat “[d]e organisatie en werking van het centrum (...) hierop gericht dient te zijn, met bijzondere aandacht voor de noden van gezinnen en minderjarige kinderen.”

Het verslag aan de Koning stelt in dat verband het volgende:

“Artikel 3 wordt aangevuld om erin te voorzien dat bij de organisatie en de werking van het centrum er bijzondere aandacht moet zijn voor de noden van het gezin en de minderjarige kinderen.

Er dient te worden benadrukt dat de algemene regels die gelden voor de gesloten centra ook van toepassing blijven voor de gezinnen. In sommige gevallen zullen deze regels echter aangepast worden aan de specifieke noden van een gezin.

Zo zal er op het domein en in de gezinswoningen rekening worden gehouden met de beleving en bescherming van kinderen, dus met een sterk verminderde detentiebeleving. Uitgangspunt is het bieden van een tijdelijke woonomgeving in een gesloten setting. Het toezicht is gericht op de veiligheid van de aanwezige bewoners en zal voor de gezinnen minder nadrukkelijk op het terrein zichtbaar zijn.

Het gezin zal bovendien extra ondersteuning krijgen, aangezien zij tijdens hun verblijf begeleid worden door een multidisciplinair team (o.a. een coach die hen zal begeleiden).

Voor de kinderen zal er in voldoende ontspanning worden voorzien. Speelgoed zal ter beschikking gesteld worden, maar er zullen ook activiteiten voor kinderen georganiseerd worden. Zij hebben bovendien toegang tot de tuin, waar er voldoende speelgelegenheid zal zijn.”

De aldus weergegeven bedoeling sluit meer bepaald aan bij artikel 17 van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 ‘over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven’, een bepaling die over de “[b]ewaring van minderjarigen en gezinnen” gaat, in het bijzonder bij de leden 3 en 5 ervan, die als volgt luiden:

“3. In bewaring gestelde minderjarigen wordt de mogelijkheid geboden tot vrijetijdsbesteding, zoals op hun leeftijd afgestemde spel- en recreatieactiviteiten en, afhankelijk van de duur van hun verblijf, tot toegang tot onderwijs.

(...)

5. Tijdens bewaring van minderjarigen in afwachting van verwijdering dient het belang van het kind voorop te staan.”

Hoewel het verslag aan de Koning tamelijk nauwkeurig is, is het dispositief van zijn kant te algemeen. Om te garanderen dat de voornoemde Europeesrechtelijke bepalingen daadwerkelijk in acht worden genomen en volledig worden omgezet, moet het ontworpen dispositief zelf met precieze regels worden aangevuld.

Artikel 3

1. Artikel 4 van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002,¹ dat gewijzigd wordt, luidt momenteel als volgt:

“De centra staan in voor de opvang van:

- 1° vreemdelingen die ressorteren onder de artikelen 74/5, §§ 1, 2° en 2 van de wet;
- 2° vreemdelingen die ressorteren onder artikel 74/6 van de wet;
- 3° vreemdelingen, die ressorteren onder artikel 7, 25 en 27 van de wet.”

Artikel 3 van het voorliggende ontwerp strekt ertoe twee leden aan die bepaling toe te voegen die als volgt luiden:

“Vooraleer het gezin met minderjarige kinderen, bedoeld in artikel 74/9, §2, van de wet, kan worden vastgehouden in een gezinswoning, moet het gezin de mogelijkheid

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

hebben gekregen om in een woonunit, zoals gedefinieerd in artikel 1, 3° van het koninklijk besluit van 14 mei 2009 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de woonunits, als bedoeld in artikel 74/8, § 1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, te verblijven. Slechts indien het gezin geen gebruik wenst te maken van de mogelijkheid om in een woonunit te verblijven of wanneer het gezin zich niet houdt aan de voorwaarden om in een woonunit te verblijven, kan, onverminderd artikel 83/11, het gezin voor een zo kort mogelijke periode worden vastgehouden in een gezinswoning.

Het vorige lid is niet van toepassing indien het gezin een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid of in geval van een sterke stijging van de instroom.”

In het verslag aan de Koning wordt die bepaling als volgt verantwoord:

“Artikel 74/9, §2, van de wet van 15 december 1980 voorziet dat het gezin met minderjarige kinderen dat tracht België binnen te komen zonder aan de voorwaarden voor toegang tot het grondgebied te voldoen, met het oog op het overgaan tot de verwijdering, voor een zo kort mogelijke periode kan worden vastgehouden in een welbepaalde plaats aangepast aan de noden voor gezinnen met minderjarige kinderen, gelegen in het grensgebied. In artikel 4 van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002 wordt voorzien dat vooraleer deze grensgezinnen worden vastgehouden in een gezinswoning, zij eerst de mogelijkheid moeten hebben gekregen om in een woonunit, zoals bedoeld in het koninklijk besluit van 14 mei 2009 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de woonunits, als bedoeld in artikel 74/8, §1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, te verblijven om van daaruit hun vertrek te organiseren.

