

VU Research Portal

Case note: European Court of Human Rights (*Affaire Muskhadzhiyeva c. Belgique*)

Cornelisse, G.N.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Cornelisse, G. N., (2010). *Case note: European Court of Human Rights (Affaire Muskhadzhiyeva c. Belgique)*, No. 119, Jan 19, 2010. (Jurisprudentie vreemdelingenrecht; Vol. 2010).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Noot G.N. Cornelisse

EHRM 19 januari 2010, 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a.*, JV 2010/119, ve10000147

1. Dit is de tweede keer dat het Hof in Straatsburg concludeert dat België artikel 3 EVRM schendt als gevolg van het detineren van minderjarigen onder de vreemdelingenwetgeving. Betrof de zaak *Tabitha* nog een alleenstaande minderjarige (*Mubilanzila Mayeke en Kaniki Mitunga tegen België*, 12 oktober 2006, JV 2007/29 m.nt. Battjes (ve06001361)), in onderhavige uitspraak gaat het om vier kinderen die samen met hun moeder worden gedetineerd. De uitspraak is van belang omdat deze de vraag doet rijzen of de detentie van kinderen onder het vreemdelingenrecht zoals die nu door een meerderheid van de lidstaten wordt toegepast, daaronder ook Nederland, in overeenstemming is met de Conventie.

Een moeder en haar vier jonge kinderen vluchten uit Tsjetsjenië. De kinderen zijn in de leeftijd van zeven maanden, drieëneenhalf, vijf en zeven jaar. De familie vraagt op 12 oktober 2006 asiel aan in België. Aangezien de reisroute via Polen liep, starten de Belgische autoriteiten een overnameprocedure met Polen. In afwachting van hun uitzetting naar dat laatste land wordt de familie op 22 december 2006 gedetineerd in '127 Bis' – een gesloten centrum waar België asielzoekers detineert aan wie de toegang of het verblijf geweigerd is omdat op grond van Dublin een ander land verantwoordelijk is voor hun asielaanvraag, of omdat zij terug dienen te keren naar het land van herkomst. Nadat hun beroepen tegen de vrijheidsontneming door de Belgische rechters ongegrond zijn verklaard worden zij op 24 januari 2007 uitgezet naar Polen, waar zij opgevangen worden in een open centrum. In Straatsburg klagen zij over schending van artikel 3 en artikel 5 van de Conventie.

2. In de nationale procedure waarin klagers de rechtmatigheid van de detentie aanvechten beroepen zij zich op de uitspraak van het Hof in *Tabitha* (par. 13). Hun beroep wordt verworpen – volgens de rechter in eerste instantie was hun detentie in overeenstemming met de Belgische wetgeving; deze was immers noodzakelijk om hun overdracht aan Polen te bewerkstelligen. Verder, zo stelt de rechter, verschilt hun zaak wezenlijk van die van *Tabitha*, waar het immers om een alleenstaande minderjarige asielzoeker ging. Tegen deze uitspraak stellen klagers hoger beroep in. In de tussentijd brengt Artsen zonder Grenzen twee rapporten uit, waarin ernstige psychische en psychosomatische klachten bij de kinderen worden gesignaleerd, veroorzaakt door psychisch en lichamelijk trauma. In het laatste rapport schrijft de arts dat de familie op vrije voeten dient te worden gesteld om de psychische schade, die gedurende de detentie steeds erger wordt, te beperken. Klagers beroepen zich op deze informatie in hun hoger beroep, maar de rechter is van mening dat hun argumenten niet zien op de rechtmatigheid van de detentie, maar op de opportuniteit van deze maatregel. De beoordeling van dat laatste valt niet binnen de bevoegdheid van de rechter, die immers zijn oordeel daarover niet in de plaats mag stellen voor dat van de bestuurlijke autoriteiten, aldus de nationale rechter (par. 20). Op de dag dat klagers cassatie instellen tegen deze uitspraak worden zij uitgezet naar Polen. In het licht daarvan wijst de cassatierechter hun beroep in cassatie af, want zij zouden daar nu geen belang meer bij hebben (par. 22). In Polen bevestigt een psycholoog de zeer kritieke geestelijke toestand van één van de kinderen, en concludeert dat deze mogelijkerwijs verslechterd is als gevolg van de bewaring (par. 23).

