



Arrest

nr. 189 584 van 10 juli 2017
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor 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, die verklaart van Pakistaanse nationaliteit te zijn, op 27 februari 2014 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding van 16 december 2013 waarbij een aanvraag om machtiging tot verblijf op basis van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onontvankelijk wordt verklaard en van de beslissing van dezelfde overheid van dezelfde datum tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

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 beschikking tot vaststelling van het rolrecht van 3 april 2014 met referthenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 23 januari 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 24 februari 2017.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. VAN BEURDEN, die loco advocaat E. VAN DIJK verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat E. WILLEMS, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekster dient op 10 augustus 2012 een aanvraag in om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet).

1.2. Op 16 december 2013 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (hierna: de gemachtigde) een beslissing waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk wordt verklaard. Dit is de eerste bestreden beslissing waarvan verzoekster op 28 januari 2014 in kennis wordt gesteld. De motieven luiden als volgt:

“in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980, deel ik u mee dat dit verzoek onontvankelijk is.

Redenen:

De aangehaalde elementen vormen geen buitengewone omstandigheid waarom de betrokkene de aanvraag om machtiging tot verblijf niet kan indienen via de gewone procedure namelijk via de diplomatieke of consulaire post bevoegd voor de verblijfplaats of de plaats van oponthoud in het buitenland.

Betrokkene stelt dat zij onmogelijk kan terugkeren gelet op de lopende procedure van haar huwelijk. Zij verwijst naar de omzendbrief van de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken van 13 september 2005 betreffende de uitwisseling van informatie tussen de ambtenaren van de burgerlijke stand. Echter uit het dossier blijkt dat betrokkene en de heer K.I. op 20.10.2012 reeds gehuwd zijn. De verwijzing naar de bovengenoemde omzendbrief kan dan ook niet weerhouden worden.

Verder stelt betrokkene dat zij een relatie heeft met de heer K.I. en zij hebben samen een kind, namelijk K.Z. geboren op 18.02.2013. De aanvraag wordt aangevuld met de geboortakte van het kind. Hieromtrent dient opgemerkt te worden dat de verplichting om terug te keren naar het land van herkomst enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied betekent wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. Van zodra immers betrokkene zich in haar land van herkomst in het bezit heeft gesteld van de documenten vereist om tot binnenkomst in het Rijk te worden toegelaten, staat het haar vrij zich opnieuw met haar gezin te verenigen.

De overige elementen (verwijzing naar het Universele Verdrag inzake de Rechten van het Kind, verwijzing naar 8 EVRM, mijnheer werkt en mevrouw zou niet ten laste vallen van de Belgische Staat) worden aangehaald in de gegrondheid en worden in deze fase niet behandeld. Zij kunnen het voorwerp uitmaken van een eventueel onderzoek conform art 9.2 van de wet van 15.12.1980

1.3. Op 16 december 2013 neemt de gemachtigde tevens een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13). Dit is de tweede bestreden beslissing waarvan de motieven luiden als volgt:

“Aan mevrouw, die verklaart te heten:

Naam, voornaam: Z.H.

(...)

Nationaliteit: Pakistan

Wordt het bevel gegeven het grondgebied van België te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenaquis ten volle toepassen, tenzij zij beschikt over de documenten die vereist zijn om er zich naar toe te begeven,

Binnen 30 (dertig) dagen na de kennisgeving.

REDEN VAN DE BESLISSING:

Het bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgegeven in toepassing van artikel(en) van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en op grond van volgende feiten:

Krachtens artikel 7, eerste lid, 1° van de wet van 15 december 1980, verblijft hij in het Rijk zonder geen geldig paspoort voorzien van een geldig visum.”

2. Over de samenhang en over de ontvankelijkheid

2.1. Meerdere beslissingen kunnen slechts ontvankelijk als een enkele rechtszaak aanhangig worden gemaakt indien bij uitzondering de goede rechtsbedeling daardoor wordt bevorderd, meer bepaald indien de beslissingen, wat hun voorwerp of wat hun grondslag betreft, zo nauw samenhangen dat vaststellingen gedaan met betrekking tot één beslissing een weerslag zullen hebben op de uitkomst van een andere. Het komt daarbij uitsluitend aan de rechter toe te oordelen of de gezamenlijke behandeling van verschillende vorderingen het vlot verloop van het geding bevordert of schaadt (RvS 4 augustus 1997, nr. 67.627).

In casu is de Raad van oordeel dat de verschillende voorwerpen niet van dien aard zijn dat de gezamenlijke behandeling ervan het vlot verloop van het geding zou schaden.

Niettegenstaande het feit dat de bestreden beslissingen formeel steun vinden in een andere bepaling uit de Vreemdelingenwet, stelt de Raad vast, op basis van de feitelijke gegevens in het dossier, dat de verwerende partij het zelf klaarblijkelijk nuttig en nodig heeft geacht om de uitkomst van de verblijfsaanvraag in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet af te wachten alvorens een bevel om het grondgebied te verlaten aan verzoekster af te geven.

Door pas te besluiten tot de afgifte van het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten nadat werd beschikt over de door verzoekster ingediende aanvraag om verblijfsmachtiging in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, erkent de verwerende partij dat de uitkomst van deze aanvraag bepalend kan zijn voor het al dan niet afleveren van het bevel om het grondgebied te verlaten.

Een en ander blijkt uit een samenlezing van de bestreden beslissingen: deze werden genomen op dezelfde datum, 16 december 2013, door dezelfde ambtenaar, attaché A.C. In een begeleidende brief aan de burgemeester van de stad Antwerpen geeft deze attaché uitdrukkelijke instructies om *“ingevolge de aanvraag om machtiging tot verblijf van 10.08.2012 in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 [...] dat deze aanvraag onontvankelijk is [...] betrokkene uit te nodigen en de documenten in bijlage te betekenen:*

- *De beslissing tot onontvankelijkheid van de regularisatieaanvraag.*
- *Het bevel om het grondgebied te verlaten 30 dagen (bijlage 13).”*

Aldus blijkt dat *in casu* de afgifte van de verwijderingsmaatregel tegelijkertijd werd onderzocht als de weigeringsbeslissing met betrekking tot de verblijfsaanvraag (d.i. de onontvankelijkheidsbeslissing) en dat de beslissingen samenhangen.

Daarnaast blijkt de verwerende partij naar aanleiding van de huidige procedures slechts één administratief dossier te hebben neergelegd, waarmee zij andermaal zelf de samenhang tussen beide zaken erkent.

In het licht van bovenstaande feitelijke elementen is de Raad dan ook van oordeel dat de eerste bestreden beslissing en het bestreden bevel een zodanige graad van samenhang vertonen dat het in het kader van een goede rechtsbedeling gepast voorkomt deze samen te behandelen. Verwerende partij betwist de samenhang niet in haar nota met opmerkingen.

2.2. De verwerende partij voert aan dat verzoekster zich bevindt in de situatie voorzien bij artikel 7, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet, waarbij zij verplicht is om een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven. Aldus zou het gaan om een gebonden bevoegdheid die elke discretionaire appreciatie uitsluit. Een gebeurlijke vernietiging van het bevel om het grondgebied te verlaten zou er aldus slechts toe leiden dat de gemachtigde van de staatssecretaris opnieuw verplicht zal zijn een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten te geven. De verzoekende partij heeft geen belang bij een dergelijke vernietiging.

Naar luid van artikel 39/56, eerste lid van de Vreemdelingenwet kunnen de beroepen bedoeld in artikel 39/2 van dezelfde wet voor de Raad gebracht worden door de vreemdeling die doet blijken van een benadeling of een belang. Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp waarbij voormeld artikel 39/56 werd ingevoerd (*Parl.St.* Kamer, 2005-06, nr. 2479/001, 118) blijkt dat voor de interpretatie van het begrip belang kan worden verwezen naar de invulling die de Raad van State aan hetzelfde begrip heeft verleend (met verwijzing naar J. BAERT en G. DEBERSAQUES, Raad van State. Ontvankelijkheid, Brugge, die Keure, 1996, nrs. 198 - 413).

Opdat zij een belang zou hebben bij de vordering volstaat het niet dat de verzoekende partij gegriefd is door de bestreden rechtshandelingen en dat zij nadeel ondervindt. De vernietiging van de bestreden beslissingen moet de verzoekende partij bovendien enig voordeel opleveren en dus een nuttig effect sorteren.

2.3. Artikel 7 van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“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:

1° wanneer hij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten;

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;

3° wanneer hij door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden;

4° wanneer hij door de Minister, op eensluidend advies van de Commissie van advies voor vreemdelingen, geacht wordt de internationale betrekkingen van België of van een Staat die partij is bij een internationale overeenkomst betreffende de overschrijding van de buitengrenzen, die België bindt, te kunnen schaden;

5° wanneer hij, ter fine van weigering van toegang,esignaleerd is, overeenkomstig artikel 3, 5°;

6° wanneer hij niet beschikt over voldoende middelen van bestaan, zowel voor de duur van het voorgenomen verblijf als voor de terugreis naar het land van oorsprong of voor de doorreis naar een derde Staat, waar zijn toelating is gewaarborgd, en niet in staat is deze middelen wettelijk te verwerven;

7° wanneer hij aangetast is door een der ziekten of gebreken opgesomd in de bijlage bij deze wet;

8° wanneer hij een beroepsbedrijvigheid als zelfstandige of in ondergeschikt verband uitoefent zonder in het bezit te zijn van de daartoe vereiste machtiging;

9° wanneer hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, door de overheden van de overeenkomstsluitende Staten, ter verwijdering van het grondgebied van deze Staten, aan de Belgische overheden wordt overgedragen;

10° wanneer hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, door de Belgische overheden aan de overheden van de overeenkomstsluitende Staten moet overgedragen worden;

11° wanneer hij sedert minder dan tien jaar uit het Rijk werd teruggewezen of uitgezet, zo de maatregel niet werd opgeschort of ingetrokken;

12° wanneer een vreemdeling het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat noch opgeschort noch opgeheven is.