Wanneer het gezin geen gebruik wenst te maken van deze mogelijkheid, kunnen zij worden vastgehouden in een gezinswoning.

Ook wanneer het gezin in een woonunit wordt ondergebracht, maar zich daar niet houdt aan de gemaakte afspraken, kan het gezin voor een zo kort mogelijke periode in een gezinswoning worden vastgehouden.

Hierbij dient rekening gehouden te worden met de vasthoudingstermijn die in het nieuwe artikel 83/11 wordt voorzien. Daarin wordt bepaald dat een gezin met minderjarige kinderen kan worden vastgehouden voor een periode van twee weken. Na deze periode kan het gezin nog maximaal twee weken langer worden vastgehouden, mits de Directeur-generaal aan de Minister schriftelijk de reden opgeeft voor deze verdere vasthouding.

Deze regeling voor grensgezinnen geldt niet wanneer het gezin een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid of in geval van een sterke stijging van de instroom.

Voor een gezin met minderjarige kinderen dat zich illegaal op het Belgische grondgebied bevindt bestaat reeds een gelijkaardig principe. Dit is voorzien in artikel 74/9, §§ 1 en 3, van de wet van 15 december 1980.”

2.1. Over de voorliggende bepaling dienen de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

2.2. De woorden “onverminderd artikel 83/11”, die in het ontworpen tweede lid voorkomen, volstaan niet om te zorgen voor de samenhang tussen de voorliggende bepaling en de periode van twee weken, die eenmaal vernieuwbaar is, waarin het ontworpen artikel 83/11 voorziet.

De ontworpen tekst moet worden herzien om te zorgen voor meer samenhang tussen die twee bepalingen en om ervoor te zorgen dat de naleving van artikel 74/9, § 2, van de wet van 15 december 1980, waaruit voortvloeit dat de vasthouding van het gezin in een gesloten centrum zo kort mogelijk moet duren, wordt gegarandeerd. De ontworpen tekst moet met andere woorden een regeling invoeren waarbij de periode waarin het gezin in het gesloten centrum – noodzakelijkerwijs in een gezinswoning aangepast aan de noden voor gezinnen² – wordt vastgehouden, weliswaar tot twee weken kan duren, een periode die eventueel eenmaal vernieuwbaar is, maar waarbij dat om een maximumduur gaat. Die periode moet zo kort mogelijk blijven en dus in voorkomend geval korter uitvallen dan de voormelde periode van twee weken.

Zoals de ontworpen tekst is geredigeerd, kan hij echter zo worden geïnterpreteerd dat de periode van twee weken, eventueel vernieuwbaar, de norm is.

Het ontworpen besluit moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

2.3. Voor gezinnen met minderjarige kinderen bedoeld in artikel 74/9, § 2, van de wet van 15 december 1980, voorziet het ontworpen tweede lid in een subsidiariteitsregel: zo moet het gezin in kwestie (te weten het gezin met minderjarige kinderen dat tracht het Rijk binnen te komen zonder dat het voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 2 of 3 van de wet) eerst en vooral de mogelijkheid krijgen te verblijven in “een woonunit, zoals gedefinieerd in artikel 1, 3° van het koninklijk besluit van 14 mei 2009 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de woonunits, als bedoeld in artikel 74/8, § 1, van de wet van 15 december 1980 (...)”. Enkel indien het gezin weigert van die mogelijkheid gebruik te maken of indien het die mogelijkheid weliswaar heeft benut maar de voorwaarden die voor het verblijf in een dergelijke “woonunit” zijn gesteld niet naleeft – en enkel in die gevallen – kan het in een gesloten centrum worden vastgehouden, en dat voor een zo kort mogelijke periode en in omstandigheden die aan minderjarige kinderen zijn aangepast.

Een dergelijke regeling kan in principe garanderen dat de geplande maatregelen evenredig zijn, niet alleen ten aanzien van het recht op de bescherming van het privéleven en het gezinsleven, gewaarborgd door onder meer artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het Europees Verdrag voor de rechten van de mens), maar ook ten aanzien van artikel 5, lid 1, f), van hetzelfde Verdrag, waaruit voortvloeit, zoals het verslag aan de Koning bij de ontworpen tekst vermeldt, dat de rechtmatigheid van elke vasthouding bedoeld in dat artikel, “onder andere [afhangt] van het bestaan van een band tussen, enerzijds, de reden voor de vasthouding en, anderzijds, de plaats en het regime van die gevangenhouding”.