3. Nadat het Hof in Straatsburg de klachten ontvankelijk heeft verklaard (par. 45-52) onderzoekt het eerst de klacht van de kinderen onder artikel 3. Om te beginnen brengt het in herinnering dat artikel 3 ook positieve verplichtingen behelst. Dat geldt in het bijzonder indien het gaat om kinderen of andere kwetsbare personen – en dat betekent dat Staten redelijke maatregelen moeten nemen ter voorkoming van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM (par. 55). Vervolgens vat het Hof zijn uitspraak in *Tabitha* samen. Daar werd tot een schending van artikel 3 geconcludeerd aangezien België een alleenstaande vijf-jarige asielzoeker had gedetineerd in omstandigheden die op geen enkele wijze rekening hielden met haar kwetsbare positie. Het Hof onderstreept dat de kwetsbaarheid van het kind bepalend was voor zijn beslissing: die kwetsbaarheid 'overschaduwde' de hoedanigheid van illegale migrant.

Het Hof geeft toe dat de onderhavige zaak zich op een belangrijk punt onderscheidt van *Tabitha*: de kinderen zijn niet gescheiden van de moeder. Toch, zo vervolgt het Hof, is die omstandigheid niet voldoende om de autoriteiten vrij te stellen van de verplichting om de kinderen te beschermen en adequate maatregelen te treffen die voortvloeien uit de positieve verplichtingen onder artikel 3. Het Hof brengt de leeftijd van de kinderen in herinnering, en wijst erop dat de twee oudste van hen zich bewust zullen zijn geweest van hun omgeving. Deze kinderen zijn meer dan een maand gedetineerd geweest in een detentiecentrum dat niet aangepast was aan het verblijf van kinderen. Het Hof verwijst naar verschillende rapporten die in de loop der tijd over '127 bis' zijn uitgebracht, zoals door een kinderrechtencomité, een onderzoeksinstituut en een universiteit, en door een delegatie van het Europees Parlement (zie par. 29-35). Verder refereert het Hof aan de psychische toestand van de kinderen zoals die bleek uit de medische rapporten die door klagers ook in de nationale procedure zijn ingebracht (par. 60-61). Tot slot brengt het Hof artikel 22 van het Kinderrechtenverdrag onder de aandacht (par. 62). Volgens deze bepaling nemen Staten passende maatregelen om ervoor te zorgen dat kinderen die een asielerzoek indienen passende bescherming en humanitaire bijstand krijgen.

De vraag of de omstandigheden waaronder de kinderen in '127 bis' verbleven de "minimum level of severity" bereikt hebben om binnen de reikwijdte van artikel 3 EVRM te vallen beantwoordt het Hof, zoals altijd, in het licht van de omstandigheden van het specifieke geval. Rekening houdend met de jonge leeftijd van de kinderen, de duur van de detentie en hun geestelijke gezondheid, komt het Hof tot een bevestigend antwoord op deze vraag.

De klacht van de moeder dat zij ook slachtoffer is geworden van een behandeling in strijd met artikel 3 wordt ongegrond verklaard. Daarin verschilt haar situatie wel fundamenteel van die van de moeder van *Tabitha*, die gescheiden van haar dochter was, en die slechts een telefoonnummer van de autoriteiten kreeg waar zij haar kon bereiken. De continue aanwezigheid van de kinderen bij de moeder in het onderhavige geval zou de gevoelens van angst en bezorgdheid van de moeder enigszins hebben moeten verzachten, zodat deze niet de "minimum level of severity" bereikt hebben om onder artikel 3 te vallen, aldus het Hof (par. 66).