Onder voorbehoud van de toepassing van de bepalingen onder Titel IIIquater, kan de minister of zijn gemachtigde, in de in artikel 74/14, § 3, bedoelde gevallen de vreemdeling naar de grens terugleiden.

Te dien einde, en tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kan de vreemdeling vastgehouden worden voor de tijd die strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de maatregel, meer in het bijzonder wanneer er een risico op onderduiken bestaat of wanneer de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert, en zonder dat de duur van de vasthouding twee maanden te boven mag gaan.

De minister of zijn gemachtigde kan, in dezelfde gevallen, de vreemdeling een verblijfplaats aanwijzen voor de tijd die nodig is om deze maatregel uit te voeren.

De Minister of zijn gemachtigde kan echter deze opsluiting telkens met een periode van twee maanden verlengen wanneer de nodige stappen om de vreemdeling te verwijderen werden genomen binnen zeven werkdagen na de opsluiting van de vreemdeling, wanneer zij worden voortgezet met de vereiste zorgvuldigheid en wanneer de effectieve verwijdering van deze laatste binnen een redelijke termijn nog steeds mogelijk is.

Na een verlenging kan de in het voorgaande lid bedoelde beslissing enkel door de Minister genomen worden.

Na 5[vijf] maanden te zijn opgesloten, moet de vreemdeling in vrijheid worden gesteld.

In de gevallen waarin dit noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid, kan de opsluiting van de vreemdeling, na het verstrijken van de termijn bedoeld in vorig lid, telkens verlengd worden met één maand, zonder dat de totale duur van de opsluiting daardoor evenwel meer dan acht maanden mag bedragen.”

2.4. Van een gebonden bevoegdheid is sprake “wanneer er in hoofde van de overheid een juridische verplichting bestaat die voorspuit uit een norm van het objectief recht die de overheid geen keuze laat om over die toepassing van die norm in het concrete geval te beslissing” (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Wolters Kluwer, Mechelen, 2014, nr. 1057).

Daargelaten of de vermelding in voormeld artikel 7 “onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag” op zich van het bestuur reeds geen appreciatie vraagt die een gebonden bevoegdheid uitsluit, dient het volgende te worden opgemerkt.

Het woordje “moet” in voormeld artikel 7 sluit niet uit dat het bestuur bij het toepassen van deze bepaling nog een beoordeling maakt. Zo bepaalt dit artikel zelf reeds dat het bevel om het grondgebied te verlaten een bepaalde termijn bevat. Zolang deze termijn voor vrijwillig vertrek nog loopt, is de betrokken vreemdeling beschermd tegen gedwongen verwijdering (artikel 74/14, §2, van de Vreemdelingenwet). Deze termijn bepaalt wanneer het bevel uitvoerbaar wordt en maakt er aldus onlosmakelijk deel van uit. Het bestuur kan, in toepassing van artikel 74/14, §§ 1 en 3 van de Vreemdelingenwet, de duur van deze termijn bepalen. Het gaat daarbij alleszins niet om een volledige gebonden bevoegdheid waarbij de overheid helemaal niets meer hoeft te appreciëren. (zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, o.c., nr. 1060)

Daarnaast bepaalt artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet dat bij het nemen van een beslissing tot verwijdering, de minister of zijn gemachtigde rekening houdt met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Ook uit deze bepaling blijkt dat de minister of zijn gemachtigde bij de afgifte van het bevel in concreto dient te beoordelen of er elementen zijn die de afgifte van het bevel verhinderen, en dit uit hoofde van een norm in de Vreemdelingenwet zelf. Verder laat geen enkele bepaling uit de Vreemdelingenwet toe te besluiten dat wat betreft de toepassing van artikel 74/13 een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gevallen waarin een bevel “moet” worden afgegeven (art. 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° en 12°) en de gevallen waarin een bevel “kan” worden afgegeven (art. 7, eerste lid, 3°, 4°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°). Ook hieruit volgt dat het bestuur de situatie in concreto dient te appreciëren, wat een gebonden bevoegdheid lijkt uit te sluiten.

In zijn arresten 231 443 en 231 444 van 4 juni 2015 oordeelde de Raad van State dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen terecht had gesteld “*que la compétence de la partie requérante n'était pas entièrement liée et que l'exception d'irrecevabilité qu'elle avait soulevée, n'était pas fondée.*” [dat de bevoegdheid van de verzoekende partij (in cassatie) niet geheel gebonden was en dat de exceptie van onontvankelijkheid niet gegrond was]. Ook in zijn arrest 231.762 van 26 juni 2015 oordeelde de Raad van State dat de bevoegdheid ex artikel 7, eerste lid, 1°, van de Vreemdelingenwet niet geheel gebonden was, aangezien de verwerende partij kan afzien van de afgifte van een bevel wanneer dit de grondrechten van de betrokken vreemdeling zou miskennen. Zulks kan niet enkel blijken wanneer een “hogere” norm wordt aangevoerd, doch ook onder meer uit artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, dat de omzetting in het nationale recht vormt 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 beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten is geen antwoord op enige verblijfsaanvraag, zodat het bestuur zich er wel degelijk van kan onthouden een bevel af te geven.

Uit voorgaande blijkt duidelijk dat voor de totstandkoming van het bestreden bevel steeds een concrete beoordeling en appreciatie vereist is, zodat, al is de appreciatie in de gevallen gevisieerd bij artikel 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° en 12° niet zo ruim als in de overige gevallen, deze in wezen discretionair is (cf. RvS (Algemene Vergadering) 2 april 2009, nr. 192.198, overwegingen 18-19)

Daarenboven moet er op worden gewezen dat de Raad in het kader van de materiële motiveringsplicht steeds kan nagaan of de motieven van het bestreden besluit steunen op werkelijke bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De Raad kan daarbij nagaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan (RvS 13 september 2010, nr. 207.325). Mocht in een dergelijk geval de exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens gemis aan belang met goed gevolg kunnen worden opgeworpen omdat in de middelen andere rechtsnormen werden aangevoerd dan de genoemde “meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag”, zo bijvoorbeeld de schending van de grondvoorwaarden voor de toepassing van artikel 7 zelf, of de materiële motieven die aan de beslissing ten grondslag liggen, zou daaruit noodzakelijkerwijze voortvloeien dat een verwijderingsmaatregel zou

kunnen worden genomen op grond van onjuiste vaststellingen, of in strijd met wettelijke normen, uitvoeringsbepalingen of algemene rechtsbeginselen, zonder dat daartegen met goed gevolg een annulatieberoep kan worden ingesteld, en dit wegens een tekortkoming van het bestuur zelf (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, o.c., nr. 1164; RvS 5 februari 1973, nr. 15.699; RvS 21 mei 1975, nr. 17.032). Er kan in geen geval worden voorgehouden dat een verzoekende partij geen belang zou hebben bij het annulatieberoep wanneer wordt aangevoerd dat het bevel om het grondgebied te verlaten is aangetast door een interne onwettigheid, precies omdat het onderzoek van die onwettigheid de grond van de zaak raakt en het bestuur na een eventuele vernietiging zal dienen rekening te houden met de vastgestelde onwettigheid.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat een bevel om het grondgebied te verlaten als dusdanig geen antwoord is op enige verblijfsaanvraag en dat de verwerende partij zich om de redenen hoger uiteengezet ervan onthouden een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven. De afgifte van een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten vereist aldus in elk geval een beoordeling van verzoeksters situatie, onder meer in het licht van de belangen vernoemd in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet. Er kan aldus niet worden voorgehouden dat zonder meer en automatisch een nieuw bevel zal moeten worden afgegeven. Verzoekster heeft wel degelijk belang bij het verdwijnen van het bestreden bevel uit het rechtsverkeer.

De opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid van het beroep, in zoverre gericht tegen het bestreden bevel, wegens gebrek aan belang wordt derhalve verworpen.

3. Onderzoek van het beroep aangaande de eerste bestreden beslissing waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk wordt verklaard

3.1. In een enig middel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 9bis en 62 van de Vreemdelingenwet, van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het EVRM), van artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel. Het middel wordt als volgt toegelicht:

9.1.

De bestreden beslissing is genomen in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. Artikel 9bis, § 1, eerste lid van de Vreemdelingenwet luidt als volgt: "In buitengewone omstandigheden en op voorwaarde dat de vreemdeling over een identiteitsdocument beschikt, kan de machtiging tot verblijf worden aangevraagd bij de burgemeester van de plaats waar hij verblijft. Deze maakt ze over aan de minister of aan diens gemachtigde. Indien de minister of diens gemachtigde de machtiging tot verblijf toékent, zal de machtiging tot verblijf in België worden afgegeven. "

Artikel 9bis §2 geeft daarenboven een limitatieve opsomming van omstandigheden, die niet onder de noemer "buitengewone omstandigheden kunnen vallen:

§ 2. Onverminderd de andere elementen van de aanvraag, kunnen niet aanvaard worden als buitengewone omstandigheden en worden onontvankelijk verklaard :

1° elementen die reeds aangehaald werden ter ondersteuning van een asielaanvraag in de zin van de artikelen 50, 50bis, 50ter en 51 en die verworpen werden door de asiendiensten, met uitzondering van elementen die verworpen werden omdat ze vreemd zijn aan de criteria van de Conventie van Genève, zoals bepaald in artikel 48/3, en aan de criteria voorzien in artikel 48/4 met betrekking tot de subsidiaire bescherming of omdat de beoordeling ervan niet behoort tot de bevoegdheid van die instanties;

2° elementen die in de loop van de procédure ter behandeling van de asielaanvraag in de zin van artikel 50, 50bis, 50ter en 51 hadden moeten worden ingeroepen, aangezien zij reeds bestonden en gekend waren voor het einde van deze procédure;

3° elementen die reeds ingeroepen werden bij een vorige aanvraag tot het bekomen van een machtiging tot verblijf in het Rijk;

4° elementen die ingeroepen werden in het kader van een aanvraag tot het bekomen van een machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter.

