

Asiel en migratie in de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof

**Werkbezoek van het Grondwettelijk Hof van Slovenië
aan het Grondwettelijk Hof van België**
Brussel, 12-15 oktober 2016

Etienne De Groot

Voorzitter van het Grondwettelijk Hof
Emeritus professor aan de Vrije Universiteit Brussel (VUB)

Riet Leysen

Rechter in het Grondwettelijk Hof

Geert Goedertier

Referendaris bij het Grondwettelijk Hof

I. Inleiding

1. Het Belgisch Grondwettelijk Hof wordt heel regelmatig bevraagd over de grondwettigheid van wetgeving die betrekking heeft op migratie en asiel. Het Hof heeft ondertussen 133 arresten geveld die betrekking hadden op één of ander aspect van het juridisch statuut van vreemdelingen in België. Dat het Hof daarover zo vaak wordt bevraagd heeft te maken met meerdere factoren :

(1) in de eerste plaats wordt de Belgische vreemdelingenwetgeving zeer regelmatig gewijzigd; elke wetswijziging doet potentieel nieuwe grondwettigheidsvragen rijzen ;

(2) verder stelt het Grondwettelijk Hof zich soepel op met betrekking tot het verlenen van toegang tot het Hof aan verenigingen die zich tot doel stellen op te komen voor de rechten van vluchtelingen en andere vreemdelingen,

(3) tenslotte is de juridische situatie waarin vreemdelingen zich bevinden vaak precair en geeft ze aldus vlugger aanleiding geeft tot juridische betwistingen dan andere situaties.

Dat de Belgische vreemdelingenwetgeving zeer regelmatig wordt gewijzigd heeft uiteraard te maken met de pogingen van de Belgische Staat om antwoorden te vinden op de migratiestromen die zich reeds gedurende meerdere jaren voordoen. De uitdagingen die de Belgische Staat op dat vlak het hoofd dient te bieden, verschillen niet wezenlijk van die waarmee andere Europese landen worden geconfronteerd. Vandaar dan ook dat het vreemdelingenrecht steeds meer wordt beheerst door regelgeving die wordt aangenomen in het kader van de Europese Unie.

2. Mede gelet op het feit dat het vreemdelingenrecht een uitermate technische tak van het recht vormt, lijkt het me niet zinvol om te pogen de rechtspraak van ons Hof op een exhaustieve of punctuele wijze uiteen te zetten. Het lijkt me meer aangewezen om een tweetal thema's uit onze rechtspraak te selecteren, die in te leiden en daarover een gedachtewisseling mogelijk te maken: meer bepaald (1) het recht van vreemdelingen op sociale tegemoetkomingen; en (2) de problematiek van de omgekeerde discriminatie.

II. Belgisch Grondwettelijk Hof

3. Vooraf is het ongetwijfeld nuttig om kort in herinnering te brengen welke bevoegdheden het Belgisch Grondwettelijk Hof in het algemeen heeft en op welke wijze een zaak bij het Hof aanhangig kan worden gemaakt.

4. Het Belgische Grondwettelijk Hof is ontstaan in de context van de omvorming van België tot een federale Staat. Omdat de verdeling van de wetgevende bevoegdheid tussen de federale overheid en de deelstaten aanleiding kan geven tot bevoegdheidsconflicten, kreeg het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid om wetskrachtige normen (wetten, decreten en ordonnanties) te toetsen aan de zogenaamde bevoegdheidverdelende regels die vervat zijn in de Grondwet en in de diverse wetten op de Staatshervorming. Inzake asiel en migratie komt deze bevoegdheid van het Hof weinig aan bod, omdat de regelgeving op dit vlak nagenoeg uitsluitend aan de federale wetgever toekomt, zodat er weinig risico bestaat op conflicten.

Daarnaast kan het Hof wetgevende normen toetsen aan de rechten en vrijheden die vervat zijn in titel II van de Grondwet. Die titel bevat een dertigtal artikelen, die alle rechten en vrijheden waarborgen. Het gaat daarbij niet alleen om burgerrechten (vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, ...), maar ook om sociaal-economische rechten (recht op onderwijs, recht op arbeid, recht op sociale zekerheid, ...). Inzake asiel en migratie toetst het Hof meestal aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie bevatten, en aan artikel 23 van de Grondwet, dat het recht op een menswaardig bestaan waarborgt.