4. In het licht van de conclusies die het Hof trekt met betrekking tot artikel 3 is het niet verbazend dat het de detentie van de kinderen ook strijdig verklaart met artikel 5 lid 1 onder f, volgens welke bepaling er immers een relatie moet bestaan tussen het doel van de vrijheidsontnemende maatregel en de plaats en tenuitvoerlegging daarvan (zie *Saadi tegen het VK*, 28 januari 2008, JV 2008/104 (ve08000267)). Het Hof herhaalt zijn conclusies op dit punt uit *Tabitha*, en zegt zonder meer dat er geen reden bestaat om van die conclusies af te wijken in het onderhavige geval. Dat de moeder samen met de kinderen gedetineerd werd maakt dus niet uit, het detineren van minderjarigen in een detentiecentrum voor volwassenen, in dezelfde omstandigheden als volwassenen zonder dat rekening wordt gehouden met hun kwetsbare positie is hoe dan ook in strijd met artikel 5 lid 1 onder f.

Voor wat betreft de vrijheidsbeneming van de moeder was aangevoerd dat deze niet noodzakelijk was om haar uitzetting te verwezenlijken – in het licht van de jurisprudentie van het Hof was het voorspelbaar dat het Hof dat argument zou verwerpen, en dat doet het dan ook (par. 74). Ook de klacht dat artikel 5 lid 4 geschonden zou zijn omdat het *Court de Cassation* niet de rechtmatigheid van hun detentie zou hebben getoetst, wordt ongegrond bevonden. Artikel 5 lid 4 waarborgt immers slechts het recht om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming spoedig door een rechter te laten toetsen, en ziet niet op (latere) beroeps- of cassatieprocedures (par. 84).

5. Volgens Mr. Alexis Deswaef, de advocaat die de familie *Muskhadzhiyeva* vertegenwoordigde, betekent de uitspraak van het Hof het einde van de detentie van kinderen in België. Ook in een land als Frankrijk worden kinderen gedetineerd in omstandigheden die echt niet beter zijn dan in de Belgische detentiecentra, aldus Deswaef, en dat land doet er volgens hem dan ook goed aan om zijn vreemdelingenwetgeving te veranderen wil het een veroordeling door Straatsburg voorkomen (zie http://www.ecre.org/resources/ECRE_actions/1504). Het is onmiskenbaar dat het Hof in *Muskhadzhiyeva* de vreemdelingenbewaring van minderjarigen in veel algemenere termen

veroordeelt dan het lijkt te doen in *Tabitha*. In die laatste zaak leek de omstandigheid dat het ging om een *alleenstaande* minderjarige toch doorslaggevend voor de conclusie dat artikel 3 en artikel 5 EVRM geschonden waren. Ook in de onderhavige zaak wordt bij de beoordeling van een mogelijke schending van artikel 3 groot gewicht toegekend aan de omstandigheden van het geval, en de ernstige psychische klachten van de kinderen spelen bij die beoordeling een belangrijke rol, vergelijkbaar met de wijze waarop het Hof de minderjarigheid van *Tabitha* meewoog. Maar als het gaat om artikel 5 lid 1 onder f, oordeelt het Hof zonder meer dat de detentie van minderjarigen onrechtmatig is, indien geen rekening wordt gehouden met hun kwetsbare positie als kind.

6. Wat betekent dat nu voor de detentie van minderjarigen hier te lande? De bewaring van kinderen onder de vreemdelingenwetgeving zoals die tot eind 2007 in Nederland plaatsvond stuitte op veel maatschappelijke weerstand. Begin 2008 kwam de Staatssecretaris met nieuw beleid op dit gebied, thans neergelegd in de Vreemdelingencirculaire. Bij kinderen in gezinnen wordt zoveel mogelijk de vrijheid beperkt in plaats van beroofd (A6/1.6 Vc 2000). Bewaring van gezinnen met kinderen op grond van artikel 59 Vw 2000 is gemaximeerd op vier weken (A6/5.3.3.8 Vc 2000). Volgens de Staatssecretaris komt bewaring van families met minderjarige kinderen ter fine van uitzetting nog maar incidenteel voor. Een vlucht is dan al geboekt en de maatregel dient in dat geval dan ook daadwerkelijke uitzetting (TK 2009-2010, 19637, nr 1331, *Vreemdelingenbeleid*, Verslag van een Algemeen Overleg, vastgesteld op 5 maart 2009, p. 13; ve10000373).