Los daarvan staan de ontworpen wijzigingen niettemin bloot aan fundamentele kritiek, daar het ontworpen artikel 3 stelt dat de subsidiariteitsregel betreffende het verblijf van

² Zie in die zin GwH 19 december 2013, nr. 166/2013.

gezinnen met minderjarige kinderen in een gesloten centrum, zoals bepaald in het ontworpen tweede lid, niet toepasselijk is “indien het gezin een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid of in geval van een sterke stijging van de instroom”.

Dergelijke uitzonderingen, aldus geredigeerd en geconcipteerd, zijn niet aanvaardbaar om de volgende redenen:

1° Wat betreft de eerste uitzondering, waaraan normaal gezien uitvoering moet worden gegeven bij een beslissing met individuele strekking, die betrekking heeft op een welbepaald gezin, moet worden vastgesteld dat het begrip “gezin [dat] een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid” te vaag is. De afdeling Wetgeving begrijpt immers niet hoe een “gezin met minderjarige kinderen” als zodanig een “gevaar (...) voor de openbare orde of de nationale veiligheid” zou kunnen vormen. Een dergelijk gevaar zou men eventueel slechts betreffende een of meerdere geïdentificeerde gezinsleden³ kunnen vaststellen, op basis van precieze feiten die in de motivering van de beslissing naar behoren moeten worden vermeld.

2° De tweede uitzondering die in het vooruitzicht wordt gesteld, lijkt principieel niet aanvaardbaar.

Het begrip “sterke stijging van de instroom” is immers uitermate subjectief, wat de voorzienbaarheid van de rechtsregel en van de tenuitvoerlegging ervan onzeker en zelfs onmogelijk maakt. De onvoorzienbaarheid die daaruit voortvloeit, is in strijd met de voornoemde bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Fundamenteler nog is dat de plaats en het regime van de vasthouding in het afwijkende geval waarin het ontwerp voorziet dan niet meer in verhouding zou staan tot de reden die de vasthouding rechtvaardigt: het zou er dan immers niet om gaan ervoor te zorgen dat de verwijderingsmaatregel naar behoren kan worden uitgevoerd ingeval de overheid zou kunnen twijfelen aan de samenwerking van de betrokken persoon, maar het zou dan gaan om het vasthouden van personen in een gesloten centrum omdat er onvoldoende aangepaste “woonunits” zijn, wat meer bepaald in strijd is met artikel 5, lid 1, f), van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

2.4. Voorts moet in het algemeen worden opgemerkt dat de vasthouding van minderjarige kinderen in de context van de controle van migratiestromen ernstige vragen kan doen rijzen ten aanzien van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dat een absoluut verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen inhoudt. Zo stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in arrest *S.F. e.a. v. Bulgarije* van 7 december 2017 het volgende:

“the immigration detention of minors, whether accompanied or not, raises particular issues in that regard, since, as recognised by the Court, children, whether accompanied or not, are extremely vulnerable and have specific needs (see, as a recent authority, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, nos. 25794/13 and 28151/13, § 103, 22 November 2016). Indeed, the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant.

³ Vergelijk met artikel 74/9, § 3, van de wet van 15 december 1980.

Article 22 § 1 of the 1989 Convention on the Rights of the Child (1577 UNTS 3) encourages States to take appropriate measures to ensure that children seeking refugee status, whether or not accompanied by their parents or others, receive appropriate protection and humanitarian assistance (see *Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, § 91, 19 January 2012). In recent years, the Court has in several cases examined the conditions in which accompanied minors had been kept in immigration detention.

80. The applicants in *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium* (no. 41442/07, 19 January 2010) had been respectively seven months, three and a half years, five years and seven years old, and had been detained for one month. Noting their age, the length of their detention, the fact that the detention facility had not been adapted for minors, and the medical evidence that they had undergone serious psychological problems while in custody, the Court found a breach of Article 3 (*ibid.*, §§ 57-63).

81. The applicants in *Kanagaratnam v. Belgium* (no. 15297/09, 13 December 2011) had been respectively thirteen, eleven, and eight years old, and had been detained for about four months. The Court noted that they had been older than those in the above-mentioned case and that there was no medical evidence of mental distress having been experienced by them in custody. Even so, noting that (a) the detention facility had not been adapted to minors, (b) the applicants had been particularly vulnerable owing to the fact that before arriving in Belgium, they had been separated from their father on account of his arrest in Sri Lanka and had fled the civil war there, (c) their mother, although with them in the facility, had been unable to take proper care of them, and (d) their detention had lasted a much longer period of time than that in the case of *Muskhadzhiyeva and Others* (cited above), the Court found a breach of Article 3 (*ibid.*, §§ 64-69).