Naast titel II van de Grondwet, zijn er ook nog andere grondwetsartikelen waaraan het Hof kan toetsen, waarvan, in het kader van het onderwerp dat we nu willen bespreken, artikel 191 het belangrijkste is. Volgens dat artikel genieten vreemdelingen in België in beginsel dezelfde bescherming als de Belgen "*behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen*". Het is ondertussen vaste rechtspraak van het Hof dat dit artikel niet tot doel heeft de wetgever ertoe te machtigen, wanneer hij een verschil in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen invoert, zich te onttrekken aan de eerbiediging van de fundamentele beginselen die in de Grondwet zijn

verankerd. Dit brengt met zich mee dat een verschil in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen dient te beantwoorden aan de vereisten die worden gesteld door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie waarborgen.

5. Een zaak kan bij het Grondwettelijk Hof aanhangig worden gemaakt op twee manieren:

i) door middel van een beroep tot vernietiging van een wet, een decreet of een ordonnantie. Zulk een beroep moet in de regel worden ingediend binnen de zes maanden na de publicatie van de wet in het *Belgisch Staatsblad*. Beroepen kunnen ingediend worden door iedere natuurlijke of rechtspersoon die doet blijken van een belang. Zoals reeds vermeld, beoordeelt het Hof de ontvankelijkheid van een beroep op een nogal soepele wijze, zodat mensenrechtenverenigingen doorgaans ook worden geacht belang te hebben om een beroep in te dienen in zaken die betrekking hebben op asiel en migratie; de meeste beroepen worden dan ook ingediend door dergelijke verenigingen.

ii) het Hof kan ook worden gevat door een prejudiciële vraag van de gewone hoven en rechtbanken, van de Raad van State of van andere administratieve rechtscolleges. In België zijn de gewone hoven en rechtbanken niet bevoegd om wetskrachtige normen te toetsen aan de Grondwet. Indien zich een grondwettigheidsprobleem stelt met betrekking tot een wetskrachtige norm, dienen zij een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Dus ook op die manier kan een zaak terechtkomen bij het Hof. In België bestaat een gespecialiseerd administratief rechtscollege in vreemdelingenzaken, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, dat regelmatig prejudiciële vragen stelt over de vreemdelingenwetgeving, vooral over de verblijfsreglementering. Maar ook de andere hoven en rechtbanken stellen regelmatig vragen, meestal over de sociaal-economische rechten van vreemdelingen.

III. Het recht van vreemdelingen op sociale tegemoetkomingen

6. Zoals daarjuist vermeld, is het eerste thema dat ik wens te bespreken het recht van vreemdelingen op sociale tegemoetkomingen en de wijze waarop het Hof die problematiek benadert.

7. In België wordt de sociale bescherming van de burgers in grote lijnen verzekerd door twee stelsels: de sociale zekerheid en de sociale bijstand.

De *sociale zekerheid* biedt bescherming tegen verlies van arbeidsinkomsten (bv. werkloosheid, pensionering en arbeidsongeschiktheid) en biedt aanvullingen op het inkomen bij bepaalde sociale lasten (bv. gezinslasten en ziektekosten). De sociale zekerheid wordt gefinancierd door bijdragen van de werknemers en van de werkgevers, aangevuld met financieringen van de Staat. Omdat de sociale zekerheid niet uitsluitend wordt gefinancierd door de Staat wordt vaak gesproken van een contributief systeem: de personen die recht hebben op een uitkering, hebben in beginsel bijgedragen tot de financiering ervan.

De *sociale bijstand* heeft in essentie tot doel om de personen die tussen de “mazen van het net” van de sociale zekerheid vallen, alsnog de mogelijkheid te bieden een menswaardig leven te leiden. De belangrijkste vorm van sociale bijstand bestaat uit het toekennen van een leefloon (bestaansminimum) en van andere vormen van maatschappelijke dienstverlening (bv. het bieden van huisvesting). De sociale bijstand heeft een niet-contributief karakter, omdat het niet is gebaseerd op bijdragen. De sociale bijstand wordt bijgevolg volledig gefinancierd door de overheid.

8. Bij het Hof worden heel regelmatig zaken aanhangig gemaakt die betrekking hebben op de vraag in welke mate de wetgever sociale uitkeringen kan ontzeggen aan, dan wel beperken voor vreemdelingen. Ongeveer de helft van de arresten die het Hof in vreemdelingenzaken heeft geveld, hadden betrekking op sociale uitkeringen.¹

¹ Van de 133 arresten hadden 67 betrekking op sociale uitkeringen.

