



Arrest

nr. 135 152 van 17 december 2014
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X, handelend als wettelijke vertegenwoordiger van X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Justitie, belast met Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding, thans de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging.

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, handelend als wettelijke vertegenwoordiger van X, een niet-begeleide minderjarige vreemdeling die verklaart van Macedonische nationaliteit te zijn, op 5 september 2014 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Justitie, belast met Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding van 30 juli 2014 tot afgifte van een bevel tot terugbrenging (bijlage 38).

Gezien titel Ibis, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de nota met opmerkingen.

Gelet op de beschikking van 4 november 2014, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 1 december 2014.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken G. DE BOECK.

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. RIAD, die loco advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat T. BRICOUT, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. S.M. kwam op 23 augustus 2011 het Rijk binnen.

1.2. Verzoekster, die werd aangesteld als voogd van S.M., verzocht op 16 juni 2014 om een verblijfsmachtiging aan haar pupil toe te staan.

1.3. De gemachtigde van de minister van Justitie, belast met Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding nam op 30 juli 2014 de beslissing tot afgifte van een bevel tot

terugbrenging. Deze beslissing, die verzoekster op 6 augustus 2014 ter kennis werd gebracht, is gemotiveerd als volgt:

“Afgegeven in toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. In uitvoering van de beslissing van de Minister die de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onder zijn bevoegdheid heeft of van zijn gemachtigde, wordt aan Mevrouw [V.G.], van Belgische nationaliteit, in de hoedanigheid van voogd, aangesteld door de FOD Justitie, Dienst Voogdij, bevel gegeven de genaamde [M.S.], [...], van nationaliteit Macedonië (Ex-Joegoslavische Rep.) (te zijn), [...] binnen dertig dagen terug te brengen naar de plaats vanwaar hij (zij) gekomen is.

REDEN VAN DE MAATREGEL:

Artikel 7, alinea 1, 2° van de wet van 15 december 1980, vervangen door de wet van 15 juli 1996: betrokkene is in het bezit van een paspoort [...] afgeleverd op 26/05/2011 en geldig tot 25/05/2016. Betrokkene is een vreemdeling vrijgesteld van de visumplicht die langer in het Rijk verblijft dan de maximale duur van 90 dagen op een periode van 180 dagen voorzien in artikel 20 Uitvoeringsovereenkomst van Schengen of er niet in slaagt het bewijs te leveren dat deze termijn niet overschreden werd. Uit illegaal verblijf kan op generlei wijze enig recht geput worden.

Betrokkene kwam op 23/08/2011 aan in België samen met haar minderjarige zus [M.M.] [...]. Betrokkene werd op 08/04/2013 aangemeld door de voogd van haar broer [E.] op de Dienst Voogdij. Betrokkene werd op 11/04/2013 onder hoede genomen hetgeen resulteerde in een toewijzing van een voogd op 16/04/2013 voor zowel betrokkene als haar minderjarige zus [M.].

De voogd heeft op 16/06/2014 een aanvraag ingediend voor de toepassing van artikel 61/15 en volgende van de wet van 15/12/1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en de artikelen 110 sexies tot 110 undecies van het koninklijk besluit van 08/10/1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. In toepassing van artikel 61/16 van de wet van 15/12/1980 en artikel 110 septies van het koninklijk besluit van 08/10/1981 werd betrokkene samen met zijn voogd gehoord op 28/07/2014. Andere aanwezige partijen tijdens dit gehoor waren betrokkene's minderjarige broer [M.E.] [...] en minderjarige zus [M.M.] [...], voor wie eveneens een aanvraag werd ingediend.

Tijdens dit gehoor verklaarde betrokkene dat ze niet weet waarom ze naar België is gekomen. De voogd maakte in haar aanvraag melding van volgend relaas: Betrokkene verklaart dat ze geen herinneringen meer heeft aan Macedonië. Ze herinnert zich dat ze samenwoonde met haar moeder en zus. Ze gingen niet naar school. Haar vader kwam soms op bezoek maar er waren altijd problemen. Betrokkene heeft geen positief beeld van haar vader. Van haar broer [E.] heeft ze geen herinneringen dat deze ooit in Macedonië heeft gewoond. Haar moeder had problemen en daarom werd ze samen met haar zus [M.] naar België gestuurd. Ze kwamen aan in een grote stad en ze werden opgehaald door een onbekende man. Ze woonden bij hun tante en mochten niets doen. Op een dag kwamen haar broer [E.] en neef [M.] haar en [M.] halen en brachten hen naar hun grootouders. Maar al snel kwamen er problemen en moesten ze verhuizen naar het huis van hun neef [M.]. [S.] moest letten op de kinderen en mocht niet naar school. Uiteindelijk kwam ze in het opvangcentrum terecht.

Tijdens het gehoor legt de voogd een verslag voor waaruit blijkt dat zij een aanzienlijke, emotionele, motorische en mentale achterstand heeft t.o.v. haar leeftijdsgenoten.

Rekening houdend met en op basis van een grondige analyse van alle elementen in het dossier en de verklaringen van betrokkene, kan men niet stellen dat het belang van betrokkene zich situeert buiten haar familiale context in Macedonië.

In eerste instantie dient te worden opgemerkt dat betrokkene, haar minderjarige broer en zus inbreuk pleegden op de visumreglementering en de algemene bepalingen aangaande migratie gezien de termijn binnen dewelke zij dienden terug te keren naar hun land van herkomst hierbij niet werd gerespecteerd. Overwegend dat het duidelijk is dat de toepassing van de artikelen 61/14 t.e.m. 61/25 van de wet van 15/12/1980 gevraagd wordt om de verkeerde redenen. Deze wet voorziet niet in de toekenning van een