82. The applicants in *Popov v. France* (nos. 39472/07 and 39474/07, 19 January 2012) had been respectively five months and three years old, and had been detained for fifteen days. Although designated for receiving families, the detention facility had been, according to several reports and domestic judicial decisions, not properly suited for that purpose, both in terms of material conditions and in terms of the lack of privacy and the hostile psychological environment prevailing there. That led the Court to find that, (a) despite the lack of medical evidence to that effect, the applicants, who had been very young, had suffered stress and anxiety, and that (b) in spite of the relatively short period of detention, there had been a breach of Article 3 (*ibid.*, §§ 92-103).

83. The applicants in five recent cases against France – *R.M. and Others v. France* (no. 33201/11, 12 July 2016), *A.B. and Others v. France* (no. 11593/12, 12 July 2016), *A.M. and Others v. France* (no. 24587/12, 12 July 2016), *R.K. and Others v. France* (no. 68264/14, 12 July 2016) and *R.C. and V.C. v. France* (no. 76491/14, 12 July 2016) – had been between four months and four years old, and had been detained for periods ranging between seven and eighteen days. The Court noted that unlike the detention facility at issue in *Popov* (cited above), the material conditions in the two detention facilities concerned in those five cases had not been problematic. They had been adapted for families that had been kept apart from other detainees and provided with specially fitted rooms and child-care materials. However, one of the facilities had been situated right next to the runways of an airport, and so had exposed the applicants to particularly high noise levels. In the other facility, the internal yard had been separated from the zone for male detainees by only a net, and the noise levels had also been significant. That had affected the children considerably. Another source of anxiety had been the constraints inherent in a place of detention and the conditions in which the facilities had been organised. Although over a short period of time those factors had not been sufficient to attain the threshold of severity engaging Article 3 of the Convention, over a longer period

their effects would necessarily have affected a young child to the point of exceeding that threshold. Since the periods of detention had been, in the Court's view, long enough in all five cases, it found breaches of Article 3 in each of them (see *R.M. and Others v. France*, §§ 72-76; *A.B. and Others v. France*, §§ 111-15; *A.M. and Others v. France*, §§ 48-53; *R.K. and Others v. France*, §§ 68-72; and *R.C. and V.C. v. France*, §§ 36-40, all cited above)."

Zoals het Hof in het voornoemde arrest opmerkt, is het mogelijk dat sommige maatregelen die op zichzelf worden beschouwd als aanvaardbaar ten aanzien van artikel 3 wanneer ze van korte duur zijn, niet meer aanvaardbaar zijn wanneer minderjarigen in het geding zijn, louter door het feit dat ze worden verlengd. Aangezien het om een absoluut recht gaat, valt de schending van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens die aldus zou ontstaan, op geen enkele wijze te rechtvaardigen met het gedrag van de betrokkenen of met omstandigheden zoals de instroom van migranten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens merkt in arrest *J.R. e.a v. Griekenland* van 25 januari 2018 het volgende op:

“eu égard au caractère absolu de l'article 3 de la Convention, les facteurs liés à un afflux croissant de migrants ne peuvent pas exonérer les États contractants de leurs obligations au regard de cette disposition [...], qui exige que toute personne privée de sa liberté puisse jouir de conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine. À cet égard, même un traitement infligé sans l'intention d'humilier ou de rabaisser la victime, et résultant, par exemple, de difficultés objectives liées à la gestion d'une crise migratoire, peut être constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention (...).”⁴

3. Artikel 3 van het ontwerp moet grondig worden herzien in het licht van de voorgaande opmerkingen.

Artikel 9

1. Artikel 62 van het besluit van 2 augustus 2002, dat zou worden gewijzigd, luidt momenteel als volgt:

“Art. 62. De bewoner heeft recht op juridische bijstand.

De centrumdirecteur ziet erop toe dat de bewoner in de gelegenheid wordt gesteld een beroep te doen op de rechtshulp waarin de wet voorziet.

Indien de bewoner een beroep doet op een advocaat, wordt zijn advocaat minstens 48 uur voor een eventuele eerste verwijderingspoging verwittigd, tenzij de bewoner dit weigert.”

Artikel 9 van het voorliggende ontwerp sterkt ertoe dat artikel te wijzigen zodat het voortaan als volgt luidt:

“Art. 62. De bewoner heeft recht op juridische bijstand.

De centrumdirecteur ziet erop toe dat de bewoner in de gelegenheid wordt gesteld een beroep te doen op de rechtshulp waarin de wet voorziet.

⁴ EHRM 25 januari 2018, *J.R. e.a. v. Griekenland*, § 137.