De problematiek waarmee het Hof in die zaken wordt geconfronteerd, bevindt zich op een spanningsveld tussen, *enerzijds*, politieke beleidslijnen die beogen de aantrekkingskracht te temperen die sociale uitkeringen uitoefenen op personen die migreren, en, *anderzijds*, de noodzaak om de nationaal en supranationaal gewaarborgde grondrechten te eerbiedigen.

9. De rechtspraak van het Hof doet ervan blijken dat in het kader van het recht van vreemdelingen op sociale uitkeringen de volgende grondrechten in het bijzonder van belang zijn:

i) *Artikel 23 van de Grondwet*, dat bepaalt dat iedereen recht heeft een menswaardig leven te leiden en voorschrijft dat de diverse wetgevers de economische, sociale en culturele rechten dienen te waarborgen, waaronder het recht op sociale zekerheid, de bescherming van de gezondheid en de sociale, geneeskundige en juridische bijstand.

Het Grondwettelijk Hof heeft de bevoegdheid om wetten die betrekking hebben op de sociale bescherming te toetsen aan dat artikel. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat het Hof op dat vlak een ruime beoordelingsbevoegdheid toekent aan de wetgevers en dat het slechts sanctionerend optreedt ten aanzien van de wetgever wanneer de keuzes die hij maakt bij de concretisering van de sociale rechten “manifest onredelijk” zijn. Vrij algemeen wordt aanvaard, ook door het Hof, dat artikel 23 G.W. niet alleen een positieve verplichting voor de wetgevers met zich meebrengt om de sociale bescherming gestalte te geven, maar ook een *standstill*verplichting. Dit betekent dat het de wetgever in beginsel niet is toegestaan om het bestaande beschermingsniveau terug te schroeven. Het Grondwettelijk Hof heeft die *standstill*verplichting evenwel enigszins genuanceerd door te stellen (1) dat er pas sprake is van een schending van die verplichting wanneer de achteruitgang van het beschermingsniveau “aanzienlijk” is; en (2) dat ook een aanzienlijke achteruitgang kan worden aanvaard, wanneer die wordt verantwoord door redenen van algemeen belang. Wanneer de wetgever de modaliteiten van een sociale uitkering wijzigt (bijvoorbeeld voor vreemdelingen), wordt vaak voor het Grondwettelijk Hof aangevoerd dat die wijziging een schending vormt van de uit artikel 23 G.W. voortvloeiende *standstill*verplichting.

ii) Een tweede grondrecht dat in het kader van het recht van vreemdelingen op sociale uitkeringen een bijzonder belang vertoont, is het *recht op eigendom*, zoals gewaarborgd door

artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, *in samenhang gelezen met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie*. De omstandigheid dat het eigendomsrecht vaak wordt ingeroepen voor het Hof in zaken betreffende het recht van vreemdelingen op sociale uitkeringen, heeft te maken met rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hoewel het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM geen recht bevat om sociale uitkeringen van welke aard ook te ontvangen, heeft het Europees Hof, onder meer in de zaak *Koua Poirrez t. Frankrijk* van 30 september 2003, geoordeeld dat het voordeel van een sociale uitkering tot de werkingssfeer van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM behoort, en dat een uitkeringsstelsel aldus dient te voldoen aan de vereisten van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, zoals gewaarborgd door artikel 14 van het EVRM. Verschillen in behandeling kunnen, volgens die rechtspraak, slechts worden verantwoord door “zeer sterke overwegingen”.

10. Uit de arresten die het Hof heeft gevelde in verband met het recht van vreemdelingen op sociale uitkeringen, kunnen een aantal – meer algemene – principes en uitgangspunten worden afgeleid. Ik zal proberen een aantal van die algemene principes/uitgangspunten te situeren en kort te duiden.