verblijf omwille van problemen van familiale aard. Het algemeen principe stelt dat het in het belang is van het kind te verblijven bij zijn ouders, tenzij anders bewezen. Niets laat toe dit principe in twijfel te trekken. Laat het duidelijk zijn dat er op dit ogenblik in eerste instantie nog steeds mogelijkheid op opvang en verzorging aanwezig is in Macedonië. De moeder en vader verblijven nog steeds in het LO. Haar vader zou opgesloten zitten in de gevangenis. Het feit dat de moeder een nieuw gezin heeft uitgebouwd, ontslaat haar niet uit haar ouderlijke macht. Zij woont en leeft nog steeds in Macedonië. Ze is geïdentificeerd en gelokaliseerd: betrokkene heeft zowel telefonisch contact met haar moeder als via facebook. Het feit dat er gesteld wordt dat kinderen bij een nieuw huwelijk volgens de traditie worden overgeheveld naar de familie van de vader, is onvoldoende om te argumenteren dat de duurzame oplossing in België ligt. Bovendien blijkt uit de verklaringen dat de moeder inmiddels gescheiden zou zijn van haar nieuwe echtgenoot. De moeder staat bovendien nog in voor de zorg en opvang van betrokkene's stiefbroer. Er worden geen objectieve elementen aangehaald die de verklaring van betrokkene ondersteunen en de stelling als zou de moeder de zorg voor de kinderen niet op zich kunnen nemen volstaat niet.

Conform het artikel 9 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind is er geen sprake van een bevoegde instantie die beslist heeft dat betrokkene in zijn belang gescheiden diende te worden van haar ouders. Het is bovendien aan de verzoekende partij om alle passende maatregelen te nemen om de familieleden van betrokkene op te sporen (cfr. artikel 479 van de Programmawet van 24 december 2002). Dergelijke opsporingen werden tot op heden niet uitgevoerd, noch wordt op een aannemelijke wijze aangetoond dat er geen mogelijkheid op opvang meer aanwezig is in het land van herkomst en dat er geen andere oplossing te overwegen valt dan een noodzakelijk verblijf in België.

Voorts voorzien de artikelen 61/14 t.e.m. 61/25 van de wet van 15/12/1980 evenmin in de toekenning van een verblijf omwille van problemen van economische aard en dit met het oog op betere toekomstperspectieven, hiervoor dienen de geijkte procedures te worden gevolgd zoals daartoe voorzien in de wet van 15/12/1980. Noch voorzien deze bepalingen in een verblijf in België m.o.o. schoolgaan.

De duur van verblijf kan evenmin aangerekend worden aan de Dienst Vreemdelingenzaken. Betrokkene verblijft immers sinds 23/08/2011 in België en kreeg een voogd aangesteld op 16/04/2013. De familie nam op geen enkel ogenblik stappen om haar aanwezigheid kenbaar te maken bij de overheid. De DVZ werd pas op de hoogte gebracht, nadat betrokkene aangetroffen werd bij een politiecontrole en werd gesignaleerd aan de dienst voogdij.

Rekening houdend met al hetgeen hieraan voorafgaat en conform artikel 61/18 van de wet van 15/12/1980 bestaat de duurzame oplossing niet noodzakelijk in België. De Dienst Vreemdelingenzaken stelt dan ook een spoedige terugkeer van betrokkene, diens minderjarige zus en broer, naar Macedonië voorop alwaar zij kunnen herenigd worden met hun moeder en stiefbroer.

In het kader van een vrijwillige terugkeer, kan uw pupil bovendien steeds beroep doen op de verschillende programma's van terugkeer en reïntegratie van een organisatie zoals de IOM, Fedasil en Caritas. In dit geval, en op basis van een terugkeerdossier, kan de bijlage 38 verlengd worden gedurende de termijn noodzakelijk voor de praktische organisatie van de effectieve terugkeer."

Dit is de bestreden beslissing

2. Over de rechtspleging

Aan verzoekster werd het voordeel van de kosteloze rechtspleging toegestaan, zodat niet kan worden ingegaan op de vraag van verweerder om de kosten van het geding ten laste van verzoekster te leggen.

3. Onderzoek van het beroep

3.1. Verzoekster voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 61/14 tot en met 61/25; 62; 74/13 en 74/16 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet), van artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, van de artikelen 3, 9 en 10 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij wet van 25 november 1991, van de zorgvuldigheidsplicht en van het evenredigheidsbeginsel.

Haar betoog luidt als volgt:

“1. Verzoekster heeft aanvraag machtiging tot verblijf op grond van de artikel 61/14 tot 61/25 van de Vreemdelingenwet ingediend. Deze procedure bestaat eruit om de duurzame oplossing te bepalen voor de minderjarige en hetzij te machtigen tot verblijf, hetzij een terugkeer te gebieden.

De toepasselijke nationale wetsbepalingen zijn de volgende:

Artikel 61/14, 2° van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“2° duurzame oplossing :

- hetzij de gezinshereniging, overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, in het land waar de ouders zich legaal bevinden;*
- hetzij de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar de NBMV gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, met garanties op adequate opvang en verzorging, naargelang zijn leeftijd en zijn graad van zelfstandigheid, hetzij door zijn ouders of andere volwassenen die voor hem zullen zorgen, hetzij door overheidsinstanties of niet-gouvernementele instanties;*
- hetzij de machtiging tot verblijf in België, met inachtneming van de bepalingen waarin de wet voorziet;”*

Artikel 61/17 van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Bij het bepalen van de duurzame oplossing geeft de minister of zijn gemachtigde voorrang aan de vrijwaring van de eenheid van het gezin, overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van het Verdrag van de Verenigde Naties van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind en het hoger belang van het kind”.

Artikel 61/18 Vw. bepaalt:

“Na individueel onderzoek en op basis van het geheel van de elementen, geeft de minister of diens gemachtigde aan de burgemeester of diens gemachtigde de instructie om :

- hetzij een bevel tot terugleiding af te geven aan de voogd, indien de duurzame oplossing de terugkeer naar of de gezinshereniging in een ander land is;*
 - hetzij een verblijfsdocument af te geven, indien de duurzame oplossing niet bepaald is.*
- Het verblijfsdocument heeft een geldigheidsduur van zes maanden. De Koning bepaalt het model van het document.”*

Gezien er een terugkeerbeslissing werd genomen zijn ook de volgende nationaalrechtelijke bepalingen van toepassing.

Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet stelt:

“Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land”

Artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet stelt:

“§ 1. Alvorens een beslissing tot verwijdering te nemen jegens een illegaal op het grondgebied verblijvende niet-begeleide minderjarige vreemdeling, neemt de minister of zijn gemachtigde elk voorstel tot duurzame oplossing van zijn voogd in overweging en houdt hij rekening met het hoger belang van het kind.