In het licht van de onderhavige uitspraak van het Hof zijn dan ook vooral kanttekeningen te plaatsen bij de grensdetentie van minderjarige asielzoekers op grond van artikel 6 Vw 2000. Juist bij deze vorm van detentie zien we dat het belang van het kind niet of veel minder vooropgesteld wordt. De maximumduur van de grensdetentie van gezinnen met minderjarige kinderen is ingevolge A6/2.7 Vc 2000 gemaximeerd op vier weken, tenzij er een asielverzoek is ingediend. In dat geval duurt de maatregel voort gedurende de AC-procedure, en deze wordt maximaal vier weken nadat het gezin verwijderbaar is geworden, beëindigd. Dat betekent dat gezinnen met kinderen, waarvan denkbaar is dat zij zich in een vergelijkbare toestand bevinden als de kinderen uit het gezin *Muskhadzhiveya*, meer dan een maand in detentie kunnen doorbrengen. Rekening houdend met de impact die het verblijf in een gesloten inrichting op deze kinderen kan hebben, is het zeer goed mogelijk dat detentie in dat geval, net zoals in *Muskhadzhiveya*, strijd oplevert met artikel 3 EVRM. En indien bij de tenuitvoerlegging van deze maatregel te weinig rekening wordt gehouden met hun kwetsbare positie als minderjarige zal ook strijdigheid bestaan met artikel 5 lid 1 onder f EVRM. In dat opzicht is het opvallend dat het Reglement Regime Grenslogies geen specifieke regeling neerlegt voor kinderen. Het is dan ook onduidelijk hoe er bij de tenuitvoerlegging van de grensdetentie precies rekening wordt gehouden met de kwetsbare positie van kinderen. Artikel 5 EVRM eist echter ook dat de overheid op het niveau van algemene regelgeving voldoende duidelijk dient te maken hoe het verbod op willekeurige vrijheidsontnemingen van minderjarigen, zoals uitgelegd door het Hof in *Tabitha* en de onderhavige uitspraak, wil waarborgen.

De Staatssecretaris heeft onlangs aangegeven dat zij niet weet of er gezinnen met kinderen zijn die 6 weken in grensdetentie hebben verbleven omdat er nader onderzoek nodig zou zijn met betrekking tot het asielverzoek, en zij heeft de Kamer toegezegd om daar nadere informatie over te verstrekken (TK 2009-2010, 19637, nr 1331, *Vreemdelingenbeleid*, Verslag van een Algemeen Overleg, vastgesteld op 5 maart 2009, p. 16). Zij doet er goed aan om ook informatie te verstrekken over gezinnen die gedetineerd zijn op grond van artikel 6 Vw 2000 in afwachting van hun overname door een andere lidstaat onder de Dublinverordening. Bij deze vorm van detentie gaat het om asielzoekers wiens asielverzoek nog niet inhoudelijk is beoordeeld. Met het oog op de wijze waarop het Hof artikel 22 IVRK meeweegt in zijn beoordeling van een schending van artikel 3 EVRM, is het zeer wel denkbaar dat ook deze maatregel in voorkomende gevallen strijd oplevert met de Conventie.

7. Verder worden in Nederland alleenstaande minderjarigen nog steeds gedetineerd onder de vreemdelingenwetgeving. De schadelijke gevolgen van deze praktijk voor de gezondheid van de betrokken kinderen zijn ook hier te lande inmiddels uitgebreid gedocumenteerd en

verschillende nationale en internationale instellingen hebben hun zorgen erover uitgesproken (Comité voor de Rechten van het Kind, *Concluding Observations*, 30 januari 2009, UN Doc. CRC/C/NLD/CO/3, p. 12; *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg on his visit to the Netherlands*, 21 - 25 September 2008, Straatsburg, 11 maart 2009, 8 CommDH(2009)2; Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Vreemdelingenbewaring*, 16 juni 2008, p. 21). Overigens worden deze kinderen niet gedetineerd in reguliere detentiecentra, maar in justitiële jeugdinrichtingen.

De Nederlandse regering verdedigt deze praktijk met twee argumenten.