i) Een *eerste* belangrijk *principe/uitgangspunt* betreft het feit dat het Hof steeds rekening houdt met de *eigen karakteristieken van het statuut* van de betrokken vreemdelingen. Het begrip “op het Belgische grondgebied verblijvende vreemdeling” dekt immers een ruime lading: het kan gaan om vreemdelingen van wie de asielaanvraag nog in behandeling is, vreemdelingen die het statuut van vluchteling hebben verkregen, vreemdelingen die tijdelijk gemachtigd zijn om in België te verblijven, vreemdelingen die gemachtigd zijn om zich in België te vestigen, vreemdelingen die al dan niet onder het toepassingsgebied van het recht van de Europese Unie vallen, enzoverder. Bij elke categorie gaat het Hof na welke de precieze aard is van het statuut van de vreemdeling en in welke mate dat statuut een beperking van de sociale bescherming al dan niet kan verantwoorden, daarbij in het bijzonder rekening houdend met internationale bepalingen die dat statuut in voorkomend geval mede bepalen. Wat dit laatste betreft, denk ik bijvoorbeeld aan het Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen (de Conventie van Genève) en aan het door het recht van de Europese Unie gewaarborgde vrij verkeer van personen. Het Hof heeft meermaals gesteld dat bij de toekenning van sociale

tegemoetkomingen rekening moet worden gehouden met de internationale verplichtingen die op de Belgische Staat rusten. Die verplichtingen kunnen volgens het Hof, in voorkomend geval, verschillen in behandeling tussen vreemdelingen onderling verantwoord.

ii) Een *tweede uitgangspunt* betreft het feit dat het Hof rekening houdt met het **al dan niet contributieve karakter van het stelsel** op basis waarvan de uitkeringen worden toegekend. Bij zijn arrest nr. 12/2013, dat handelde over het - tot de sociale bijstand behorende - stelsel van de gewaarborgde gezinsbijslag² en dat meer specifiek betrekking had op de vraag of de wetgever de desbetreffende uitkeringen kon voorbehouden aan vreemdelingen die minstens vijf jaar werkelijk en ononderbroken hadden verbleven in België, heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat de wetgever, gelet op het niet-contributieve karakter van het stelsel van de gewaarborgde gezinsbijslag, die uitkering mocht voorbehouden aan de personen die een “*voldoende band met België*” vertonen.³

Het Hof hanteert daarbij geen afgelijnde definitie van de notie “voldoende band met België”, maar beoordeelt geval per geval of het door de wetgever gehanteerde criterium kan worden beschouwd als overeenstemmend met de voormelde notie. Zo heeft het Hof in een andere zaak geoordeeld dat wanneer het kind ten gunste waarvan de aanvrager de gezinsbijslag vraagt, de *Belgische nationaliteit* heeft, de aanvrager een voldoende band met België heeft om gewaarborgde gezinsbijslag ten behoeve van dat kind te ontvangen. In het voormelde arrest heeft het Hof dan weer geoordeeld dat wanneer het kind *niet de Belgische nationaliteit* heeft, de wetgever de voorwaarde kan stellen dat de aanvrager van de gezinsbijslag vijf jaar ononderbroken in België heeft verbleven. Het Hof is aldus van oordeel dat de “voldoende band met België” kan blijken uit elementen van diverse aard.

² De gewaarborgde gezinsbijslag is een vangnet voor wie geen kinderbijslag ontvangt op basis van een Belgische, buitenlandse of internationale regeling en is niet te verwarren met de gewone kinderbijslag.

³ “Gelet op het niet-contributieve karakter van het residuaire stelsel van de gewaarborgde gezinsbijslag, vermocht de wetgever dat voordeel afhankelijk te stellen van het bestaan, bij de volwassene van wie het kind ten laste is, van een voldoende band met België, die kan worden beschouwd als een « zeer sterke overweging », zoals bedoeld in het in B.5.2 vermelde arrest *Koua Poirrez* (§ 46) van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens” (B.12.2).

iii) Een *derde uitgangspunt* van het Hof is dat het in beginsel niet discriminerend is om **vreemdelingen die illegaal op het grondgebied verblijven**, anders te behandelen dan vreemdelingen die legaal op het grondgebied verblijven. Het Hof gaat ervan uit dat het principieel toekomt aan de wetgever om een beleid te voeren betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en daaromtrent criteria vast te stellen volgens welke het verblijf van een vreemdeling in België al dan niet wettig is. Dat daaruit een verschil in behandeling voortvloeit tussen legale en illegale vreemdelingen, onder meer op het vlak van de sociale bescherming, wordt door het Hof beschouwd als het logische gevolg van de inwerkingstelling van voormeld beleid.