§ 2. De minister of zijn gemachtigde vergewist zich ervan dat deze minderjarige, die wordt verwijderd van het grondgebied, garanties qua opvang en tenlasteneming krijgt in zijn land van herkomst of in het land waar hij gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, gelet op zijn behoeften volgens zijn leeftijd en graad van zelfstandigheid, ofwel van zijn ouders of een ander familielid of zijn voogd die voor hem zorgt ofwel van regeringsinstanties of niet-gouvernementele instanties.

Daartoe vergewist de minister of zijn gemachtigde zich ervan dat de volgende voorwaarden vervuld zijn:

1° dat er geen gevaar bestaat op mensensmokkel of mensenhandel en; 2° dat de gezinssituatie van die aard is dat de minderjarige er opnieuw in kan worden opgenomen, en dat een terugkeer naar een ouder of een familielid wenselijk en opportuun is in het licht van de capaciteit van het gezin om het kind te ondersteunen, op te voeden en te beschermen of;

3° dat de opvangstructuur aangepast is, en dat het in het hoger belang van het kind is om het kind in die opvangstructuur te plaatsen bij zijn terugkeer naar zijn land van herkomst of naar het land waar hij tot het verblijf is toegelaten.

De niet-begeleide minderjarige vreemdeling en zijn voogd in België worden op de hoogte gebracht van de naam van de persoon of van de opvangstructuur aan wie het kind wordt toevertrouwd alsook over de rol die deze persoon vervult ten aanzien van de minderjarige.”

Er zijn echter ook Europese rechtsbepalingen die dienen gerespecteerd te worden, evenals verdragsrechtelijke bepalingen.

De bestreden beslissing maakt een terugkeerbesluit uit in de zin van artikel 6 van de 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 (de Terugkeerrichtlijn).

Artikel 51 van het Handvest verduidelijkt dat het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van toepassing is wanneer lidstaten bepalingen van Unierecht ten uitvoer brengen: “1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld. (...)”.

Artikel 24 van het Handvest, dat samen met het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 in werking is getreden, luidt:

“De rechten van het kind

1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden wordt in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang gehecht.

2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging. ...”

De Toelichtingen bij artikel 24 van het Handvest stellen het volgende:

“Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag. (...)” (cfr. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303, 17.)

Deze Toelichtingen hebben een belangrijke interpretatieve waarde. Krachtens artikel 52, § 7 van het Handvest zijn deze toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten en dient deze Toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de Lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

Voor een beter begrip van artikel 24 van het Handvest is het derhalve aangewezen om artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag nader te bekijken.

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

“Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.”

Het VN Kinderrechtencomité verduidelijkt omtrent artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag in General Comment no° 14 het volgende (bijlage 2):

“4. The concept of the child's best interests is aimed at ensuring both the full and effective enjoyment of all the rights recognized in the Convention and the holistic development of the child.”

In de noot hierbij verduidelijk het Comité wat begrepen dient te worden onder 'ontwikkeling':

"The Committee expects States to interpret development as a "holistic concept, embracing the child's physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development" (general comment No. 5, para. 12)."

"5. The full application of the concept of the child's best interests requires the development of a rights-based approach, engaging all actors, to secure the holistic physical, psychological, moral and spiritual integrity of the child and promote his or her human dignity."

"6. The Committee underlines that the child's best interests is a threefold concept:

(a) A substantive right: The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.

(b) A fundamental, interpretative legal principle: If a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen. The rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation.

(c) A rule of procedure: Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases."

De bepalingen van de Vreemdelingenwet dienen dus op die wijze uitgelegd te worden dat ze op de meest verregaande wijze rekening houden met verzoeksters belangen, i.c. haar fysieke, geestelijke, spirituele, morele, psychologische en sociale ontwikkeling.

"25. The obligation of the States to duly consider the child's best interests is a comprehensive obligation encompassing all public and private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities and legislative bodies involving or concerning children. ...

(b) "courts of law"

27. The Committee underlines that "courts" refer to all judicial proceedings, in all instances – whether staffed by professional judges or lay persons – and all relevant procedures concerning children, without restriction. This includes conciliation, mediation and arbitration processes.

...

"administrative authorities"

30. The Committee emphasizes that the scope of decisions made by administrative authorities at all levels is very broad, covering decisions concerning education, care, health, the environment, living conditions, protection, asylum, immigration, access to nationality, among others. Individual decisions taken by administrative authorities in these areas must be assessed and guided by the best interests of the child, as for all implementation measures."

Uit deze bepalingen blijkt duidelijk dat ook Uw Raad in een annulatieprocedure ten volle en op substantiële wijze rekening dient te houden met het belang van het kind. Paragraaf 98 voegt hier nog aan toe:

"States should establish mechanisms within their legal systems to appeal or revise decisions concerning children when a decision seems not to be in accordance with the appropriate procedure of assessing and determining the child's or children's best interests. There should always be the possibility to request a review or to appeal such a decision at the national level. Mechanisms should be made known to the child and be accessible by him or her directly or by his or her legal representative, if it is considered that the procedural safeguards had not been respected, the facts are wrong, the best-interests assessment

had not been adequately carried out or that competing considerations had been given too much weight. The reviewing body must look into all these aspects.”

Deze aspecten dienen met andere woorden ten gronde getoetst te worden, ook in een annulatieprocedure.

“48. Assessing the child’s best interests is a unique activity that should be undertaken in each individual case, in the light of the specific circumstances of each child or group of children or children in general. These circumstances relate to the individual characteristics of the child or children concerned, such as, inter alia, age, sex, level of maturity, experience, belonging to a minority group, having a physical, sensory or intellectual disability, as well as the social and cultural context in which the child or children find themselves, such as the presence or absence of parents, whether the child lives with them, quality of the relationships between the child and his or her family or caregivers, the environment in relation to safety, the existence of quality alternative means available to the family, extended family or caregivers, etc.”

General Comment no° 6 van het Comité voor de Rechten van het Kind handelt specifiek over de behandeling van niet begeleide minderjarige vreemdelingen (bijlage 3).