De bewoner alsook zijn advocaat worden achtenveertig uur voor de eerste verwijderingspoging hiervan op de hoogte gebracht. In volgende gevallen kan uitzonderlijk hiervan worden afgeweken:

1° indien er duidelijke aanwijzingen zijn dat deze mededeling de fysieke integriteit of gezondheid van de bewoner in het gedrang zal brengen;

2° indien de vreemdeling niet wil dat zijn advocaat op de hoogte wordt gebracht;

3° indien de informatie over de verwijdering minder dan achtenveertig uur voor de verwijdering beschikbaar is. Behalve in de gevallen bedoeld onder 1° en 2°, wordt de informatie gegeven op het ogenblik dat deze beschikbaar is.

De Centrumdirecteur of zijn plaatsvervanger neemt een gemotiveerde beslissing in het geval vermeld in het derde lid, 1°, op basis van een psychologisch advies.

Indien de uitzonderingen vermeld in het derde lid toegepast worden, informeert de centrumdirecteur of zijn plaatsvervanger de Directeur-generaal hierover.

De uitzonderingen vermeld in het derde lid, 1° en 3°, zijn niet van toepassing op gezinnen met minderjarige kinderen, tenzij het gezin vrijwillig instemt met de verwijderingspoging.”

In het verslag aan de Koning worden die wijzigingen als volgt verantwoord:

“Conform artikel 39/83 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wordt de vastgehouden vreemdeling geacht op elk moment te kunnen worden verwijderd na het verstrijken van de in artikel 39/57, § 1, derde lid, van voormelde wet bedoelde beroepstermijn (respectievelijk vijf of tien dagen) of, wanneer de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de verwijderings- of terughoudingsmaatregel bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd ingeleid binnen deze termijn, nadat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen deze vordering heeft verworpen. Ook wanneer een vordering tot het bepalen van voorlopige maatregelen binnen voormelde termijn wordt ingediend (conform artikel 39/85 van voormelde wet), kan er niet overgegaan worden tot dwanguitvoering van de verwijderings- of terughoudingsmaatregel totdat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich heeft uitgesproken over deze vordering. De vreemdeling kan echter ook al verwijderd worden vooraleer voormelde beroepstermijnen zijn afgelopen, doch enkel wanneer hij daar zijn toestemming voor geeft.

Om de communicatie met betrekking tot de uitvoering van de beslissing tot verwijdering te verbeteren en de risico's beter te kunnen opvangen zullen de vreemdeling en zijn advocaat in principe achtenveertig uur voor de eerste verwijderingspoging verwittigd worden, behalve in de drie gevallen ingevoegd in artikel 62, derde lid, zijnde:

1° indien er duidelijke aanwijzingen zijn dat de mededeling van dergelijke informatie een negatieve invloed kan hebben op de vreemdeling. Het gaat bijvoorbeeld om een risico voor de vreemdeling op zelfverminking of op zelfmoord;

2° indien de vreemdeling weigert dat zijn advocaat op de hoogte wordt gebracht van deze verwijderingspoging. In dit geval wordt enkel de vreemdeling zelf verwittigd;

3° wanneer de informatie met betrekking tot de verwijdering minder dan achtenveertig uur voor de verwijdering beschikbaar is. Zodra de informatie beschikbaar is zullen de vreemdeling en zijn advocaat op de hoogte worden gebracht.

De rechten van de vreemdeling komen hierdoor niet in het gedrang. Hoger werd er immers op gewezen dat de vreemdeling pas verwijderbaar is na het verstrijken van de beroepstermijn. Dat in sommige uitzonderlijke gevallen de vreemdeling niet achtenveertig

uur voor zijn verwijdering op de hoogte wordt gesteld van het tijdstip waarop hij verwijderd zal worden, betekent geenszins dat hem een beroepsmogelijkheid wordt ontzegd. De verwijderingsbeslissing werd hem al enige tijd ervoor betekend en de beroepstermijn is in principe al verstreken op het ogenblik dat de vreemdeling verwijderd wordt. De verwijderingsbeslissing is met andere woorden reeds definitief en uitvoerbaar op het ogenblik dat de vreemdeling verwijderd wordt.

Er dient te worden benadrukt dat de regel blijft dat zowel de vreemdeling als zijn advocaat achtenveertig uur op voorhand worden verwittigd van het tijdstip waarop de vreemdeling verwijderd zal worden. De in het ontwerp voorziene gevallen die daarvan afwijken, zijn uitzonderingen.

In het geval onder 1° wordt het recht op informatie ingeperkt om voorrang te geven aan de bescherming van de fysieke integriteit van de vreemdeling.

Om de mate van subjectiviteit te beperken die bij het nemen van een beslissing in dit geval gepaard kan gaan, wordt voorzien dat enkel de Centrumdirecteur of zijn plaatsvervanger een beslissing kan nemen. Deze beslissing wordt genomen op basis van een psychologisch advies. Deze beslissing dient steeds gemotiveerd te zijn.