In België genieten illegaal op het grondgebied verblijvende vreemdelingen, op het vlak van de sociale bescherming, uitsluitend van een recht op “*dringende geneeskundige hulpverlening*”. Het Grondwettelijk Hof heeft die beperking van de sociale bescherming, op basis van het voormelde uitgangspunt, principieel aanvaard. Niettemin heeft het Hof ook geoordeeld dat de beperking in specifieke omstandigheden strijdig kan zijn met de Grondwet. Zo heeft het onder meer geoordeeld dat de beperking tot de dringende geneeskundige hulpverlening ongrondwettig is (1) wanneer het gaat om personen die om medische redenen in de absolute onmogelijkheid zijn gevolgd te geven aan een bevel om het grondgebied te verlaten; (2) wanneer het gaat om minderjarige kinderen van illegale vreemdelingen (in bepaalde omstandigheden); en (3) wanneer het gaat om illegale vreemdelingen met een zwaar gehandicapt kind dat in de absolute onmogelijkheid is om het grondgebied te verlaten. Meer in het algemeen kan worden gesteld dat het Hof van oordeel is dat de sociale bescherming niet kan worden beperkt tot dringende geneeskundige hulpverlening wanneer het gaat om bijzonder kwetsbare personen.⁴

iv) Een *vierde uitgangspunt* betreft het feit dat de wetgever, volgens het Hof, **maatregelen** vermag te nemen **om misbruiken van de voorziene procedures te voorkomen**. Het Hof heeft dit onder meer geoordeeld in een aantal arresten van 2001 en 2002 met betrekking tot de Regularisatiewet van 22 december 1999, die voorzag in een tijdelijke procedure waarbij illegale vreemdelingen

⁴ Met betrekking tot vreemdelingen die gevraagd hebben om als vluchteling te worden erkend, wier verzoek werd verworpen en die een bevel hebben gekregen om het grondgebied te verlaten, heeft het Hof eveneens geoordeeld dat de beperking van de sociale bescherming tot de dringende geneeskundige hulpverlening niet grondwettig is, zolang hun beroep voor de Raad van State tegen de niet-erkenning niet is beslecht.

konden worden geregulariseerd indien ze voldeden aan de door de wet gestelde vereisten. Die wet bracht met zich mee dat illegaal op het grondgebied verblijvende vreemdelingen in beginsel niet konden worden verwijderd van het grondgebied in de periode tussen hun regularisatieaanvraag en de dag waarop de beslissing over die aanvraag werd genomen. Gelet op het feit dat de betrokkenen door het indienen van een regularisatieaanvraag tijdelijk het recht hadden om niet van het grondgebied te worden verwijderd, werd het Hof de vraag gesteld of het grondwettig was dat de regularisatieaanvragers geen recht hadden op sociale bescherming (behoudens de dringende medische hulpverlening). Het Hof oordeelde dat de regeling niet strijdig was met de Grondwet, omdat de wetgever de financiële aantrekkingskracht van de regularisatieaanvraag had willen voorkomen, om onterechte aanvragen, ingediend met de enkele bedoeling maatschappelijke dienstverlening te verkrijgen, te weren en om bijkomende illegale immigratie tegen te gaan. Het Hof aanvaardde aldus de beperking van de sociale bescherming van de regularisatieaanvragers, onder meer omdat andere maatregelen onmiskenbaar aanleiding zouden kunnen geven tot misbruiken van de regularisatieprocedure.

Anderzijds heeft het Hof geoordeeld dat de wetgeving die de maatschappelijke dienstverlening in het algemeen en de dringende medische hulp in het bijzonder opheft voor legaal op het grondgebied verblijvende vreemdelingen, meer bepaald diegenen die genieten van een tijdelijke machtiging tot verblijf op grond van een bezoldigde beroepsactiviteit, artikel 23 van de Grondwet schendt, omdat zulk een aanzienlijke achteruitgang in de bescherming niet wordt verantwoord door redenen van algemeen belang en onevenredige gevolgen heeft ten aanzien van het recht op een menswaardig bestaan (arresten nrs. 131/2005 en 133/2005).

v) Een *vijfde* – en laatste – *uitgangspunt* betreft het feit dat het Hof ervan uitgaat dat de sociale bescherming niet in alle gevallen dient te gebeuren door middel van “**financiële**” **uitkeringen**. De sociale bescherming kan m.a.w. ook worden gerealiseerd door middel van **materiële opvang** en hulp. De wetgever heeft in het verleden vastgesteld dat het toekennen van financiële uitkeringen aan asielzoekers tijdens de behandeling van hun asielaanvraag, een door hem ongewenste aantrekkingskracht op asielzoekers uitoefende. Om die reden heeft hij in 2001 beslist om asielzoekers van wie de asielaanvraag nog in de ontvankelijkheidsfase zit, niet langer financiële uitkeringen toe te kennen, maar wel materiële opvang. Bij wet van 27 januari 2007

werd dat principe verruimd: tijdens de volledige behandeling van de asielaanvraag worden in beginsel geen financiële uitkeringen toegekend, maar wordt wel voorzien in materiële opvang en materiële hulp in een door de Staat georganiseerde opvangstructuur.