Paragraaf 6 van General Comment no°6 van het Comité voor de Rechten van het Kind stelt het volgende:

“This acknowledges that all human rights, including those contained in the Convention, are indivisible and interdependent. The importance of other international human rights instruments to the protection of the child is also recognized in the preamble to the Convention.”

Paragraaf 4 van de General Comment stelt: “This general comment will compile and consolidate standards developed, inter alia, through the Committee’s monitoring efforts and shall thereby provide clear guidance to States on the obligations deriving from the Convention with regard to this particular vulnerable group of children. In applying these standards, States parties must be cognizant of their evolutionary character and therefore recognize that their obligations may develop beyond the standards articulated herein”.

Het Comité stelt duidelijk dat de rechten vervat in het Verdrag open zijn, in de zin dat ze aan evolutie onderhevig zijn.

Paragraaf 13 maakt gezinseenheid expliciet ondergeschikt aan de belangen van het kind en verduidelijkt dat op de Staat een positieve verplichting rust om alle nodige maatregelen te nemen om de kinderen als niet begeleid te identificeren en om met tracing activiteiten te beginnen:

“13. The positive aspect of these protection obligations also extends to requiring States to take all necessary measures to identify children as being unaccompanied or separated at the earliest possible stage, including at the border, to carry out tracing activities and, where possible and if in the child’s best interest, to reunify separated and unaccompanied children with their families as soon as possible.”

Ook onder paragraaf 31 kunnen we lezen dat de verantwoordelijkheid voor tracing activiteiten bij de Staat ligt:

“...(v) Tracing of family members to be commenced as early as possible (arts. 22 (2), 9 (3) and 10 (2)).”

Artikel 3(1) IVRK stelt dat alle handelingen van publieke dienstverleners, rechtsinstanties, bestuur, het belang van het kind dienen te laten primeren.

Het Comité stelt in paragraaf 20 expliciet dat een Staat hiertoe een omvattende en duidelijke inschatting moet maken van de identiteit van het kind, de nationaliteit, de opvoeding, de etnische, culturele en linguïstische achtergrond evenals specifieke kwetsbaarheden van het kind wanneer ze een beslissing neemt met betrekking tot dit kind:

“20. A determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child’s identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs.”

Paragraaf 79 stelt dat het ultieme doel is om alles in rekening te brengen en een duurzame oplossing te bepalen, en dat de mening van het kind hierbij in overweging moet genomen worden:

“79. The ultimate aim in addressing the fate of unaccompanied or separated children is to identify a durable solution that addresses all their protection needs, takes into account the child’s view and, wherever possible, leads to overcoming the situation of a child being unaccompanied or separated. Efforts to find durable solutions for unaccompanied or separated children should be initiated and implemented without undue delay and, wherever possible, immediately upon the assessment of a child being unaccompanied or separated. Following a rights-based approach, the search for a durable solution commences with analysing the possibility of family reunification.”

Paragraaf 80 benadrukt dat tracing een essentieel onderdeel is van het bepalen van een duurzame oplossing. De verantwoordelijkheid rust hiervoor op de schouders van de Staat:

“80. Tracing is an essential component of any search for a durable solution and should be prioritized except where the act of tracing, or the way in which tracing is conducted, would be contrary to the best interests of the child or jeopardize fundamental rights of those being traced. In any case, in conducting tracing activities, no reference should be made to the status of the child as an asylum-seeker or refugee.”

Paragraaf 81 benadrukt dat gezinseenheid ondergeschikt is aan de belangen van het kind en vereist dat het kind in deze gehoord wordt.

“81. In order to pay full respect to the obligation of States under article 9 of the Convention to ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, all efforts should be made to return an unaccompanied or separated child to his or her parents except where further separation is necessary for the best interests of the child, taking full account of the right of the child to express his or her views (art. 12) (see also section IV (e), “Right of the child to express his or her views freely”). While the considerations explicitly listed in article 9, paragraph 1, sentence 2, namely, cases involving abuse or neglect of the child by the parents, may prohibit reunification at any location, other best-interests considerations can provide an obstacle to reunification at specific locations only.”

Paragraaf 84 stelt dat in het geval van terugkeer naar het herkomstland dit slechts mag indien het in het belang van het kind is. Om hiertoe te besluiten dient er rekening gehouden te worden met onder andere de sociaal-economische omstandigheden in het land van herkomst, de mening van het kind, de duur van de afwezigheid van het land van herkomst en de integratie in de maatschappij hier:

“84. ... Return to the country of origin shall in principle only be arranged if such return is in the best interests of the child. Such a determination shall, inter alia, take into account:

- The safety, security and other conditions, including socio-economic conditions, awaiting the child upon return, including through home study, where appropriate, conducted by social network organizations;*
- The availability of care arrangements for that particular child;*
- The views of the child expressed in exercise of his or her right to do so under article 12 and those of the caretakers;*
- The child’s level of integration in the host country and the duration of absence from the home country;*
- The child’s right “to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations” (art. 8);*
- The “desirability of continuity in a child’s upbringing and to the child’s ethnic, religious, cultural and linguistic background” (art. 20). “*

Paragraaf 85 stelt onomwonden dat bij gebrek aan (informatie) zorg in het herkomstland er geen terugkeer mag plaatsvinden zonder dat een degelijke opvang bij terugkeer wordt gegarandeerd:

“85. In the absence of the availability of care provided by parents or members of the extended family, return to the country of origin should, in principle, not take place without advance secure and concrete arrangements of care and custodial responsibilities upon return to the country of origin.”

Paragraaf 86 stelt duidelijk dat er geen niet-rechten-gebonden redenen aanvaardbaar zijn om niet in het belang van het kind te handelen:

“86. Exceptionally, a return to the home country may be arranged, after careful balancing of the child’s best interests and other considerations, if the latter are rights-based and override best interests of the child. Such may be the case in situations in which the child constitutes a serious risk to the security of the State or to the society. Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations.”

Artikel 8 EVRM bepaalt dat: Artikel 8 EVRM bepaalt dat:

*“1 . Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, familie . Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening dit recht, dan ging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid en de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”*

Artikel 7 van het Handvest heeft dezelfde inhoud en draagwijdte. (Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 303, p. 20).