Ten eerste wijst zij op de kwetsbaarheid van deze groep migranten, die gemakkelijk het slachtoffer kunnen worden van mensenhandelaren of andere criminelen. Gesloten opvang zou dan dienen ter bescherming van de alleenstaande minderjarige vreemdeling. Alhoewel de onderkenning van het probleem juist is, kan men zich afvragen of detentie in een justitiële jeugdinrichting de oplossing biedt. Amnesty International merkt hier het volgende over op: "*alleenstaande minderjarigen dienen opgevangen te worden op locaties die speciaal hiervoor zijn ingericht en waar op hun specifieke problematiek toegespitste begeleiding voorhanden is. Het is onduidelijk waarom niet de geldende kinderbeschermingsmaatregelen worden toegepast op alleenstaande minderjarige kinderen en waarom bescherming wordt gevonden in opsluiting zonder dat een kinderrechter of een gespecialiseerde vreemdelingenrechter dit toetst aan het jeugdrecht, waarin het belang van het kind voorop staat. Alleenstaande minderjarige kinderen dienen dezelfde bescherming te genieten zoals die voor andere kinderen in Nederland geldt*" (Brief Amnesty International aan Tweede Kamer, d.d. 16 december 2009, <http://www.amnesty.nl/documenten/landenbrieven/EB-pol-2009-37%20AO%20Vreemdelingenbewaring%2013%20januari%202010.pdf>).

Inderdaad, als vreemdelingenbewaring gebruikt wordt om minderjarigen te beschermen kan men zich afvragen of deze maatregel nog wel kan worden gerechtvaardigd onder artikel 5 lid 1 onder f EVRM. Deze bepaling ziet immers slechts op detentie ter verhindering van illegale binnenkomst en ter effectuering van uitzetting. Voor de vrijheidsbeneming van minderjarigen onder artikel 5 lid 1 onder d geldt een ander toetsingskader dan voor detentie ter fine van uitzetting (zie bijvoorbeeld EHRM 29 februari 1988, *Bouamar tegen België*, Series A-129).

Het tweede argument dat wordt genoemd voor de detentie van alleenstaande minderjarigen werd door de Staatssecretaris tegen de Vaste Commissie van Justitie van de Kamer onlangs als volgt verwoord: "*Het gaat soms om jongeren die daadwerkelijk een ernstige bedreiging voor de openbare orde vormen; dat is zeker het geval wanneer het om criminele jongeren gaat*" (TK 2009-2010, 19637, nr 1331, *Vreemdelingenbeleid*, Verslag van een Algemeen Overleg, vastgesteld op 5 maart 2009). Ook hier rijst de vraag of vreemdelingenbewaring wel gebruikt wordt met het oog op het eigenlijke doel waar deze maatregel voor bedoeld is. In dat opzicht is het van belang om te onderstrepen dat detentie van illegaal verblijvende migranten op grond van de Terugkeerrichtlijn (ve09000077) in ieder geval niet gebaseerd mag zijn op gronden van openbare orde, zoals die hier aangehaald lijken te worden door de Minister (HvJEG 30 november 2009, C-357/09 PPU (*Kadzoev*), JV 2010/30, par. 70, ve09001646). Specifiek met het oog op minderjarigen bindt artikel 17 van de Richtlijn de detentie van deze groep overigens aan strikte eisen van proportionaliteit, en het biedt waarborgen met betrekking tot het regime waaronder zij gedetineerd zijn.

Voor wat betreft alleenstaande minderjarige asielzoekers is de Commissie van mening dat vrijheidsbeneming geheel vermeden dient te worden. Artikel 11 van zijn voorstel voor een nieuwe Opvangrichtlijn bepaalt dat niet-begeleide minderjarigen in geen geval in bewaring worden gehouden (*Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten*, Herschikking, Brussel, 3 december 2008, COM(2008) 815 definitief). De Nederlandse regering kan zich niet vinden in het voorstel op dit punt, en onderbouwt dat met het merkwaardige argument dat de volledige uitsluiting van de bewaring van alleenstaande minderjarige asielzoekers niet past bij het uitgangspunt dat op grond van het IVRK de bewaring van minderjarigen zoveel mogelijk dient te worden beperkt (TK 2009-2010, 22112, nr. 794, *Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie*).

dr. G.N. Cornelisse

universitair docent Universiteit Utrecht