Naar aanleiding van de wetwijziging van 2001 werd aan het Hof de vraag gesteld of de vervanging van de financiële hulp door materiële hulp niet in strijd was met het *standstill*beginsel, gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet. Het Hof heeft geoordeeld dat dat niet het geval was, onder meer omdat artikel 23 van de Grondwet de wetgever niet verbiedt te oordelen hoe het recht op maatschappelijke dienstverlening op de meest adequate wijze kan worden gewaarborgd. De maatschappelijke dienstverlening aan asielzoekers kan aldus niet alleen via financiële tegemoetkomingen worden gerealiseerd, maar ook via materiële opvang in een opvangstructuur.⁵

IV. Omgekeerde discriminatie

11. Een tweede thema inzake asiel en migratie dat ik zou willen behandelen is dat van de zogenaamde “omgekeerde discriminatie”, waarover het Hof zich diende uit te spreken in een belangrijk arrest van 2013 (arrest nr. 121/2013) en waarbij de verhouding tussen het nationale recht en het recht van de Europese Unie aan bod kwam.

12. Eén van de mogelijkheden voor een vreemdeling om een verblijfsrecht te krijgen in België is via gezinshereniging. Omdat reeds een familielid in België verblijft, kunnen de andere familieleden zoals de partner, een ouder of een kind, zich onder bepaalde voorwaarden bij hem voegen.

Bij het bepalen van de regels inzake gezinshereniging dient de Belgische wetgever rekening te houden met het Europees Unierecht : zo geldt voor de gezinshereniging met Unieburgers de

⁵ In dit kader besteedt het Hof wel bijzondere aandacht aan het recht op eerbiediging van het gezinsleven. Wanneer wordt voorzien in hulpverlening in natura, dient de wetgever, volgens het Hof, erover de waken dat personen niet worden verhinderd samen te leven met een of meer personen met wie zij een gezin vormen. Dit geldt in het bijzonder voor minderjarige kinderen die in de mogelijkheid moeten zijn om samen met hun ouders te worden opgevangen in de opvangstructuur.

richtlijn 2004/38/EG; voor gezinshereniging met onderdanen van derde landen geldt de richtlijn 2003/86/EG. De gezinshereniging met Belgen valt in beginsel niet onder het Unierecht, het is een zuiver interne situatie die onder de uitsluitende bevoegdheid van de Belgische wetgever valt.

13. Met een wet van 8 juli 2011 heeft de Belgische federale wetgever de regels inzake gezinshereniging gewijzigd.

Vóór de totstandkoming van die wet kende de Belgische wetgeving op het vlak van gezinshereniging aan familieleden van Belgen dezelfde rechten toe als aan familieleden van andere Unieburgers.

De nieuwe wetgeving inzake gezinshereniging voert ten aanzien van gezinshereniging met Belgen een aantal beperkingen in, waardoor hun familieleden in sommige opzichten minder gunstig worden behandeld dan familieleden van andere Unieburgers. Zo laat het Unierecht gezinshereniging toe met ascendenten, ook wanneer de gezinshereniger meerderjarig is, terwijl bij gezinshereniging met Belgen enkel de ouders van een minderjarige een verblijfsrecht kunnen bekomen.

Deze strengere behandeling werd door de wetgever verantwoord op grond van de noodzaak om de immigratie te beperken en om misbruiken tegen te gaan. Er wordt op gewezen dat gezinshereniging de belangrijkste basis is voor immigratie in België en dus onder controle moet worden gehouden.

14. In de context van het recht van de Europese Unie spreekt men in een dergelijk geval van « omgekeerde discriminatie » omdat een lidstaat zijn eigen onderdanen die geen aanspraken aan het Unierecht ontlenen, minder gunstig behandelt dan (andere) EU-onderdanen die aanspraken aan het EU-recht ontlenen.

Volgens vaste rechtspraak van Hof van Justitie te Luxemburg verbiedt het Unierecht omgekeerde discriminatie niet. Of de verschillende behandeling van Belgen en andere Unieburgers eventueel

een discriminatie zou kunnen meebrengen, moet volgens het Hof van Justitie uitsluitend in het kader van het interne rechtstelsel worden beoordeeld.

15. Het Belgische Grondwettelijk Hof diende bijgevolg een antwoord te geven op het probleem van de omgekeerde discriminatie, waarover reeds lange jaren een controverse heerste in de rechtsleer.

16. Om te onderzoeken of een ongelijke behandeling een discriminatie uitmaakt en dus strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gaat het Belgische Grondwettelijk Hof in de eerste plaats na of het gaat om vergelijkbare categorieën van personen. Indien dat niet het geval is, stopt de toetsing en kan er geen sprake zijn van discriminatie.

In de rechtsleer was door sommige auteurs voorgehouden dat de regels inzake gezinshereniging met Unieburgers, enerzijds, en met Belgen, anderzijds, niet vergelijkbaar zijn omdat in beide gevallen verschillende wetgevers bevoegd zijn : namelijk de Europese Unie in het eerste geval en de Belgische federale wetgever in het tweede geval. Er kan volgens die visie maar sprake zijn van discriminatie indien een ongelijke behandeling aan dezelfde overheid kan worden toegeschreven. Bovendien handelt de Belgische wetgever bij de omzetting van het Unierecht niet vrij.

Ook de Belgische regering voerde die argumenten aan voor het Hof.

Het Hof volgt die zienswijze echter niet. Hoewel volgens het Hof van Justitie omgekeerde discriminatie geen probleem stelt vanuit het gelijkheidsbeginsel dat wordt gewaarborgd door het Unierecht, kan die conclusie volgens het Grondwettelijk Hof niet gelden voor de toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet, die elke discriminatie verbieden.

Het Hof verwijst ook naar de rechtspraak van het EHRM in Straatsburg waarin wordt gesteld dat een staat zich niet kan beroepen op het nakomen van zijn internationale verbintenissen om een bekritiseerd verschil in behandeling te verantwoorden.

17. Het Hof acht de beide situaties dus voldoende vergelijkbaar en toetst vervolgens de verschillen in behandeling volgens het klassieke schema. Het Hof gaat daarbij na of de wetgever een wettige doelstelling nastreeft, of de onderscheiden behandeling op een objectief en pertinent criterium van onderscheid berust en niet onevenredig is met de nagestreefde doelstelling.

Het Hof aanvaardt dat de wetgever op het vlak van migratie een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft en dat het verantwoord kan zijn om de immigratie te beperken. Het Hof aanvaardt ook dat de strengere regels pertinent zijn omdat doel te bereiken en dat ze in de meeste gevallen niet onevenredig zijn in het licht van dat doel.

18. Het Hof zag wel een probleem in het feit dat de Belgische wetgever geen onderscheid had gemaakt naargelang de Belgische gezinshereniger al dan niet gebruik had gemaakt van zijn recht van vrij verkeer binnen de Europese Unie. Het Hof verwijst daarbij uitvoerig naar de rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit blijkt dat een Belg die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en daarna naar België terugkeert onder dezelfde voorwaarden als andere Unieburgers de hereniging moet kunnen vragen met andere gezinsleden.

19. Uit dit arrest blijkt dat het Grondwettelijk Hof bij de beoordeling van wetgeving inzake migratie niet uitsluitend rekening moet houden met het Belgisch recht, maar ook met de relevante regels van Europees Unierecht. Het Hof is ook van oordeel dat een geval van omgekeerde discriminatie op dezelfde wijze als elke andere discriminatie kan getoetst worden aan de Grondwet. Hoewel dergelijke omgekeerde discriminatie niet kan veroordeeld worden door het Hof van Justitie wegens strijdigheid met het Unierecht, kan zij wel worden veroordeeld door de nationale rechter wegens strijdigheid met het interne recht, al dan niet in samenhang gelezen met bepalingen van internationaal recht.

Er blijkt ook uit dit arrest dat het Hof, zoals in tal van andere arresten, vaak verwijst naar rechtspraak van het Hof van Justitie en ook van het EHRM om zijn motivering te ondersteunen.