De Centrumdirecteur of zijn plaatsvervanger dient de Directeur-generaal te informeren wanneer deze uitzonderingen worden toegepast. Op die manier wordt een controle ingevoerd die misbruiken moet tegengaan. Deze controle moet met andere woorden waarborgen dat de uitzonderingen niet eerder de regel zouden worden.

In het geval onder 2° wordt de vreemdeling achtenveertig uur op voorhand verwittigd, maar zijn advocaat niet. Dit op vraag van de vreemdeling zelf. Deze bepaling doet dus geen afbreuk aan het recht op informatie voor de vreemdeling zelf.

De bepaling onder 3° behelst de gevallen waarbij de Dienst Vreemdelingenzaken over geen informatie beschikt met betrekking tot de vluchtgegevens (en bijgevolg ook het gesloten centrum niet). De informatie over het tijdstip van verwijdering is soms maar een paar uur op voorhand beschikbaar. Het is evident dat het centrum onmogelijk informatie kan meedelen aan de vreemdeling waarover ze zelf nog niet beschikt. Van zodra het centrum de vluchtgegevens ontvangt, dient ze deze informatie over te maken aan de vreemdeling en zijn advocaat.

Deze laatste categorie behelst ook de vreemdelingen die in plaats van andere vreemdelingen worden verwijderd. Wanneer een bewoner die normaal verwijderd zou worden, op het laatste moment nog een verzoek om internationale bescherming indient of niet fit-to-fly wordt bevonden, dan kan hij niet verwijderd worden. Op dat moment kan er beslist worden om een andere bewoner te verwijderen in zijn plaats. Ook in dit geval zal deze informatie geen achtenveertig uur op voorhand beschikbaar zijn.

De uitzonderingen voorzien onder 1° en 3° zijn niet van toepassing op gezinnen met minderjarige kinderen, tenzij zij vrijwillig instemmen met de verwijderingspoging. Gezinnen met minderjarige kinderen dienen in principe steeds 48 uur op voorhand verwittigd te worden van de eerste verwijderingspoging, tenzij de uitzonderingen voorzien onder 1° en 3° zich voordoen én zij vrijwillig instemmen met hun vertrek. Zo kan bijvoorbeeld de uitzondering voorzien onder 3° op gezinnen met minderjarige kinderen worden toegepast indien het gezin te kennen geeft vrijwillig te willen vertrekken. Indien het gezin de plaats kan innemen van andere vreemdelingen die weigeren te vertrekken, is het geoorloofd dat het gezin minder dan 48 uur op voorhand werd verwittigd van deze vlucht, op voorwaarde dat het gezin akkoord gaat om met die vlucht te vertrekken. Weigert het gezin in zo'n geval te vertrekken, dan kan er op dat ogenblik geen gedwongen verwijdering plaatsvinden.”

2.1. In het licht van die toelichtingen dienen over artikel 9 van het ontwerp de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

2.2. De uitzondering waarin het derde lid, 1°, voorziet, is niet aanvaardbaar.

Het is weliswaar evident dat bijzondere maatregelen mogen en zelfs moeten genomen worden wanneer blijkt dat de informatie die aan de bewoner wordt verstrekt over de eerste verwijderingspoging een gevaar kan meebrengen voor zijn fysieke of psychologische integriteit (wat overeenkomt met een geval van overmacht die verband houdt met een noodtoestand). Maar het valt niet te begrijpen hoe louter het onthouden van informatie aan de bewoner zowel als aan zijn advocaat, een passende maatregel zou zijn die evenredig is met het nagestreefde doel, in het bijzonder aangezien er andere, minder zware maatregelen voor de bewoner mogelijk zijn om diens veiligheid te garanderen (zoals specifieke psychologische bijstand, toezicht of eventueel afzondering, in omstandigheden die bij het nagestreefde doel passen), waarbij ervoor wordt gezorgd dat de bewoner en zijn raadsman volledig en transparant worden geïnformeerd.

2.3. Zoals de uitzondering bepaald in het ontworpen derde lid, 2°, is geredigeerd, kan ze zo worden geïnterpreteerd dat het mogelijk is zowel de bewoner als zijn advocaat niet te informeren indien de bewoner niet wenst dat zijn advocaat op de hoogte wordt gebracht. Dat laatstgenoemde gegeven rechtvaardigt weliswaar afdoend dat de advocaat niet op de hoogte wordt gebracht, maar kan uiteraard niet rechtvaardigen dat de bewoner zelf niet wordt geïnformeerd.

De ontworpen tekst moet worden herzien zodat duidelijk blijkt dat in het vermelde geval de bewoner zelf op de hoogte wordt gebracht.