Uit deze wetsbepaling moet worden afgeleid dat de bevoegde minister of staatssecretaris over een discretionaire bevoegdheid beschikt over het al dan niet toekennen van een verblijfsmachtiging.

9.2.

Verweerster stelt ten onrechte dat de aangehaalde redenen niet als buitengewone omstandigheden kunnen beschouwd worden.

Verzoekster verliet Pakistan in 2010 en kwam Engeland binnen met een visum verkregen in Abu Dhabi, op datum van 08.2010. Zij had een MBA behaald in Pakistan en hoopte op een goede job en een betere toekomst in Engeland. Zij had sinds 2008 terug contact opgenomen met haar jeugdvriend de heer K.I., thans haar echtgenoot, en ze mailden regelmatig.

Gezien de goede verstandhouding die zich ontwikkelde tussen hen beslisten ze om in het huwelijk te treden en verzoekster sprak af met de heer K om samen te gaan wonen in Antwerpen.

Met dat doel voor ogen reist ze van uit Engeland naar Nederland met een C-visum op 08.10.2011. Hier verblijft ze eerst bij haar neef die de zaken regelt voor het religieus huwelijk met de heer K.I..

Samen met haar man de heer K reist ze dan op 10.10.2011 naar België waar ze de procédure om zich te laten inschrijven op de gemeente Antwerpen opstart. Beiden doen ook aangifte van hun voorgenomen huwelijk.

Het huwelijk wordt echter geweigerd op datum van 16.02.2012. Tegen deze beslissing tekenen ze geen beroep aan.

Ondertussen was verzoekster ook zwanger en de bevalling werd voorzien in februari 2013.

Verzoekster diende aldus op 6.08.2012 een aanvraag tot machtiging van verblijf in op basis van art. 9bis Vw.

Verzoekster en de heer K. hebben hierop eveneens, gezien de omstandigheden en hun duurzame relatie een nieuwe huwelijksaangifte ingediend, waarna zij de toestemming verkregen om te huwen, hetwelke geschiedde te Antwerpen op 20 oktober 2012.

Op 15.02.2013 werd bij de Dienst Vreemdelingenzaken van de Stad Antwerpen een aanvraag machtiging van verblijf gedaan op basis van art. 12bis §1, 3° Vw. Tot op heden echter nog steeds zonder enige beslissing ter zake.

Verzoekster woont inmiddels al enkele jaren ononderbroken in België, heeft de toelating verkregen om hier te mogen huwen en is hier eveneens op 18.02.2013 bevallen van haar eerste kindje.

Artikel 9bis Vw geeft de mogelijkheid aan verzoekster om een aanvraag tot machtiging verblijf in te dienen vanuit haar verblijfplaats in België, in geval van buitengewone omstandigheden in hoofde van verzoekster die haar verhinderen deze aanvraag te doen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor de woonplaats of de verblijfplaats in het buitenland.

De wetgever heeft nergens in de Vreemdelingenwet een definitie gegeven over wat men onder "buitengewone omstandigheden" dient te begrijpen. Het betreft dus een feitenkwestie en een verplichting van verweerster om in alle redelijkheid aan te geven waarom de elementen die door verzoekster als buitengewone omstandigheden worden uiteengezet in haar verzoek tot machtiging tot verblijf, volgens verweerster niet als 'buitengewone omstandigheden' kunnen worden aanvaard, hierbij rekening houdende met de concrete omstandigheden eigen aan de zaak.

In haar verzoekschrift heeft verzoekster duidelijk uiteengezet met welke moeilijke omstandigheden zij geconfronteerd zal worden indien zij nu naar Pakistan zou terugkeren, waar zij overigens meer dan zes maanden zou moeten verblijven om haar visum aan te vragen en te bekomen.

Verzoekster heeft aangehaald dat zij enerzijds met de heer K wenste te huwen en hiertoe een (tweede) huwelijksaangifte zou indienen en anderzijds dat zij in verwachting was van hun eerste kindje, zodat zij alleszins niet in de mogelijkheid verkeerde om te reizen en dat er bovendien na de geboorte van het kind onmogelijk een scheiding van het kind kan worden bewerkstelligd met één van de ouders.

9.3.

Verweerster stelt dat verzoekster en de heer K, hangende de procédure reeds gehuwd zijn en dat een verwijzing naar de Omzendbrief dd. 13.09.2005 aldus niet meer kan worden weerhouden.

Voorts stelt verweerster dat, ongeacht de geboorte van een kind, de verplichting om terug te keren naar het land van herkomst voor verzoekster slechts een tijdelijke verwijdering van het grondgebied betekent en dat dit bovendien geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich zou meebrengen, quod certe non!

Verweerster houdt er op geen enkel ogenblik rekening mee dat dit gegeven nog meer verzwarende omstandigheden meebrengt voor verzoekster en haar gezin.

Het kindje van verzoekster en de heer K is amper één jaar oud. Het is zowel psychologisch als economisch onmogelijk voor verzoekster om haar gezin hier te moeten achterlaten.

Het kind van verzoekster is nog volstrekt afhankelijk van haar moeder. Bovendien is verzoekster en het kind financieel afhankelijk van de heer K.

Het één en ander zorgt ontegensprekelijk voor een patstelling, nu het kind onmogelijk onder de hoede van haar vader in België kan achterblijven en alzo gescheiden zou worden van haar moeder van wie zij volledig afhankelijk is. Bovendien is de heer K niet in de mogelijkheid om enerzijds de financiële last van zichzelf (en desgevallend de financiële en verzorgende "last" van het kindje) en anderzijds die van zijn echtgenote tijdens haar verblijf in Pakistan, tegelijkertijd te dragen.

Bovendien zou een eventuele terugkeer van verzoekster mét haar kindje een scheiding van de heer K met zijn dochter teweeg brengen.

Verweerster heeft op geen enkel ogenblik met deze omstandigheden rekening gehouden, en deze evenmin beantwoordt in de bestreden beslissing, hoewel deze nochtans uitdrukkelijk werden aangehaald.

"In het kader van een aanvraag voor een machtiging tot verblijf die werd ingediend op grond van art. 9, 3e lid, nu 9bis vreemdelingenwet, maakt de beoordeling van de 'uitzonderlijke omstandigheden' waarnaar deze bepaling verwijst een doorslaggevende fase uit van het onderzoek van de aanvraag, vermits de ontvankelijkheid ervan in België daarvan rechtstreeks afhankelijk is, in afwijking van de algemene regel van indiening in het land van herkomst of van verblijf van de vreemdeling, en dit ongeacht welke voor het overige de redenen kunnen zijn waarvoor het verblijf wordt aangevraagd.

De formele motiveringsplicht houdt slechts de verplichting in om verzoekster te informeren over de redenen die doorslaggevend zijn geweest voor de bestreden akte, onder voorbehoud echter dat de motivering, al was het maar op impliciete maar zekere wijze, de essentiële argumenten van de betrokkene beantwoordt." (Raad Vreemdelingenbetwistingen nr. 21.532, 16 januari 2009 Rev.dr.étr. 2009, afl. 152,59.)

9.4.

Het weze herhaald dat een mogelijke scheiding van het kind, al was het maar tijdelijk (zoals verweerster tracht voor te houden), met één van diens ouders ontegensprekelijk een buitengewone omstandigheid uitmaakt. Hier anders over beslissen zou een schending uitmaken van art. 8 EVRM.

"Volgens artikel 8 E.V.R.M. is geen inmenging toegestaan van een openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven dan voor zover deze inmenging bij wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De verplichting om terug te keren naar haar land van oorsprong om er een verblijfsvergunning te gaan halen is in strijd met het voornoemde art. 8 E.V.R.M. als deze tot gevolg zou hebben dat zonder een rechtvaardiging conform het Verdrag, een minderjarig kind van haar moeder gescheiden zou worden (het kind van 22 maanden is afhankelijk van de zorgen van de moeder). Het vertrek van de moeder brengt de schending van artikel 8 E.V.R.M. mee." (R.v.St. nr. 128.020, 10 februari 2004 J. Dr. Jeun. 2004, afl. 234, 35 en Rev.dr.étr. 2004, afl. 127, 34.)

"Door te aanvaarden dat de bescherming van art. 8 EVRM zich kan uitstrekken tot uitzonderlijke gevallen, waarbij deze bescherming verzoekster echter zonder enige verdere uitleg wordt geweigerd en dit, terwijl laatstgenoemde op omstandige wijze heeft uitgelegd welke bijzondere banden zij sinds haar geboorte heeft met haar voogd, gestaafd door Marokkaanse vonnissen waaruit blijkt dat de Kafala kan worden vergeleken met een vorm van adoptie of dat dit op zijn minst in ieder geval een nauwe band aantoonst tussen de protagonisten die vergelijkbaar is met een familieband, is de verwerende partij tekortgekomen aan haar formele motiveringsplicht en heeft zij kennelijk niet getracht een evenwicht te bewerkstelligen tussen het beoogde doel en de ernst van de aantasting van het recht van verzoekster op de eerbiediging van haar privéleven.

Bijgevolg is het middel, in zoverre het is afgeleid uit de kennelijke beoordelingsfout, de schending van de art. 2 en 3 wet motivering bestuurshandelingen en de schending van art. 8 EVRM, gegrond." (Raad Vreemdelingenbetwistingen nr. 21.532, 16 januari 2009 Rev.dr.étr. 2009, afl. 152,59.)

Een scheiding van het kind met één van de ouders is dan ook volstrekt onaanvaardbaar en dient derhalve te besluiten dat er wel degelijk sprake is van buitengewone omstandigheden in hoofde van verzoekster.

Het is juist om die redenen dat verzoekster zich in eerste instantie beroepen heeft op artikel 9bis Vreemdelingenwet, omdat haar persoonlijke -en gezinssituatie het eenvoudigweg niet toelaten dat zij haar aanvraag vanuit het land van herkomst indient.

Artikel 8 EVRM waarborgt immers het recht op privéleven, familie- en gezinsleven.

"Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie."

Krachtens artikel 8 EVRM heeft verzoekster aldus recht op de eerbiediging van haar privéleven en gezinsleven.

De inmenging door de overheid m.b.t de uitoefening van dit recht op gezins- en privéleven is slechts toegestaan indien dit bepaald is bij de wet en in een democratische samenleving nodig is in het belang van de veiligheid van het land, de openbare veiligheid, het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen . (DENYS, L., Overzicht van het Vreemdelingenrecht, p. 435 UGA, 2013).

Verzoekster verwijst naar de overvloedige rechtspraak opgenomen in het hierboven vermelde werk, waaruit blijkt dat "het recht op gezinsleven van de aanvragen een buitengewone omstandigheid kan uitmaken in de zin van artikel 9bis Vw (DENYS, Luc, o.c. p. 432).

In eerste instantie dient te worden vastgesteld dat verzoekster wel degelijk een privé- en een gezinsleven heeft in België.

In het feitenrelaas werd de familiale toestand van verzoekster duidelijk gemaakt.

Het weze herhaald dat verzoekster en haar echtgenoot de toelating hebben verkregen om in België te huwen, hetgeen geschiedde op 20 oktober 2012.

Bovendien hebben zij beiden een kindje samen, hetwelke op 18.02.2013 werd geboren.

Gelet op dit gegeven staat vast dat er sprake is van een privé- en gezinslevens in België in hoofde van verzoekster.

Aan de eerste voorwaarde is voldaan.

Vervolgens dient te worden onderzocht of er inmenging is in het gezinsleven van verzoekster. De rechtspraak maakt het onderscheid tussen de vreemdeling die voor de eerste keer verblijf aanvraagt in België en de vreemdeling die al een lang verblijf heeft en gedwongen verwijderd wordt.

In casu is de situatie zoals ze zich thans voordoet niet zo zwart - wit.

Het weze herhaald dat verzoekster en haar echtgenoot de toelating verkregen hebben om in België te huwen.

Verzoekster en haar echtgenoot hebben hiervoor tot tweemaal toe een onderzoek schijnhuwelijk moeten ondergaan en hebben dit uiteindelijk met glans doorstaan.

In casu kan dan ook onmogelijk worden betwist dat de Belgische overheden expliciet erkennen dat verzoekster en haar echtgenoot een effectief gezin vormen, nu zij hen zelf de toelating hebben verleend om conform de Belgische bepalingen van het Burgerlijk Wetboek een huwelijk te sluiten en dus een duurzame levensgemeenschap te vormen.

In casu kan dan ook onmogelijk anders worden beweerd dan dat er voor de Belgische overheid ook een positieve verplichting bestaat om ervoor te zorgen dat het privé-leven van verzoekster wordt gewaarborgd, zoals voorgeschreven door artikel 8 EVRM en toe te staan dat verzoekster op het grondgebied mag verblijven.

Gelet op de langdurige wachttijd voor de aanvraag van een visum, gecombineerd met een langdurige scheiding van het kind van verzoekster met één van haar ouders kan er in hoofde van verzoekster dus wel degelijk een hinderpaal worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders.

Anderzijds bestaat er in hoofde van de Belgische overheid eveneens een negatieve verplichting om ervoor te zorgen dat artikel 8 van het EVRM niet wordt geschonden.

Een inmenging in het privé- en gezinsleven zou disproportioneel zijn met het nagestreefde legitieme doel, zeker nu verzoekster een recht op verblijf kan laten gelden en zij voor de Vreemdelingenwet enkel zou moeten terugkeren om een visum te gaan aanvragen.

De uitzetting voldoet dan ook niet aan een dwingende maatschappelijke behoefte, temeer daar de Vreemdelingenwet heeft voorzien in de procédure van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet om aan dit euvel te verhelpen.

M.a.w. dient de overheid af te wegen of er evenredigheid bestaat tussen de motieven van de verwijderingsmaatregel en de door die maatregel veroorzaakte ontwrichting van het gezin van de betrokken vreemdeling. (R.v.St. nr. 26.933, 25 september 1986, T. Vreemd. 1987, afl. 44,35.).

Voor wat betreft de noodzakelijkheid in een democratische samenleving van een verwijderingsmaatregel, dient er bovendien een toetsing te gebeuren aan de hand van de zogenaamde Boultif-criteria, "guiding principles" die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert bij het onderzoek van dergelijke beslissing.

(EHRM 2 augustus 2001, zaak 54273 Boultif t/ Zwitserland, zie ook: EHRM 18 oktober 2006, zaak 46410/99 Üner t/ Nederland; EHRM 23 juni 2008, zaak 1638/03 Maslov t/ Oostenrijk;...).

Volgende criteria dienen aldus in overweging genomen:

- de aard en de ernst van de criminele inbreuken: NVT
- de duur van het verblijf van de betrokkene in het land waar zij het bevel heeft gekregen om het grondgebied te verlaten: 3 jaar
- de tijdspanne tussen het ogenblik van de feiten en de betrokkene haar gedrag sedertdien:
 1. de gezinstoestand van de betrokkene: gehuwd mét een kind van amper één jaar oud
 2. De vraag of de partner kennis had van het misdrijf op het ogenblik dat het gezinsleven een aanvang nam: NVT
 3. De vraag of uit het huwelijk kinderen zijn geboren: JA
 4. De ernst van de moeilijkheden die de partner zou ondervinden in het land waarnaar betrokkene wordt uitgewezen: zie infra
 5. De nationaliteit van de verschillende betrokken personen: Pakistaans
 6. Het belang en het welzijn van de kinderen: zie infra

7. De hechtheid van de sociale, culturele en familiale banden met het gastland en met het land van bestemming: geen enkele band meer met Pakistan, socio- economische belangen gevestigd in België

8. In voorkomend geval bijzondere omstandigheden van de zaak,
 Het komt aldus aan het bestuur toe om een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan het kennis heeft of zou moeten hebben.
 Verzoekster verwijst naar de feitelijke situatie zoals omschreven en vervat in het huidige verzoekschrift en de initiële aanvraag, dewelke door verweerster niet afdoende werd onderzocht.
 De relatie tussen ouder en kind is ontegensprekelijk van essentieel belang, en de verbreking ervan brengt ernstig nadelige gevolgen met zich mee. Kinderen moeten in de meest gunstige omstandigheden kunnen opgroeien, omringd door beide ouders.
 Verzoekster heeft niet in het minst de intentie om via deze weg de Vreemdelingenwet te omzeilen. Zij voldoet bovendien aan alle voorwaarden van artikel 10 Vw om verblijfs gemachtigd te worden in het Rijk. Dit element alleen moest verweerster toelaten te zien dat verzoekster wel degelijk geconfronteerd is met buitengewone omstandigheden en dat zij niet in de mogelijkheid is deze aanvraag vanuit het herkomst land in te dienen.
 Het is voor de gevallen als die van verzoekster dat de wetgever in de wet voorzien heeft om de machtiging tot verblijf vanuit België mogelijk te maken.

9.5.
 Het is bovendien ook om die reden dat verzoekster eveneens bij de Dienst Vreemdelingen zaken van de Stad Antwerpen op 15.02.2013 een aanvraag heeft ingediend op basis van art. 12bis §1,3° Vreemdelingenwet.
 Verzoekster mocht hierop na bijna één jaar nog steeds geen antwoord ontvangen, hoewel de art. 5.4 van de Richtlijn 2003/86/EG uitdrukkelijk bepaalt:
 Zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk negen maanden na de datum van indiening van een verzoek, stéllen de bevoegde instanties van de lidstaat de persoon die het verzoek heeft ingediend, schriftelijk in kennis van de ten aanzien van hem genomen beslissing.
 Gelet op de bepalingen van bovengenoemde Richtlijn staat vast dat de redelijke termijn van de behandeling van deze aanvraag eveneens ruimschoots is overschreden.

Besluit:
 Verweerster geeft in haar motivatie geen enkele blijk rekening te hebben gehouden met de concrete omstandigheden waarin verzoekster in het Rijk verblijft, met name de financiële afhankelijkheid van haar echtgenoot en het feit dat zij moeder is van een verblijfs gerechtigd kind van amper één jaar oud.
 Het is onredelijk van verweerster om van verzoekster te verwachten dat zij in die omstandigheden, louter omwille van het vervullen van de formaliteit, naar haar land van herkomst moet terugkeren om haar aanvraag van daaruit in te dienen.
 De bestreden beslissing is niet concreet gemotiveerd en schendt daarenboven het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.
 Dat verweerster in haar motivering daarenboven ook geen enkele blijk geeft van het feit dat zij zou hebben onderzocht of verzoekster zich al dan niet in 'buitengewone omstandigheden' bevindt met betrekking tot haar verblijf in het Rijk.
 Het is immers onaanvaardbaar om de Vreemdelingenwet juncto art. 8 EVRM zodanig te interpreteren, dat zij overduidelijk en enkel en alleen de bedoeling heeft verzoekster uit te sluiten van het voordeel van een machtiging tot verblijf aangevraagd vanuit het Rijk. Verweerster heeft immers geen enkele rekening gehouden met het ouderschap van verzoekster en haar echtgenoot en het feit het kind zeer jong is en de zorg van zijn vader én moeder behoeft.
 De "motivering" van de bestreden beslissing beperkt zich louter tot de vaststelling dat de Omzendbrief dd. 13.09.2005 niet meer kan worden ingeroepen en dat de verwijdering van het grondgebied in hoofde van verzoekster slechts "tijdelijk" zou zijn, zonder enige toelichting of concrete toetsing aan de reële situatie.
 Dergelijke motivering voldoet niet aan de materiële motiveringsverplichting.
 De bestreden beslissing maakt aldus eveneens een schending uit van art. 9bis juncto art. 62 Vw, en artt. 2 en 3 van de Wet Motivering Bestuurshandelingen.
 Bovendien houdt een verwijdering van verzoekster van het grondgebied, om de bovenvermelde redenen eveneens een schending van art. 8 EVRM in, daar dergelijke verwijdering ontegensprekelijk een scheiding van het kind met één van zijn ouders zou teweeg brengen.
 Om deze redenen dient de bestreden beslissing te worden vernietigd.
 Dat wat betreft de tweede beslissing aangezien dit het gevolg is van de eerste bestreden beslissing dient te worden verwezen naar het adagium *accessorium sequitur principale* (bijzaak volgt hoofdzaak).
 Gelet op aangewende middelen zijn de bestreden beslissingen dan ook nietig en dienen deze dan ook te worden vernietigd."

3.2. De verwerende partij repliceert in haar nota met opmerkingen als volgt:

"De verzoekende partij acht de voormelde rechtsregels geschonden, doordat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding heeft geoordeeld dat geen buitengewone omstandigheden worden aangetoond.

De verzoekende partij verwijst naar haar kind en de financiële afhankelijkheid van van de vader.

De verwerende partij merkt op dat de motieven van de bestreden beslissing op eenvoudige wijze in die beslissing kunnen gelezen worden zodat de verzoekende partij er kennis van heeft kunnen nemen en heeft kunnen nagaan of het zin heeft de bestreden beslissing aan te vechten met de beroepsmogelijkheden waarover zij in rechte beschikt. Daarmee is aan de voornaamste doelstelling van de formele motiveringsplicht voldaan (RvS 31 oktober 2006, nr. 164.298; RvS 5 februari 2007, nr. 167.477).

In antwoord op de verzoekende partij haar concrete kritiek die de inhoud van de motivering betreft, laat de verwerende partij gelden dat verzoekers hun beschouwingen falen in rechte en in feite.

De verwerende partij merkt op dat uit de motieven van de bestreden beslissing -die hier als hernomen kunnen worden beschouwd- afdoende blijkt dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding na grondig en zorgvuldig onderzoek verzoekers' aanvraag tot verblijfsmachtiging overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk heeft verklaard.

In casu heeft de gemachtigde inderdaad geheel terecht, binnen zijn discretionaire bevoegdheid-, beslist dat de door de verzoekende partij aangehaalde elementen, in deze zaak niet verantwoorden dat de verzoekende partij haar aanvraag tot verblijfsmachtiging in België indient, en niet via de reguliere procedure in het land van herkomst. Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt duidelijk op welke gronden de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding heeft geoordeeld dat de verzoekende partij haar aanvraag tot verblijfsmachtiging onontvankelijk diende te worden verklaard, met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

De verzoekende partij voert aan dat de mogelijke scheiding tussen moeder en kind een schending betekent van artikel 8 EVRM.

Artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

"1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondent.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. "

De verzoekende partij dient in de eerste plaats het bestaan van een beschermenswaardige relatie te bewijzen, wanneer zij zich beroept op art. 8 EVRM.

"Het begrip 'gezinsleven' in het voormeld artikel 8, lid 1 van het EVRM is een autonoom begrip dat onafhankelijk van het nationaal recht dient te worden geïnterpreteerd. Om zich dienstig te kunnen beroepen op artikel 8 van het EVRM dient verzoeker te vallen onder het toepassingsgebied van artikel 8 lid 1 van het EVRM. Er moet in casu nagegaan worden of er daadwerkelijk sprake is van een familie- of gezinsleven in de betekenis van artikel 8 van het EVRM (EHRM, Gùl t. Zwitserland, 19 februari 1996). De vreemdeling dient in zijn aanvraag ten aanzien van het bestuur en ten laatste voor deze tot zijn beslissing komt aannemelijk te maken dat hij een feitelijk gezin vormt met een Belg of een vreemdeling met legaal verblijf in België. Er moet sprake zijn van een effectiefbeleefde gezinssituatie of van een voldoende hechte relatie tussen de vreemdeling en zijn familie. " (R.v.V. nr. 48.465 dd. 23.09.2010)

"Wanneer verzoekster een schending van artikel 8 EVRM aanvoert, is het in de eerste plaats haar taak om, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, op voldoende precieze wijze het bestaan van het door haar ingeroepen privéleven en familie- en gezinsleven aan te tonen, alsook de wijze waarop de bestreden beslissing dit heeft geschonden. " (R.v.V. nr. 107.498 dd. 29.07.2013)

Verweerder laat gelden dat in casu geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM dient te gebeuren.

Immers heeft de verzoekende partij voor de eerste keer om toelating verzocht en betreft de bestreden beslissing geen weigering van een voortgezet verblijf.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna afgekort EHRM) is van oordeel dat er geen inmenging is en derhalve geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM dient te gebeuren indien het om een eerste toelating gaat.

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).

"Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeien te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM. "

(zie onder andere R.v.V. nr. 71 430 van 7 december 2011)

In casu toont de verzoekende partij niet aan dat zij het voorgehouden gezinsleven niet elders kan leiden.

"Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeien te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM.

Verzoekende partij toont met het loutere betoog dat haar verloofde 'omwille van persoonlijke redenen onmogelijk naar Turkije kan' niet aan dat er ernstige hinderpalen zijn die haar beletten om met haar verloofde Y.A. in haar land van herkomst te ver blijven en maakt evenmin aannemelijk dat zij enkel in België met haar [verloofde] kan samenleven. De Raad wijst erop dat het aan verzoekende partij en haar (toekomstige) partner toekomt aan de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een eigen inkleuring te geven, waarbij de partner van verzoekende partij haar zou kunnen vergezellen naar haar land van herkomst; in casu Turkije. Het is immers inherent aan een grensoverschrijdende relatie dat één van beide partners, indien men een gezinsleven wenst uit te bouwen, de verankering in zijn land van herkomst of legaal verblijf in grote mate verliest. Verzoekende partij toont op generlei wijze aan waarom haar partner in de volstreekte onmogelijkheid zou zijn samen met haar een gezinsleven in Turkije uit te bouwen. Deze elementen laten prima facie toe te besluiten dat er geen positieve verplichting lijkt te bestaan in hoofde van de Belgische overheid en er geen onoverkomelijke hinderpalen lijken te zijn om het gezinsleven elders verder te zetten. " (R.v.V. nr. 93.229 dd. 10.12.2012)

"Voor zover uit hun betoog blijkt dat verzoekers artikel 8 EVRM geschonden achten, dient de Raad vast te stellen dat de bestreden beslissing geldt voor het hele gezin en dan ook niet kan ingezien worden hoe de bestreden beslissing 'het gezin van verzoekers-ontwricht'. " (R.v.V. nr. 110.110 dd. 19.09.2013)

De verzoekende partij toont niet aan dat haar kind haar niet tijdelijk kan vergezellen naar het land van herkomst.

Aldus kan de opgeworpen schending van artikel 8 EVRM niet worden aangenomen.

Voorts, en dit geheel ten overvloede merkt de verweerder op dat het EHRM inzake immigratie er bij diverse gelegenheden aan heeft herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hii 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). De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).

Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. . 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).

Bovendien werd reeds geoordeeld dat een tijdelijke verwijdering om reden dat de -vreemdeling niet in het bezit is van die documenten geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.)

De verzoekende partij dient in de eerste plaats beroep te doen op de wettelijke mogelijkheid van gezinshereniging.

"In de beslissing van 6 augustus 2013 betreffende de aanvraag om machtiging tot verblijf wijst verweerder op de geëigende procedure voor gezinshereniging. De verzoekende partij heeft geen gebruik gemaakt van deze procédure. Gelet op de wettelijke procédures die openstaat voor de verzoekende partijen waarvan zij gebruik kan maken, kan in dit geval en op dit moment bezwaarlijk worden gesteld dat er in hoofde van verweerder een positieve verplichting bestaat om verzoekers 'recht op gezinsleven te handhaven. Verzoekende partij dient eerst zelf gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheden die voor haar openstaan, vooraleer de staat ertoe verplicht kan worden om verzoekers' recht op gezinsleven te beschermen. " (R.V.Y. nr. 115.073 dd. 05.12.2013)

Zij houdt voor dat zij op 15.02.2013 een aanvraag heeft ingediend o.g.v. artikel 12 bis, §1, 3° van de Vreemdelingenwet.

Terwijl, in het administratief dossier geen spoor terug te vinden is van een aanvraag gezinshereniging o.g.v. de artikelen 10 en 12 bis van de Vreemdelingenwet.