Het is immers de taak van de administratieve overheid om, vooraleer een beslissing te nemen over een verblijfsmachtiging, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan de overheid kennis heeft of zou moeten hebben. Dit vloeit enerzijds voort uit het feit dat de vereiste van artikel 8 EVRM, net zoals de andere bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM, Conka t. België, 5 februari 2002, § 83) en anderzijds uit het feit dat artikel 8 EVRM primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet. (RvS 22 december 2010, nr. 210.029)

Bij dit onderzoek naar het gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM en de eventuele hieruit voortvloeiende positieve verplichting om een verblijfsmachtiging af te leveren, heeft verwerende partij een zekere appreciatiemarge. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven is immers niet absoluut.

Wel heeft deze appreciatiemarge bepaalde grenzen. Er dient immers een proportionaliteitstoets te gebeuren tussen de individuele belangen van de aanvrager van de verblijfsmachtiging en de belangen van de Lidstaat waar de verblijfsmachtiging wordt aangevraagd. De inhoud van deze proportionaliteitstoets wordt bepaald door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

In het recent arrest nr. 127.171 van 17 juli 2014 lichtte Uw Raad het onderzoek en de proportionaliteitstoets onder artikel 8 EVRM als volgt toe:

“Verdragsluitende Staten [zijn] er wel toe gehouden om, binnen de beleidsrange waarover zij beschikken, een billijke afweging (of zoals verzoeker stelt: een proportionaliteitstoets) te maken tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang (zie EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 68-69). In zaken die zowel op een gezinsleven als op immigratie betrekking hebben, zal de omvang van de negatieve dan wel positieve verplichtingen van een Verdragsluitende Staat in het kader van artikel 8 van het EVRM afhankelijk zijn van de individuele omstandigheden van de betrokken persoon en het algemeen belang (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 140).

De beleidsrange van verdragsluitende staten wordt overschreden wanneer zij geen billijke afweging maken tussen het algemeen belang, enerzijds, en het belang van het individu, anderzijds. Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen dienen de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel te zijn. Dit vereist een correcte belangenafweging waarbij rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden die de individuele zaak kenmerken. Zo stelt de rechtspraak van het EHRM dat er onder meer rekening moet worden gehouden met de aard en ernst van de gepleegde strafbare feiten, de tijdsduur van het verblijf in het gastland, de tijdsduur die is verstreken sinds het strafbare feit is gepleegd en het gedrag van verzoeker sindsdien, de gezinssituatie van verzoeker, de omvang van de band met het land van herkomst, het bestaan van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven elders normaal kan worden uitgebouwd, de vraag of het gezinsleven werd ontwikkeld tijdens een periode dat de betrokken personen wisten dat gezien de

verblijfsstatus van één van hen, het onmiddellijk duidelijk was dat het voorzetten van het gezinsleven op het grondgebied van de Verdragsluitende staat een precair karakter zou kennen. Indien zulke situatie zich voordoet dan zal enkel in uitzonderlijke omstandigheden een schending van artikel 8 van het EVRM worden vastgesteld (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 142; EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 70).(...)

De algemene stelling, die de verwerende partij aanhangt, dat een rechtmatige toepassing van de vreemdelingenwet geen schending van artikel 8 van het EVRM kan uitmaken, volstaat niet en kan niet worden bijgetreden (RvS 26 mei 2009, nr. 193.522). De toepassing van de vreemdelingenwet moet aan de voorwaarden van artikel 8 van het EVRM worden getoetst. Er rust bijgevolg een onderzoeksplicht bij de Verdragsluitende Staten: bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing dienen steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht in het kader van een billijke belangenafweging conform artikel 8 van het EVRM (EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, Raza v. Bulgarije, par. 54)."

Het rekening houden met het hoger belang vloeit o.a. voort uit de verplichting van Lidstaten onder artikel 8 EVRM. Het is op basis van artikel 8 EVRM dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen oordeelt dat het belang van het kind tot doel heeft « maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines.» (EHRM, Mamousseau en Washington t. Frankrijk, 6 december 2007, § 67.)

Volgens het Europees Hof worden de positieve verplichtingen van Lidstaten onder het EVRM versterkt wanneer de getroffen maatregel minderjarige kinderen aanbelangt. (EHRM, Mubilanza Mayeka en Kaniki Mitunga t. België, 12 oktober 2006.) De Lidstaten moeten rekening houden met de jonge leeftijd en kwetsbaarheid van kinderen. (TULKENS, F., "La Convention européenne des droits de l'homme et les droits des enfants", Journal du Droit des Jeunes, nr. 272, februari 2008, p.6)

De toetsing aan artikel 8 EVRM, en het belang van het kind als onderdeel ervan, is geen formaliteitsvereiste. Deze bepaling vereist een grondige toetsing (EHRM, Raza t. Bulgarije, 11 februari 2010). Dit is in casu allerminst gebeurd door verwerende partij.

Naast de reeds geciteerde rechtspraak van Uw Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan in dit kader nog worden gewezen op het erg recent arrest Kaplan e.a. t. Noorwegen.

In dit arrest geeft het Hof aan dat het belang van het kind moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete, individuele omstandigheden van elk geval: "[h]aving regard to all of the above considerations, notably the youngest child's long-lasting and close bonds to her father, her special care needs and the long period of inactivity before the immigration authorities issued a warning to the first applicant and took their decision to order his expulsion with a re-entry ban, the Court is not convinced in the concrete and exceptional circumstances of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the child for the purposes of Article 8 of the Convention. The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between, on the one hand, the first applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain his contact with his daughter in her best interest (see Nunez, § 84) and, on the other hand, its public interest in ensuring effective immigration control – namely, according to the Government, "the interests of ... the economic well-being of the country" and "the prevention of disorder or crime." (EHRM, Kaplan e.a. t. Noorwegen, 24 juli 2014, § 98.)

2. In weerwil van deze uitgebreide wettelijke verplichtingen motiveert verwerende partij slechts in de volgende zin.

Verzoekster zou een inbreuk gemaakt hebben op de visumregeling.

Ze stelt dat er niet kan gesteld worden dat het belang van betrokkene zich buiten de familiale context in Macedonië situeert. Er wordt verder geen uitleg gegeven waarom dit zo zou zijn, rekening houdend met het gebrek aan middelen van de moeder, feit dat zij niet welkom is bij de moeder, niet weet waar de moeder woonachtig is, en het gevangenschap van de vader.

Verwerende partij stelt dat de toepassing van artikelen 61/14 t.e.m. 61/25 wordt gevraagd om de verkeerde redenen". Immers, de wet zou niet voorzien in toekenning van een verblijf omwille van problemen familiale aard. Er zou volgens verwerende partij een verblijf omwille van problemen familiale

aard. Er zou volgens verwerende partij een principe zijn dat stelt dat het in het belang van het kind is bij de ouders te verblijven tenzij het tegendeel bewezen is.

Verder zou volgens verwerende partij de toepassing van artikelen 61/14 t.e.m. 61/25 niet kunnen gevraagd worden wegens economische problemen en zouden hiervoor de geijkte procedures moeten gevolgd worden voorzien in de Vreemdelingenwet.

De duurzame oplossing zou volgens verwerende partij dan ook niet noodzakelijk in België te situeren zijn.

3. Hier dienen de volgende opmerkingen en argumenten geformuleerd te worden.

Verwerende partij kan niet zo maar stellen dat de aanvraag op basis van artikel 61/14 Vreemdelingenwet en volgende ingediend werd vanwege de verkeerde redenen. Nergens in de Vreemdelingenwet wordt er expliciet opgesomd op welke gronden een dergelijke verblijfsmachtiging kan ingediend worden en op welke gronden niet.

Artikel 61/14, 2° Vw. bepaalt wat onder duurzame oplossing dient verstaan te worden. Artikel 61/17 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat er hierbij voorrang moet gegeven worden aan de vrijwaring van de gezinseenheid overeenkomstig artikel 9 en 10 van het IVRK.

Waar artikel 61/17 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat er voorrang moet gegeven worden aan de vrijwaring van de gezinseenheid overeenkomstig artikel 9 en 10 van het IVRK dient er opgemerkt te worden dat dit een beperking is die in strijd is met de hogere rechtsnormen artikel 3 IVRK, artikel 24 van het Handvest en artikel 8 EVRM. Daarenboven is dit wetsartikel op zich ook onzinnig gezien artikel 9 IVRK als volgt luidt:

“1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind.”

Artikel 9 IVRK bevat dus helemaal niet de vrijwaring van het gezin waar artikel 61/17 Vw. op doelt. Artikel 9 IVRK behandelt de situatie waar een kind wordt gescheiden van zijn ouders tegen hun wil. Dit heeft niets te zien met de huidige situatie die een zaak behandelt waar het kind gescheiden wordt van de ouders door hun wil, én die van het kind.

Artikel 10 IVRK stelt:

“1. In overeenstemming met de in artikel 9, eerste lid, omschreven verplichting van de Staten die partij zijn, worden aanvragen van een kind of van zijn ouders om een Staat die partij is, voor gezinshereniging binnen te gaan of te verlaten, door de Staten die partij zijn met welwillendheid, menselijkheid en spoed behandeld. De Staten die partij zijn waarborgen voorts dat het indienen van een dergelijke aanvraag geen nadelige gevolgen heeft voor de aanvragers of hun familieleden.

2. Een kind wiens ouders in verschillende Staten verblijven, heeft het recht op regelmatige basis, behalve in uitzonderlijke omstandigheden, persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met beide ouders te onderhouden. Hiertoe, en in overeenstemming met de in artikel 9, tweede lid, omschreven verplichting van de Staten die partij zijn, eerbiedigen deze Staten het recht van het kind en van zijn ouders welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten, en het eigen land binnen te gaan. Het recht welk land ook te verlaten is slechts onderworpen aan de beperkingen waarin de wet voorziet en die nodig zijn ter bescherming van de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden, of van de rechten en vrijheden van anderen, en die verenigbaar zijn met de andere in dit Verdrag erkende rechten.”

Ook artikel 10 IVRK heeft niets te zien met voorliggende zaak gezien geen van beiden, noch de ouders, noch het kind, gezinshereniging aanvraagt.

Meer zelfs, artikel 10.2 IVRK bevestigt het mensenrecht van een kind, en van zijn ouders welk land ook te verlaten. Artikel 12.2 van het (wettelijk bindend) Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en

politieke rechten stelt duidelijk: "Een ieder heeft het recht welk land ook, met inbegrip van het eigen land te verlaten."

Artikel 61/17 Vw. is een onzinnig wetsartikel en volstrekt ontoepasbaar. Het is inhoudelijk in strijd met de artikels waarnaar het verwijst, en in strijd met alles wat gekend en gestipuleerd is rond het belang van het kind.

Er wordt nergens gesteld in de Belgische wetgeving dat de aanvraag verblijfsmachtiging niet zou kunnen of mogen ingediend worden wegens familiale of economische redenen.

Het is weliswaar ook zo dat de artikelen 61/14 en verder niet verwijzen naar het belang van het kind, weliswaar wel naar een niet nader gedefinieerde duurzame oplossing. Artikel 74/13 Vw. en artikel 74/16 Vw. verwijzen wel naar het hoger belang van het kind, en het laatste artikel verbindt het hoger belang van het kind met het bepalen van de duurzame oplossing.

Wat het belang van het kind precies uitmaakt wordt natuurlijk nergens algemeen gedefinieerd maar vereist een individueel ten gronde onderzoek dat aan verschillende kwalitatieve vereisten dient te voldoen.

Wat zeker is dat rekening houden met het belang van het kind een verplichting is die voortvloeit uit rechtsnormen die hoger zijn dan de Vreemdelingenwet en dat in zoverre de Vreemdelingenwet in conflict is met deze hogere rechtsnormen de hogere rechtsnormen primeren. De hogere rechtsnormen die het belang van het kind regelen zijn artikel 3 IVRK, artikel 24 van het Handvest en artikel 8 EVRM.

Zoals boven gesteld heeft het VN Kinderrechtencomité verduidelijkt wat onder het belang van het kind in de zin van artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag verstaan dient te worden.

Er wordt in §4 van General Comment n°14 nogal eenduidig uitgelegd dat het belang van kind er op gericht is het volledige en effectieve genot van alle rechten in het IVRK te garanderen evenals de holistische ontwikkeling van het kind te garanderen.

In de noot hierbij verduidelijkt het Comité dat "ontwikkeling" dient begrepen te worden als een holistisch concept dat het kind zijn fysieke, mentale, spirituele, morele, psychologische en sociale ontwikkeling omvat.

Paragraaf 81 benadrukt dat gezinseenheid ondergeschikt is aan de belangen van het kind en vereist dat het kind in deze gehoord wordt.

Paragraaf 84 van General Comment n° 6 stelt dat in het geval van terugkeer naar het herkomstland dit slechts mag indien het in het belang van het kind is. Om hiertoe te besluiten dient er rekening gehouden te worden met onder andere de sociaal-economische omstandigheden in het land van herkomst, de mening van het kind, de duur van de afwezigheid van het land van herkomst en de integratie in de maatschappij hier

Er kan dus geenszins gesteld worden dat een aanvraag verblijfsmachtiging voor een kind met het oog op het bepalen van de duurzame oplossing niet kan op grond van de sociaal-economische omstandigheden in het herkomstland. Het is bijzonder evident dat de sociaal-economische omstandigheden die het kind hier geniet, en deze die er waren in het herkomstland bepalend zijn om te bepalen wat bijdraagt aan de ontwikkeling van het kind en wat niet.

Het feit dat het belang van het kind door het EHRM als een essentieel onderdeel wordt gezien van de toepassing van artikel 8 EVRM, het artikel dat gezinsleven beschermt, geeft eveneens het belang van de familiale problemen aan voor de bepaling van wat in het belang van het kind is en wat niet.

Artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet vereist ten slotte dat er rekening gehouden wordt met de mogelijkheid tot zorg, en dat er een inschatting moet gemaakt worden of de terugkeer naar de ouder wenselijk en opportuun is in het licht van de capaciteit van het gezin om het kind te ondersteunen, op te voeden en te beschermen, en of de opvangstructuur wel adequaat is. Dit is een wettelijke vereiste rekening te houden, meer zelfs, garanties te vereisen op vlak van socio-economische omstandigheden en geeft aan dat familie-eenheid op zich niet primeert.

Verwerende partij liet het na om te controleren of de voorwaarden voorgeschreven door artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet vervuld zijn. Dit vormt naast een logische schending van artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet ook een uiterst onzorgvuldige handelswijze, waardoor de zorgvuldigheidsplicht dan ook geschonden wordt. Voorts wordt ook de motiveringsplicht geschonden, doordat ook op dit punt elke motivering ontbreekt.

Uit de bestreden beslissing blijkt op geen enkele manier, ook niet impliciet, dat verwerende partij tekening heeft gehouden met verzoekers gezinsleven. De dienst Vreemdelingenzaken heeft geen evenredigheidstoets gevoerd van alle elementen die haar ter kennis waren. De dienst Vreemdelingenzaken heeft dan ook kennelijk onredelijk en in strijd met artikel 8 EVRM gehandeld.

In casu blijkt uit de bestreden beslissing op geen enkele wijze hoe of beter, of verwerende partij het belang van verzoeker als kind voorop heeft geplaatst bij het nemen van de terugkeerbeslissing zoals artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn, omgezet door artikel 74/13 Vw., vereist.

De bestreden beslissing werd onvoldoende gemotiveerd in de zin dat er onvoldoende feitelijke en juridische gronden zijn voor de beslissing, of dat deze gronden, zo ze er wel zijn, niet blijken uit de bestreden beslissing.

Uit de bestreden beslissing blijkt geenszins dat er een voldoende onderzoek gevoerd werd naar het belang van het kind, noch blijkt dat het belang van het kind de primordiale overweging vormde.

Er werden evenwel manifest onwettige voorwaarden gesteld door verwerende partij aan het voeren van de procedure en het verzoek tot verblijfsmachtiging werd op onwettige gronden afgewezen.

De motivering van de bestreden beslissing kan dan ook geenszins afdoend genoemd worden en houdt een manifeste schending in van de motiveringsplicht waaraan de verwerende partij als administratieve bevoegdheid aan onderworpen is."

3.2. Verweerder repliceert als volgt:

"Verwerende partij heeft de eer te antwoorden dat uit het bestreden bevel tot terugbrenging duidelijk blijkt waarom verzoekster teruggebracht dient te worden.

Verzoekster heeft geen banden met België. Tijdens het gehoor van 28 juli 2014 verklaarde zij dat zij niet weet waarom zij naar België is gekomen.

Het bevel tot terugbrenging werd gegeven bij toepassing van artikel 118 van het KB van 8 oktober 1981, dat stelt:

"Behoudens bijzondere beslissing van de (Minister) of zijn gemachtigde, mag geen bevel om het grondgebied te verlaten worden afgegeven aan een vreemdeling die minder dan achttien jaar oud is of die volgens zijn personeel statuut minderjarig is.

Dat bevel om het grondgebied te verlaten wordt vervangen door een bevel tot terugbrenging overeenkomstig het model van bijlage 38."

Verzoekster verblijft illegaal in het Rijk en uit het illegaal verblijf kunnen geen rechten worden geput.

Het bestreden bevel tot terugbrenging is gesteund op artikel 7§1,2° Vreemdelingenwet:

"Onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag, kan de minister of zijn gemachtigde aan de vreemdeling, die noch gemachtigd noch toegelaten is tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk of om er zich te vestigen, een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven of moet de minister of zijn gemachtigde in de in 1°, 2°, 5°, 11° of 12° bedoelde gevallen een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven] :

2° wanneer hij langer in het Rijk verblijft dan de overeenkomstig artikel 6 bepaalde termijn of er niet in slaagt het bewijs te leveren dat deze termijn niet overschreden werd;"

Het geval vervat in artikel 7 eerste lid 2° Vreemdelingenwet kadert binnen de gebonden bevoegdheid van de staatssecretaris.