2.4. De uitzondering waarin het derde lid, 3°, voorziet, komt erop neer dat de geldende regel, die inhoudt dat een bewoner niet kan worden verwijderd indien zijn advocaat daar niet ten minste 48 uur op voorhand van in kennis is gesteld, wordt uitgehold. Het argument dat in het verslag aan de Koning wordt aangehaald, namelijk dat hoe dan ook pas voor het eerst kan worden gepoogd de bewoner te verwijderen wanneer “de beroepstermijn (...) in principe al verstreken [is]”, is in dat opzicht irrelevant aangezien de voorafgaande kennisgeving aan de advocaat er precies toe strekt onder meer juridische bijstand aan de bewoner mogelijk te maken die kan garanderen dat de verwijderingspoging niet plaatsvindt voordat de beroepstermijn is verstreken, in omstandigheden die dus voorbarig zouden zijn en die meer bepaald de Europeesrechtelijke⁵ en internrechtelijke wettelijke en reglementaire vereisten zouden schenden.

De uitzondering die hier is onderzocht lijkt dus niet aanvaardbaar.

2.5. Wat in bijkomende orde de vraag betreft of de beoogde uitzonderingen toepasbaar zijn op gezinnen met minderjarige kinderen, bepaalt het ontworpen dispositief dat de uitzonderingen vermeld in het derde lid, 1° en 3°, niet van toepassing zijn, tenzij “het gezin

⁵ Zie in het bijzonder de artikelen 12 en 13 van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 ‘over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven’.

vrijwillig instemt met de verwijderingspoging”. De uitzondering vermeld in het ontworpen derde lid, 2°, is dan weer in alle gevallen toepasselijk.

Wat die verschillende gevallen betreft, dient te worden vastgesteld dat de situatie van een volledig gezin met minderjarige kinderen niet op dezelfde manier kan worden bekeken als die van meerderjarige personen zonder minderjarige kinderen.

Aldus kan het volgende worden gesteld:

1° Wat betreft het geval vermeld in punt 2° van het ontworpen derde lid dient te worden opgemerkt, los van wat hierboven in punt 2.3 al is gezegd, dat daarin geen rekening is gehouden met het geval waarin de ouders onderling geen overeenstemming bereiken over de kennisgeving aan de advocaat, een geval dat niet uit te sluiten valt.

2° De eventuele toepassing van punt 1° van het ontworpen derde lid op gezinnen met minderjarige kinderen roept het principiële bezwaar op dat in punt 2.2 hierboven is vermeld. Wanneer het om een gezin gaat, weegt dat bezwaar des te zwaarder daar het niet-verstrekken van informatie per definitie heel het gezin zou treffen, terwijl slechts een of meerdere leden ervan – en niet alle – zich eventueel zouden kunnen bevinden in de situatie van fysiek of psychologisch gevaar die bedoeld wordt. Wat dat betreft doet het niet ter zake of het gezin al dan niet voorafgaandelijk heeft ingestemd met de verwijderingsmaatregel. De “instemming van het gezin” doet hoe dan ook opnieuw de vraag rijzen wat er dient te gebeuren ingeval de ouders van mening verschillen.

3° Wat betreft de eventuele toepassing van punt 3° van het ontworpen derde lid op gezinnen met minderjarige kinderen rijst nog steeds de vraag wat er dient te gebeuren ingeval de ouders van mening verschillen.

3. De conclusie is dat artikel 9 grondig moet worden herzien in het licht van de voorgaande opmerkingen.

Artikel 12

1. Artikel 79 van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002, dat zou worden gewijzigd, luidt momenteel als volgt:

“Art. 79. Elke bewoner krijgt driemaal per dag een maaltijd. Een voedselsupplement of een dieetmaaltijd kan op geneeskundig advies worden aangeboden. Varkensvlees wordt nooit geserveerd.”

Bij artikel 12 van het ontwerp zou die bepaling als volgt worden vervangen:

“Art. 79. Elke bewoner krijgt driemaal per dag een maaltijd, waarbij verschillende alternatieven worden voorzien. Een voedselsupplement of een dieetmaaltijd kan op geneeskundig advies worden aangeboden.

Het gezin dat in een gezinswoning verblijft heeft het recht om zijn eigen maaltijden te bereiden. Een keuken en elementair keukengerei, met uitzondering van gevaarlijke voorwerpen, worden ter beschikking gesteld. De ingrediënten, in voorkomend

geval aangepast aan de leeftijd van de minderjarige kinderen, die nodig zijn om drie maaltijden per dag te bereiden, worden ter beschikking gesteld van het gezin.”

In het verslag aan de Koning wordt die wijziging als volgt gerechtvaardigd:

“Dit artikel voorziet in de vervanging van artikel 79: de zin die voorschrijft dat er nooit varkensvlees zal worden geserveerd in de gesloten centra, wordt geschrapt. Deze zin is immers discriminerend ten opzichte van bepaalde geloofsgroepen. Het religieus voorschrift dat het eten van varkensvlees verbiedt, geldt enkel binnen een beperkt aantal religies. Aangezien destijds in artikel 79 werd opgenomen dat er nooit varkensvlees wordt geserveerd in de gesloten centra, werd eenzelfde regeling opgelegd aan alle religies, terwijl het in sommige religies wel degelijk is toegestaan om varkensvlees te eten.