Geheel ten overvloede laat de verwerende partij gelden dat de niet noodzakelijk definitieve verwijdering van het grondgebied van verzoekster geen verboden inmenging in de uitoefening door-deze laatste van hun recht op privé- en gezinsleven in. de zin van dit verdragsartikel.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens neemt inderdaad aan dat uit art. 8 EVRM niet kan worden afgeleid dat één vreemdeling er een staat toe kan verplichten om hem op zijn grondgebied te gedogen door het enkele feit te opteren voor een levensgezel die. op dat grondgebied vermag te verblijven (cf. VAN DE PUTTE, M., "Straatsburg gaat vreemd. De vreemdeling in de jurisprudentie van de Straatsburgse organen", T. V.R. 1994, (3), 12).

Het is de verwerende partij toegelaten wetsontduiking tegen te gaan, en daartoe de nodige maatregelen te nemen.

Bovendien werd reeds geoordeeld dat een mogelijke toepassing van art. 8 EVRM de betrokken vreemdeling niet vrijstelt van het verkrijgen van de vereiste documenten om het Rijk binnen te komen, en dat een tijdelijke verwijdering om reden dat hij niet in het bezit is van die documenten dan ook geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.)

Het enig middel van de verzoekende partij kan niet worden aangenomen."

3.3. Artikel 9bis, § 1 van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

"§1. In buitengewone omstandigheden en op voorwaarde dat de vreemdeling over een identiteitsdocument beschikt, kan de machtiging tot verblijf worden aangevraagd bij de burgemeester van de plaats waar zij verblijft. Deze maakt ze over aan de minister of aan diens gemachtigde. Indien de minister of diens gemachtigde de machtiging tot verblijf toekent, zal de machtiging tot verblijf in België worden afgegeven."

Voormelde bepaling voorziet in een uitzondering op de regel die is vervat in artikel 9 van de Vreemdelingenwet en die bepaalt dat een vreemdeling een machtiging om langer dan drie maanden in het Rijk te verblijven, moet aanvragen bij de Belgische diplomatieke of consulaire post die bevoegd is voor zijn verblijfplaats of zijn plaats van oponthoud in het buitenland.

Overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet kan een vreemdeling, die over een identiteitsdocument beschikt of vrijgesteld is van deze voorwaarde, enkel indien buitengewone omstandigheden dit rechtvaardigen een aanvraag om tot een verblijf te worden gemachtigd indienen bij de burgemeester van zijn verblijfplaats in België. Buitengewone omstandigheden, in de zin van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, zijn omstandigheden die het voor een vreemdeling zeer moeilijk of zelfs onmogelijk maken om een beroep te doen op de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire post.

De toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet houdt met andere woorden een dubbel onderzoek in:

1. wat de regelmatigheid of de ontvankelijkheid van de aanvraag betreft: of de aanvrager over een identiteitsbewijs beschikt of vrijgesteld is van deze voorwaarde en of er aanvaardbare buitengewone omstandigheden worden ingeroepen om het niet aanvragen van de machtiging in het buitenland te rechtvaardigen; zo dergelijke buitengewone omstandigheden niet blijken voorhanden te zijn, kan de aanvraag tot het verkrijgen van een verblijfsmachtiging niet in aanmerking worden genomen;
2. wat de gegrondheid van de aanvraag betreft: of er reden is om de vreemdeling te machtigen langer dan drie maanden in het Rijk te verblijven; desbetreffend beschikt de bevoegde overheid over een ruime appreciatiebevoegdheid.

Vooraleer te onderzoeken of er voldoende grond is om een verblijfsmachtiging toe te kennen dient de gemachtigde na te gaan of de aanvraag wel regelmatig werd ingediend, te weten of de aanvrager beschikt over een identiteitsdocument of vrijgesteld is van deze verplichting en of hij aanvaardbare buitengewone omstandigheden heeft ingeroepen.

In dit kader merkt de Raad op dat de vreemdeling de plicht heeft om in zijn aanvraag klaar en duidelijk te vermelden welke de buitengewone omstandigheden zijn die hem verhinderen zijn verzoek bij de consulaire of diplomatieke dienst in het buitenland in te dienen (RvS 20 juli 2000, nr. 89.048). Uit zijn uiteenzetting dient duidelijk te blijken waarin het ingeroepen beletsel precies bestaat. De bewijslast omtrent de aanwezigheid van buitengewone omstandigheden die het onmogelijk of bijzonder moeilijk maken om de aanvraag om verblijfsmachtiging in te dienen vanuit het land van herkomst, rust dan ook op de aanvrager zelf.

De appreciatie van de feitelijke gegevens ter beoordeling van zulke buitengewone omstandigheden is in de eerste plaats een zaak van de overheid. De Raad moet enkel nagaan of de overheid deze beoordeling op in rechte en in feite aanneembare redenen heeft gesteund en de grenzen van de redelijkheid niet heeft overschreden.

In casu werd de aanvraag om machtiging tot verblijf van 10 augustus 2012 onontvankelijk verklaard, met name omdat de buitengewone omstandigheden die verzoekster heeft ingeroepen om te verantwoorden waarom zij geen aanvraag om machtiging tot voorlopig verblijf vanuit haar land van herkomst kan indienen, niet werden aanvaard of bewezen.

3.4. Uit de aanvraag van 10 augustus 2012 blijkt dat verzoekster bij het onderdeel “*Ontvankelijkheid van de aanvraag*” heeft verwezen naar haar zwangerschap en het feit dat zij in deze periode niet wil gescheiden worden van haar man. Bij brief van 2 maart 2013 werd de aanvraag van 10 augustus 2012 aangevuld. Verzoekster bracht de gemachtigde daarbij op de hoogte van het gegeven dat het kind werd geboren op 18 februari 2013 en voegde een geboorteakte toe. Voorts blijkt dat verzoekster nogmaals de buitengewone omstandigheden waarin zij zich bevindt wenste te herhalen. Verzoekster stelde daarbij:

“Gelet op de geboorte van het kind, is verzoekster niet in staat om te reizen. Zij bevindt zich immers in een prangende humanitaire situatie; haar verwijdering van het grondgebied zou in strijd zijn met de internationale mensenrechten verdragen, in het bijzonder het Internationaal kind rechten verdrag en het EVRM. Er kan van verzoekster niet verwacht worden dat zij met een pasgeboren kind haar echtgenoot en vader van het kind, haven en goed achterlaat om elders een visum aan te vragen. Zowel een scheiding van moeder met haar kind evenzo als een eventuele scheiding van vader en zijn kind zou een schending uitmaken van het Universele Verdrag inzake de Rechten van het Kind.” Verzoekster verwees vervolgens naar artikelen 3 (belang van het kind), 6, 7 en 18 van het IVRK.

Verzoekster wees er tevens op dat *“de verwijdering van verzoekster en haar kind van het grondgebied, om een visum aan te vragen een schending betekenen van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”*. Zij voegde daaraan toe: *“De relatie tussen ouder en kind is van essentieel belang, en de verbreking ervan brengt ernstige nadelige gevolgen met zich mee. Kinderen moet in de meest gunstige omstandigheden kunnen opgroeien, omringd door beide ouders.”*

Verzoekster houdt heden in haar verzoekschrift voor dat zij *“duidelijk [heeft] uiteengezet met welke moeilijke omstandigheden zij geconfronteerd zal worden indien zij nu naar Pakistan zou terugkeren, waar zij overigens meer dan zes maanden zou moeten verblijven om haar visum aan te vragen en te bekomen.”* Zij verwijst naar de *“feitelijke situatie zoals omschreven en vervat in het huidige verzoekschrift en de initiële aanvraag, dewelke door verweerster niet afdoende werd onderzocht.”* Daarbij benadrukt zij: *“De relatie tussen ouder en kind is ontegensprekelijk van essentieel belang, en de verbreking ervan brengt ernstig nadelige gevolgen met zich mee. Kinderen moeten in de meest gunstige omstandigheden kunnen opgroeien, omringd door beide ouders.”*

Verzoekster betoogt: *“Verweerster geeft in haar motivatie geen enkele blijk rekening te hebben gehouden met de concrete omstandigheden waarin verzoekster in het Rijk verblijft (...); “De bestreden beslissing is niet concreet gemotiveerd en schendt daarenboven het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel. (...) Het is immers onaanvaardbaar om de Vreemdelingenwet juncto art. 8 EVRM zodanig te interpreteren, dat zij overduidelijk en enkel en alleen de bedoeling heeft verzoekster uit te sluiten van het voordeel van een machtiging tot verblijf aangevraagd vanuit het Rijk. Verweerster heeft immers geen enkele rekening gehouden met het ouderschap van verzoekster en haar echtgenoot en het feit het kind zeer jong is en de zorg van zijn vader én moeder behoeft.”*

De "motivering" van de bestreden beslissing beperkt zich louter tot de vaststelling dat de Omzendbrief dd. 13.09.2005 niet meer kan worden ingeroepen en dat de verwijdering van het grondgebied in hoofde van verzoekster slechts "tijdelijk" zou zijn, zonder enige toelichting of concrete toetsing aan de reële situatie."

3.5. Artikel 8 van het EVRM bepaalt wat volgt:

"1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

In casu blijkt uit de bestreden beslissing noch uit het administratief dossier dat het bestaan van een gezinsleven tussen verzoekster, haar echtgenoot K. en hun gemeenschappelijk minderjarig kind wordt betwist.

In zoverre de verwerende partij in haar nota voorhoudt dat het aan verzoekster toekomt om een beschermenswaardige relatie te bewijzen, volgt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat een kind geboren binnen een huwelijk, ipso jure deel uitmaakt van dit gezin. Er ontstaat tussen kind en ouder vanaf de geboorte een band die gelijkstaat met een beschermenswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM en dit enkel en alleen door het feit van de geboorte (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije (GK), § 94). Er wordt niet betwist dat verzoekster en haar echtgenoot K. de ouders van het betrokken kind zijn. Aangezien de band tussen een ouder en een minderjarig kind slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden als verbroken zal kunnen worden beschouwd, *quod non in casu*, neemt de Raad het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven tussen verzoekster en haar minderjarig kind aan. Verder merkt de Raad op dat een relatie die voortvloeit uit een wettelijk en oprecht huwelijk onder de draagwijdte van het begrip 'gezinsleven' valt (EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 62; EHRM 21 juli 1988, Berrehab/Nederland, § 21). Noch uit de bestreden beslissing noch uit het administratief dossier blijkt dat de wettelijkheid en oprechtheid van verzoeksters huwelijk in twijfel wordt getrokken. Ook hier neemt de Raad het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven tussen verzoekster en haar echtgenoot K. aan.

3.6. De Raad herinnert eraan dat het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en privéleven niet absoluut is. De Verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun verdragsverplichtingen, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen te controleren. Het EVRM waarborgt als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling om het grondgebied van een Staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). De Verdragsstaten hebben in beginsel het recht om van vreemdelingen die een verblijfsrecht of verblijfsmachtiging wensen op hun grondgebied, te vereisen dat zij een passende aanvraag indienen in het buitenland. Staten hebben derhalve in principe geen verplichting om vreemdelingen het resultaat van de behandeling van hun aanvraag op hun grondgebied te laten afwachten (EHRM 9 oktober 2012, nr. 3391/12, Djokaba Lambi vs. Nederland, par. 81 en EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse vs. Nederland, par. 101).

Niettemin, in bepaalde gevallen kunnen verblijfsbeslissingen aanleiding geven tot een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM. Of daarvan daadwerkelijk sprake is, moet worden onderzocht in het licht van de vraag of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating tot binnenkomst en/of verblijf heeft verzocht, dan wel of het gaat om een weigering van een voortgezet verblijf.

Uit de gegevens van de bestreden beslissing en het administratief dossier blijkt dat het *in casu* een situatie van eerste toelating betreft, nu verzoekster geen bestaand verblijfsrecht of -machtiging in het Rijk wordt afgenomen, en zij op onregelmatige wijze in het Rijk verblijft. In deze stand van het geding is er dan ook geen sprake van inmenging in verzoeksters gezinsleven.

Aldus oordeelt het EHRM dat er geen toetsing geschiedt aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, zoals verzoekster ten onrechte voorhoudt.

In een situatie van eerste toelating moet eerder worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een billijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van de het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge.

De omvang van de positieve verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 106-107). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde.

Een ander belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn dat de verblijfsstatus van een van hen er toe leidt dat het voortbestaan van het gezins- en privéleven in het gastland vanaf het begin precair zou zijn. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 142).

Waar minderjarige kinderen betrokken zijn, *quod in casu*, dient tevens in het kader van de belangenafweging die artikel 8 van het EVRM vereist, het hoger belang van deze kinderen in overweging te worden genomen.

Het belang van het kind vormt de eerste overweging in de belangenafweging. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109). Het beginsel van het belang van het kind omvat twee aspecten, met name enerzijds het behouden van eenheid van het gezin en anderzijds het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136).

Bijgevolg dienen nationale beslissingsorganen steeds de uitvoerbaarheid, de haalbaarheid en de proportionaliteit van de uitwijzing van een ouder met vreemde nationaliteit te onderzoeken om daadwerkelijke bescherming te verlenen en voldoende gewicht te geven aan de belangen van de kinderen die er rechtstreeks door worden geraakt (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109).

De impact van de bestreden beslissing op de betrokken kinderen is dan ook een belangrijke overweging. Bijzondere aandacht wordt daarom besteed aan omstandigheden van de betrokken kinderen, zoals hun leeftijd, hun situatie in het gastland en het land van herkomst en de mate waarin zij afhankelijk zijn van hun ouders (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 118).

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijk procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door dit verdragsartikel worden gevrijwaard. Deze procedurele vuistregel is volgens het EHRM tevens van toepassing op situaties waar sprake is van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 68). Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 62).

3.7. De bestreden beslissing betreft een beslissing waarbij in wezen aan verzoekster wordt geweigerd om een verblijfsaanvraag in België in te dienen bij gebrek aan buitengewone omstandigheden in de zin

van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet die verhinderen dat de aanvraag in het buitenland wordt ingediend.

In het licht van wat wordt uiteengezet in punt 3.6, volgt dat een aangevoerde grief op grond van artikel 8 van het EVRM in het kader van een beslissing tot onontvankelijkheid op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, uitzonderlijk kan worden aangenomen.

Dit is het geval wanneer blijkt dat de gemachtigde bij de beoordeling van de aangevoerde buitengewone omstandigheid gegrond op de schending van het privéleven of gezinsleven bij een terugkeer naar het herkomstland ofwel 1) niet alle relevante feiten en omstandigheden kenbaar in zijn beoordeling en afweging heeft betrokken, ofwel, indien dit wel het geval is, 2) zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezins-/privéleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka v. België, § 83) en anderzijds, dat dit artikel primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210 029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing wat impliceert dat hij niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid en niet zelf een belangenafweging kan doorvoeren. (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900 en RvS 3 februari 2016, nr. 11.784 (c)).

3.8. Vooreerst stelt de Raad vast dat het motief in de bestreden beslissing, met name dat *"De overige elementen (verwijzing naar het Universele Verdrag inzake de Rechten van het Kind, verwijzing naar 8 EVRM, (...)) worden aangehaald in de gegrondheid"*, niet met de gegevens van het administratief dossier strookt. Waar verzoekster in eerste instantie in de verblijfsaanvraag van 10 augustus 2012 enkel verwees naar de bovenvermelde artikelen van het IVRK en artikel 8 van het EVRM in de toelichting bij het onderdeel *"Gegrondheid van de aanvraag"*, blijkt uit de aanvulling van 2 maart 2013, naar aanleiding van de geboorte van het kind, dat verzoekster zich tevens rechtstreeks op deze internationale normen heeft beroepen in het kader van de door haar aangevoerde buitengewone omstandigheden, dit is de ontvankelijkheid van de aanvraag.

In het licht van dit gegeven, zoals blijkt uit het administratief dossier, kon de gemachtigde niet terecht beslissen om deze *"elementen"* niet te behandelen *"in deze fase"*, *in casu* de ontvankelijkheidsfase.

Hieruit blijkt dat de gemachtigde heeft nagelaten om in de ontvankelijkheidsfase het betoog van verzoekster, met name dat *"De relatie tussen ouder en kind is ontegensprekelijk van essentieel belang, en de verbreking ervan brengt ernstig nadelige gevolgen met zich mee. Kinderen moeten in de meest gunstige omstandigheden kunnen opgroeien, omringd door beide ouders."* te onderzoeken in het licht van bovenvermelde internationale normen, met name het IVRK en artikel 8 van het EVRM.

Bij deze moet bovendien worden gewezen op wat het Grondwettelijk Hof reeds heeft gesteld: *"Het is juist dat de bestreden bepaling, voor alle andere gevallen, de « buitengewone omstandigheden » op grond waarvan een aanvraag om machtiging tot verblijf mag worden ingediend, niet definieert. Daaruit volgt dat de minister of zijn gemachtigde blijft beschikken over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot het inhoudelijke onderzoek van een groot aantal aanvragen om machtigingen tot verblijf, ingediend door vreemdelingen vanop het Belgisch grondgebied. Die discretionaire bevoegdheid kan evenwel niet aldus worden begrepen dat zij, zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van verdragsrechtelijke grondrechten, de minister of zijn gemachtigde zou toestaan de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te schenden, derwijze dat aan een categorie van vreemdelingen het genot wordt onzegd van de rechten die door die verdragsbepalingen worden gewaarborgd. Doordat zij een zorgvuldig onderzoek van iedere aanvraag vereist, biedt de bestreden regeling de mogelijkheid om elke aanvraag individueel, op grond van concrete elementen, te beoordelen in het licht van onder meer die verdragsbepalingen."* (GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, overw. B.6.).

3.9. In de bestreden beslissing wordt tevens gemotiveerd: *“Verder stelt betrokkene dat zij een relatie heeft met de heer K.I. en zij hebben samen een kind, namelijk K.Z. geboren op 18.02.2013. De aanvraag wordt aangevuld met de geboortakte van het kind. Hieromtrent dient opgemerkt te worden dat de verplichting om terug te keren naar het land van herkomst enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied betekent wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. Van zodra immers betrokkene zich in haar land van herkomst in het bezit heeft gesteld van de documenten vereist om tot binnenkomst in het Rijk te worden toegelaten, staat het haar vrij zich opnieuw met haar gezin te verenigen.”*

Hieruit blijkt dat de gemachtigde rekening heeft gehouden met het gezinsleven van verzoekster, met name haar relatie met de heer K. en hun gemeenschappelijk minderjarig kind. Tevens blijkt uit de bestreden beslissing dat er een zekere beoordeling en afweging heeft plaats gevonden die evenwel zeer algemeen stelt dat een hypothetische (‘eventuele’) *“tijdelijke verwijdering”* *“geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt”*. Uit dit algemeen motief blijkt echter niet of de vermelde *‘tijdelijke verwijdering’* betrekking heeft op een tijdelijke scheiding tussen 1) verzoekster en de heer K., dan wel tussen 2) verzoekster en haar minderjarig kind, dan wel tussen 3) verzoekster en de heer K. en hun minderjarige kind.

Aldus laat dit algemeen motief niet toe vast te stellen of de gemachtigde in zijn afweging daadwerkelijk rekening heeft gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden die de zaak van verzoekster kenmerken, met name de aanwezigheid van een gemeenschappelijk jong minderjarig kind. Er blijkt uit het administratief dossier en de bestreden beslissing immers niet dat de gemachtigde concreet de impact van de bestreden beslissing, met name de eventuele tijdelijke scheiding van een van de ouders, op het betrokken minderjarig kind heeft onderzocht, noch blijkt dat de uitvoerbaarheid, de haalbaarheid en de proportionaliteit van de uitwijzing van verzoekster, als gevolg van de bestreden beslissing, werden onderzocht in het licht van wat verzoekster in de aanvulling van 2 maart 2013 bij haar verblijfsaanvraag specifiek heeft aangevoerd, met name *“De relatie tussen ouder en kind is ontegensprekelijk van essentieel belang, en de verbreking ervan brengt ernstig nadelige gevolgen met zich mee. Kinderen moeten in de meest gunstige omstandigheden kunnen opgroeien, omringd door beide ouders.”*

Verzoekster kan dan ook worden gevolgd waar zij betoogt dat de gemachtigde *“geen enkele rekening [heeft] gehouden met het ouderschap van verzoekster en haar echtgenoot en het feit het kind zeer jong is en de zorg van zijn vader én moeder behoeft. De “motivering” van de bestreden beslissing beperkt zich louter tot de vaststelling dat de Omzendbrief dd. 13.09.2005 niet meer kan worden ingeroepen en dat de verwijdering van het grondgebied in hoofde van verzoekster slechts “tijdelijk” zou zijn, zonder enige toelichting of concrete toetsing aan de reële situatie.”*

3.10. De Raad kan in casu enkel vaststellen dat noch uit de motieven van de bestreden beslissing noch uit de stukken van het administratief dossier blijkt aldus dat de gemachtigde een zorgvuldige beoordeling van alle relevante elementen en omstandigheden die het gezinsleven van verzoekster kenmerken, zoals aangevoerd in haar aanvraag van 10 augustus 2012 en de aanvulling van 2 maart 2013, heeft gemaakt zodat in dit geval ook geen zorgvuldige belangenafweging blijkt.

Het is niet de taak van de Raad om de afweging te maken tussen de belangen van het individu en de belangen van de Staat, zulks komt toe aan de verwerende partij. De Raad kan niet zelf tot deze beoordeling en belangenafweging overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

Derhalve kan de Raad enkel vaststellen dat de gemachtigde niet is tegemoet gekomen aan de beoordelingsplicht die hem toekwam in het licht van artikel 8 van het EVRM.

In de mate dat artikel 8 van het EVRM een zorgvuldige beoordeling en billijke afweging vereist van alle relevante feiten en omstandigheden, is deze bepaling geschonden (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 66; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 68).

3.11. In haar nota betoogt de verwerende partij dat verzoekster niet aantoont dat zij het ‘voorgehouden’ gezinsleven niet elders kan leiden en dat zij in de eerste plaats een beroep moet doen op de wettelijke mogelijkheid tot gezinshereniging. Deze beoordeling en belangenafweging waarvan voor het eerst blijkt wordt gegeven in de nota kan door de verwerende partij niet dienstig worden bijgebracht om de hiervoor reeds vastgestelde schending van artikel 8 van het EVRM in een ander daglicht te stellen. Dit betoog maakt immers een a posteriori motivering uit die niet is terug te vinden in de eerste bestreden beslissing zodat de wapengelijkheid onder de gedingpartijen in het gedrang wordt gebracht (RvS 25 januari 2010,

nr. 199.865) en dit verzoekster de mogelijkheid ontnemt om haar beroepsrecht ter zake naar behoren uit te oefenen (cf. HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, ptn 38 en 59). Zulke a posteriori motivering kan de vastgestelde onregelmatigheid niet rechtzetten of herstellen (cf. RvS 28 oktober 2008, nr. 187.420).

Waar de verwerende partij voorhoudt dat verzoekster niet aantoont dat haar kind haar niet tijdelijk kan vergezellen, herhaalt de Raad dat verwerende partij heeft nagelaten op concrete wijze de impact van de bestreden beslissing, met name de eventuele tijdelijke scheiding van een van de ouders, op het betrokken minderjarig kind te onderzoeken, alsook de uitvoerbaarheid, de haalbaarheid en de proportionaliteit van de uitwijzing van verzoekster als gevolg van de bestreden beslissing te onderzoeken in het licht van wat verzoekster in de aanvulling van 2 maart 2013 bij haar verblijfsaanvraag specifiek heeft aangevoerd, met name: *“De relatie tussen ouder en kind is ontegensprekelijk van essentieel belang, en de verbreking ervan brengt ernstig nadelige gevolgen met zich mee. Kinderen moeten in de meest gunstige omstandigheden kunnen opgroeien, omringd door beide ouders.”*

Waar verwerende partij verwijst naar rechtspraak van Raad en de Raad van State die stelt dat een tijdelijke verwijdering geen schending inhoudt van artikel 8 van het EVRM, gaat verwerende partij voorbij aan de recente rechtspraak van het EHRM zoals uiteengezet in punten 3.5-3.7 en het vermelde arrest van het Grondwettelijk Hof (26 juni 2008, nr. 95/2008). De Raad verwijst meer specifiek naar de zaak Jeunesse van het EHRM die betrekking heeft op een verzoekster die faalde in haar verplichting om eerst vanuit het buitenland een machtiging tot voorlopig verblijf (d.i. een Nederlandse visumvereiste) te bekomen vooraleer vervolgens een verblijfsvergunning aan te vragen in Nederland (EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse vs. Nederland, par. 100-101). Het niet-naleven van die wettelijke verplichting was de reden waarom haar een verblijf in Nederland werd geweigerd, doch stelde het EHRM desalniettemin een schending van artikel 8 van het EVRM vast.

Het verder louter poneren dat artikel 8 van het EVRM als dusdanig geen recht op verblijf waarborgt in een staat waarvan men de nationaliteit niet heeft en dat dit verdragsartikel een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet niet in de weg staat, is een algemene stelling die niet volstaat en op zich geen belangenafweging in dit kader vormt (cf. RvS 26 mei 2009, nr. 193.522). De toepassing van de Vreemdelingenwet moet immers worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 8 van het EVRM, dat als hogere rechtsnorm *in casu* primeert. Er rust een onderzoeksplicht bij 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, *quod non in casu*.

De verweernota laat bijgevolg niet toe anders te besluiten.

Het middel is in de besproken mate gegrond en leidt tot de nietigverklaring van de eerste bestreden beslissingen. De overige onderdelen van het middel behoeven geen verder onderzoek.

4. Het beroep aangaande de tweede bestreden beslissing tot afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13)

Onder het randnr. 2 werd reeds vastgesteld dat pas tot de afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten werd besloten nadat de gemachtigde heeft beschikt over de door verzoekster ingediende aanvraag om verblijfsmachtiging in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet waarbij zij heeft vastgesteld dat er geen buitengewone omstandigheden zijn die een terugkeer naar het land van herkomst verhinderen. Aldus blijkt dat in *casu* de afgifte van de verwijderingsmaatregel tegelijkertijd werd onderzocht als de onontvankelijkheidsbeslissing met betrekking tot de verblijfsaanvraag en dat de beslissingen samenhangen.

Aangezien uit de bespreking van het eerste middel is gebleken dat de gemachtigde niet is tegemoetgekomen aan de beoordelingsplicht die hem in het licht van artikel 8 van het EVRM wordt opgelegd, moet in de huidige stand van het geding worden uitgegaan van de veronderstelling dat de aangevoerde elementen inzake het gezinsleven van verzoekster mogelijk buitengewoon zijn in de zin van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, zodat in die omstandigheden de gemachtigde niet zou hebben besloten tot de afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten. In deze moet ook worden verwezen naar het reeds aangehaalde arrest 231.762 van de Raad van State en naar artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet dat bepaalt: *“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.”*

Gelet op de nauwe samenhang met de eerste bestreden beslissing en de daarbij vastgestelde schending van artikel 8 van het EVRM, dient, met het oog op de rechtszekerheid en in het belang van een goede rechtsbedeling, het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten dan ook uit het rechtsverkeer te worden gehaald en samen met de eerste bestreden beslissing te worden vernietigd.

Ten slotte nog merkt de Raad op dat, voor zover zou worden aangevoerd dat de verwerende partij ter vrijwaring van haar recht van verdediging de gelegenheid moest worden geboden om een standpunt over het lot van de bevelen om het grondgebied te verlaten in te nemen, uit de lezing van het verzoekschrift duidelijk blijkt dat verzoekster door zowel de onontvankelijkheidsbeslissing als het bevel om het grondgebied te verlaten aan te vechten, het lot van de twee beslissingen met elkaar heeft verbonden. De verwerende partij heeft, hoewel zij daarvan op de hoogte was, de samenhang tussen beide beslissingen in haar nota niet betwist. Zij heeft aldus wel degelijk de gelegenheid gehad de samenhang tussen beide beslissingen te betwisten en haar standpunt te geven omtrent de mogelijke incidentie van de gegrondheid van het aangevoerde middel op de bevelen om het grondgebied te verlaten.

5. Korte debatten

De verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissingen. Er is grond om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De vordering tot schorsing, als accessorium van het beroep tot nietigverklaring, is zonder voorwerp. Er dient derhalve geen uitspraak gedaan te worden over de exceptie van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing, opgeworpen door de verwerende partij.

6. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding van 16 december 2013 waarbij een aanvraag om machtiging tot verblijf op basis van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onontvankelijk wordt verklaard en de beslissing van dezelfde overheid van dezelfde datum tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) worden vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Artikel 3

De kosten van het beroep, begroot op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op tien juli tweeduizend zeventien door:

mevr. M. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. MAES