Verzoekster diende een aanvraag in om machtiging tot verblijf bij toepassing van artikel 61/14 t.e.m. 61/25 Vreemdelingenwet.

Deze artikelen voorzien niet in de mogelijkheid om de aanvraag om machtiging in te die en omwille van problemen van economische aard of met het oog op schoolgaan.

Verwerende partij heeft rekening gehouden met de belang van het kind bij het geven van het bevel. De ouders van verzoekster wonen in Macedonië. Zij heeft geen familieleden die legaal in België zouden verblijven.

Verzoekster brengt niet voldoende argumenten aan om aan te tonen dat haar moeder niet voor haar zou kunnen zorgen, terwijl uit het verhoor blijkt dat haar moeder ook zorgt voor de stiefbroer in Macedonië. Bovendien houdt verzoekster contact met haar moeder via de telefoon en facebook.

Het is in het belang van het kind dat hij bij zijn ouders verblijft.

Uit de motivering van het bevel tot terugbrenging blijkt duidelijk dat er rekening werd gehouden met alle specifieke elementen van dit dossier, met de toepasselijke wetgeving en het belang van het kind.

Verzoekster roept de schending van artikel 8 EVRM in zonder te verduidelijken op welke wijze dit artikel geschonden zou zijn, aangezien haar moeder in Macedonië woont en zij geen andere familieleden heeft die legaal in het Rijk verblijven. Zij heeft geen banden met België.

Gaat het namelijk om een eerste toelating dan oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geschiedt geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de „fair balance“-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37).

Inzake immigratie heeft het EHRM er bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67).

Verzoekster verwijst naar artikel 74/16 Vreemdelingenwet en stelt dat verwerende partij rekening diende te houden met het gebrek aan zorg in het land van herkomst.

In de bestreden beslissing wordt gemotiveerd dat de moeder voor verzoekster kan zorgen, aangezien zij eveneens zorgt voor de stiefbroer die in Macedonië is gebleven.

Het bevel tot terugbrenging is gesteund op een correcte feitenvinding en is zowel uitdrukkelijk als materieel gemotiveerd.”

3.3. De Raad merkt op dat artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet expliciet bepaalt dat wanneer de minister of zijn gemachtigde een beslissing tot verwijdering neemt jegens een illegaal op het grondgebied verblijvende niet-begeleide minderjarige vreemdeling hij zich ervan dient te vergewissen dat er garanties zijn qua opvang en tenlasteneming in het land van herkomst door de ouders of een ander familielid of door een voogd die voor de minderjarige zorgt ofwel van regeringsinstanties of niet-

gouvernementele instanties. Hij dient hierbij rekening te houden met de behoeften van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling volgens zijn leeftijd en graad van zelfstandigheid.

In casu heeft verweerder geduid dat er nog steeds een mogelijkheid bestaat dat S.M. in Macedonië wordt opgevangen en verzorgd door haar ouders die nog steeds in dat land verblijven.

De Raad kan slechts vaststellen dat geenszins blijkt dat vaststaat de vader van S.M. in Macedonië verblijft. Zelfs indien zou dienen te worden aangenomen dat de vader van S.M. zich nog in Macedonië bevindt, dan nog blijkt niet dat deze man, over wie in de bestreden beslissing wordt aangegeven dat hij in de gevangenis zou zitten, zou kunnen instaan voor de tenlasteneming en opvang van zijn dochter.

Verweerder heeft verder verwezen naar de opvangmogelijkheden bij de moeder van S.M., van wie de woonplaats wel bekend is en met wie S.M. reeds contact nam. Verweerder heeft hierbij opgemerkt dat de moeder van S.M. nog steeds het ouderlijk gezag heeft over dit kind, dat het feit dat volgens de traditie kinderen worden overgedragen aan de familie van de man indien de moeder opnieuw huwt geen reden vormt om te argumenteren dat S.M. in België dient te blijven en dat blijkt dat deze vrouw in ieder geval nog instaat voor de zorg en de opvang van S.M. haar stiefbroer. Het gegeven dat de moeder van S.M. nog steeds het ouderlijk gezag heeft over S.M. impliceert evenwel niet dat zij kan instaan voor de opvang en tenlasteneming van haar dochter. Ook de stelling van verweerder dat bepaalde tradities geen reden vormen om een kind van zijn moeder gescheiden te laten leven laat niet toe te concluderen dat er in casu enige garantie is dat S.M. in Macedonië zal worden opgevangen of ten laste genomen door haar moeder die er, blijkens de verklaringen van S.M., niet voor terugschrok om de kinderen die zij heeft met haar eerste partner aan de deur te zetten toen zij een nieuwe relatie begon. De daarenboven niet gestaafde stelling dat de moeder van S.M. in Macedonië een jong kind dat werd geboren uit een relatie met een andere man zou opvangen, laat gelet op voorgaande vaststelling, ook niet zonder meer toe te besluiten dat vaststaat dat zij ook S.M., samen met nog twee andere kinderen, wenst op te vangen en dat zij in staat is om dit te doen. Hierbij moet ten overvloede nog worden opgemerkt dat verzoekster aangaf dat S.M. een aanzienlijke emotionele, motorische en mentale achterstand heeft – wat door verweerder niet wordt betwist – zodat mag worden aangenomen dat dit kind extra zorgen behoeft.

Er blijkt derhalve geenszins dat verweerder de bestreden beslissing op een zorgvuldige wijze – rekening houdende met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet – heeft voorbereid en er kan niet worden besloten dat deze beslissing is gestoeld op een correcte feitenvinding.

Verzoekster kan dan ook worden gevolgd waar zij stelt dat verweerder artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet en het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden.

Aangezien de eventuele gegrondheid van de andere onderdelen van het middel niet tot een ruimere vernietiging kan leiden dienen deze niet onderzocht te worden (RvS 18 december 1990, nr. 36.050; RvS 24 oktober 2002, nr. 111.881).

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de minister van Justitie, belast met Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding van 30 juli 2014 tot afgifte van een bevel tot terugbrenging wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zeventien december tweeduizend veertien door:

dhr. G. DE BOECK,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. K. VERHEYDEN,

griffier

De griffier,

De voorzitter,

K. VERHEYDEN

G. DE BOECK