Het is bovendien niet rechtvaardig om in het besluit enkel rekening te houden met de voedselvoorschriften van een beperkt aantal religies, terwijl ook andere religies voedselvoorschriften hebben. Om een voorbeeld te geven: hindoes beschouwen de koe als een heilig dier waardoor veel hindoes geen rundvlees eten. Toch werd in dit besluit niet voorzien dat er nooit rundvlees geserveerd zou worden. Als hindoe kan men zich hierdoor gediscrimineerd voelen.

Om aan deze problematiek tegemoet te komen worden nu geen regels meer voorzien over welk vlees al dan niet geserveerd mag worden.

Er zal wel steeds rekening gehouden worden met de verschillende religieuze voedingsvoorschriften. Om daaraan te voldoen zullen er steeds alternatieven aangeboden worden. Zo zullen de bewoners steeds de keuze krijgen tussen een paar verschillende gerechten. Het is dan aan de bewoner zelf om uit te maken voor welk gerecht hij opteert.

Bijgevolg wordt eenzelfde regime gevolgd zoals ook van toepassing is in het gevangeniswezen. In geen enkele wet is voorzien dat het verboden zou zijn om in een gevangenis varkensvlees te serveren. Er kan dus wel degelijk varkensvlees op het menu staan, maar men voorziet in een keuzemenu, waarbij de gedetineerden kunnen kiezen uit drie of vier gerechten.

De alternatieven die met betrekking tot voeding, zowel in de gevangenissen als in de gesloten centra, worden aangeboden, moeten ervoor zorgen dat elke persoon dit aspect van zijn geloofsovertuiging kan belijden. Deze werkwijze ligt bovendien volledig in lijn met de rechtspraak dienaangaande van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 7 december 2010, nr. 18429/06, Jakóbski/Polen, §§ 52-53). In voormeld arrest werd geoordeeld dat er inzake voeding rekening moet worden gehouden met de religieuze overtuiging van de gedetineerde, in zoverre dit niet onredelijk is.

Artikel 79 wordt bovendien ook aangepast om erin te voorzien dat de bewoners van een gezinswoning het recht hebben om hun eigen maaltijden te bereiden en de ingrediënten ontvangen, in voorkomend geval aangepast aan de leeftijd van de minderjarige kinderen, die nodig zijn om drie maaltijden per dag te bereiden. Er wordt gepreciseerd dat een keuken en elementair kookgerei te hunner beschikking worden gesteld.”

2. De regeling zoals die in het verslag aan de Koning is geconcipieerd en toegelicht, lijkt geen principiële moeilijkheden op te leveren in verband met de garantie dat eenieders godsdienstige overtuigingen (of de afwezigheid van dergelijke overtuigingen) op het vlak van voeding worden geëerbiedigd, met inachtneming van het beginsel van de gelijkheid van personen die verschillende of geen godsdienstige overtuigingen hebben.

Dat neemt niet weg dat de tekst met het oog op de rechtszekerheid beter zou bepalen dat de “drie of vier gerechten” waarnaar het verslag aan de Koning verwijst, zo worden samengesteld dat daarmee op een redelijke wijze tegemoetgekomen wordt aan de godsdienstige overtuigingen (of de afwezigheid ervan) van de bewoners, overeenkomstig de interpretatie die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens heeft gegeven.

Artikel 13

Ontworpen artikel 83/11

Er wordt verwezen naar de opmerking die bij artikel 3 van het ontwerp is gemaakt in verband met het ontworpen artikel 83/11.

Artikel 18

Artikel 18 van het voorontwerp heeft tot gevolg dat de regels inzake de foullering waarin artikel 111/2 van het te wijzigen besluit voorziet, worden versoepeld.

Om ervoor te zorgen dat de versoepeling van die regels niet verder gaat dan wat nodig is om het nagestreefde doel te bereiken en er bijgevolg een redelijke verhouding blijft bestaan, dienen in het ontworpen dispositief zelf de volgende twee preciseringen te worden aangebracht, die in het verslag aan de Koning staan:

1° bij de foullering zoals omschreven in artikel 111/2, § 1, 2°, heeft het personeelslid dat niet van hetzelfde geslacht is als de bewoner, als enige taak te zorgen voor de veiligheid tijdens de foullering;

2° eveneens bij de foullering zoals die omschreven is in artikel 111/2, § 1, 2°, wordt de wijze waarop met de minderjarige kinderen wordt omgegaan steeds aangepast aan hun leeftijd.

Artikel 18 van het ontwerp moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET