

Arrest

nr. 232 542 van 13 februari 2020
in de zaak RvV X / II

In zake: X

**Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat D. GAREGANI
De Selliers de Moranvilleaan 84
1082 BRUSSEL**

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn, op 7 december 2019 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 31 oktober 2019 waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard, aan de verzoekende partij op 8 november 2019 ter kennis gebracht.

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

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 21 januari 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 12 februari 2020.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. DE SMET.

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. ARNOLD, die *loco* advocaat D. GAREGANI verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat A. DE WILDE, die *loco* advocaten C. DECORDIER en T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De echtgenoot van verzoekster dient op 30 oktober 2012 een verzoek om internationale bescherming in. Op 12 maart 2013 beslist de adjunct-commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen om verzoeker de erkenning van de vluchtelingenstatus toe te kennen.

Op 18 september 2014 dient verzoekster, die verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn een aanvraag in voor een visum type D (lang verblijf) met het oog op gezinshereniging met haar echtgenoot.

Op 30 december 2014 beslist de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris om een beslissing over deze visumaanvraag uit te stellen en worden verzoekster en haar echtgenoot verzocht om bijkomende documenten te verstrekken. Op 17 maart 2015 wordt opnieuw beslist om een beslissing uit te stellen en worden verzoekster en haar echtgenoot verzocht om bijkomende documenten te verstrekken. Op 15 juni 2015 wordt de visumaanvraag geweigerd.

Op 31 augustus 2015 dient verzoekster een tweede aanvraag in voor een visum type D (lang verblijf) met het oog op gezinshereniging met haar echtgenoot. Op 11 januari 2016 wordt de visumaanvraag goedgekeurd.

Op 15 februari 2017 krijgen verzoekster en haar echtgenoot een zoon.

Op 12 mei 2017 beslist de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris tot intrekking van het verblijf met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 14 *ter*). Tegen deze beslissing wordt een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring ingediend bij de Raad. Deze zaak is gekend onder het nummer 205 781.

Op 7 mei 2018 dient verzoekster een aanvraag in voor een toelating tot verblijf in toepassing van de artikelen 10 en 12bis, § 1, tweede lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet).

Op 31 oktober 2019 neemt de gemachtigde van de bevoegde minister de beslissing tot onontvankelijkheid van een aanvraag voor een toelating tot verblijf. Dit is de bestreden beslissing:

“(…)

Met het oog op artikel 12bis, §4, eerste lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en artikel 26/1, §2, tweede lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen¹

is de aanvraag voor een toelating tot verblijf, ingediend op 07.05.2018,² in toepassing van de artikelen 10, 12bis, §1, tweede lid van de wet van 15 december betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, door:

Naam: S. (...)

Voorna(a)m(en): N. (...)

Nationaliteit: Afghanistan

Geboortedatum: (...).1990

Geboorteplaats: P. (...)

Identificatienummer in het Rijksregister³⁴: (...)

verklaart te verblijven te: (...)

om de volgende reden onontvankelijk:

Betrokkene toont niet aan zich in buitengewone omstandigheden te bevinden die haar verhinderen terug te keren naar het land van herkomst om ginds het vereiste visum te vragen bij de bevoegde diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging, zoals bepaald in artikel 12bis §1, tweede lid, 3° va de wet van 15.12.1980.

Betrokkene haalt aan dat zij op 10.03.2014 in Pakistan gehuwd is met H. A. H. (...) (xxx) en sedert 30.03.2016 een gezin vormen in België. Op (...)2017 werd te Brussel hun eerste kindje geboren.

Het feit dat betrokkene ondertussen gehuwd is en een kind heeft, weerhoudt haar er niet van alsnog terug te keren naar het land van herkomst om zich in orde te stellen met de vereiste documenten.

Betrokkene ontving op 30.05.2017 een bevel om het grondgebied te verlaten. Zij verkoos echter geen gevolg te geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten en ging in beroep. Zij heeft bijgevolg niet voldaan aan de terugkeerverplichting. Uit langdurig illegaal verblijf kunnen geen rechten geput worden met het oog op regularisatie.

Wat het aangehaalde art. 3 van het Verdrag van de Rechten van het Kind betreft dient te worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie gesteld heeft dat art. 3 geen directe werking heeft. Ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt in zijn arrest van 30.07.2013, nr. 107.646 het volgende: "Wat de aangevoerde schending van het Kinderrechtenverdrag betreft, merkt de Raad op dat artikel 3 van dit verdrag - dat voorziet dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen -, wat de geest, de inhoud en de bewoordingen ervan betreft, op zichzelf niet volstaan om toepasbaar te zijn zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is. Deze verdragsbepaling is geen duidelijke en juridisch volledige bepaling die de verdragspartijen of een onthoudingsplicht of een strikt omschreven plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, oplegt. Aan deze bepaling moet derhalve een directe werking worden ontzegd. (...)" (RvS 7 februari 1996, nr. 58.032; RvS 1 april 1997, nr. 65.754)."

Betrokkene is afkomstig uit de regio Ghorband Parwan in Afghanistan en haar advocaat beweert dat het CGVS die regio als gevaarlijk beschouwd en aan burgers uit die regio het subsidiair beschermingsstatus zou toekennen. De advocaat vindt dit een indicatie dat betrokkene niet terug mag keren naar haar land van herkomst. Een onveiligheid op haar persoon werd echter niet aangetoond. Dat betrokkene vreest voor haar leven volstaat niet om als buitengewone omstandigheid aanvaard te worden.

De aanwezigheid van haar echtgenoot en kind op het Belgische grondgebied geeft niet automatisch recht op verblijf. De verwijdering van betrokkene betreft slechts een tijdelijke verwijdering om zich in regel te stellen met de wetgeving. Het hoger belang van het kind wordt niet geschaad door een tijdelijke afwezigheid van betrokkene. Via de moderne communicatiemiddelen kan betrokkene tijdens haar afwezigheid contact houden met het gezin. (...)"

2. Over de ontvankelijkheid

De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid op van de vordering tot schorsing. Uit hetgeen hierna volgt zal blijken dat het beroep tot nietigverklaring wordt ingewilligd. Het is bijgevolg niet vereist deze exceptie te beantwoorden.

3. Onderzoek van het beroep

3.1. Verzoekster voert een derde middel aan dat luidt als volgt:

"Troisième moyen tiré de la violation de l'article 22bis de la Constitution, lu conjointement avec les articles 3 et 9§1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New-York le 20/11/1989 et approuvée par la loi belge du 15/11/1991 et lu conjointement avec les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et les articles 62 et 74/13 de la Loi du 15/12/1980:

1. Il n'est pas contestable que l'acte attaqué a pour effet de priver la requérante et son enfant de leur droit à une vie familiale, ce qui est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Or l'article 22bis de la Constitution stipule que :

« Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération. eu égard à son âge et à son discernement. Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement. Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant. ».

Cette disposition constitutionnelle incorpore incontestablement en droit belge - en leur donnant désormais une force contraignante à l'égard de toute autorité, notamment administrative - les engagements pris par la Belgique lors de la signature de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (adoptée à New-York le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi belge du 15 novembre 1991), mettant ainsi un terme définitif à la jurisprudence initiée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 31 mars 1999 et suivie ensuite tant par le Conseil d'Etat que par le Conseil du Contentieux des Etrangers, selon laquelle les articles de cette Convention avaient une portée trop générale pour avoir un effet direct en droit belge.

2. En effet, dans son arrêt du 7 mars 2013, la Cour Constitutionnelle a souligné :

« B.5.1. L'alinéa 4 de cette disposition, qui se réfère à l'intérêt de l'enfant, est issu, comme les alinéas 2, 3 et 5, de la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008 qui visait à étendre la reconnaissance

constitutionnelle des droits de l'enfant à ce qui constitue l'essence de la Convention relative aux droits de l'enfant (Doc. parl. Sénat, 2004-2005, n° 3-265/3, p. 41).

B. 5.2. L'article 3, paragraphe 1. de cette Convention dispose :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

B. 5.3. Tant l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant. L'article 22bis, alinéa 5, de la Constitution donne par ailleurs au législateur compétent la mission de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération de manière primordiale. ».

[Cour Constitutionnelle, arrêt 30/2013 du 7 mars 2013].

Il s'ensuit que désormais, indépendamment de la question du caractère self-executing des articles de cette Convention, tout enfant vivant sur le territoire de notre pays bénéficie en toutes hypothèses, « de manière primordiale », d'un droit subjectif au respect de ses intérêts, en vertu de l'article 22bis de la Constitution dont l'applicabilité directe est indiscutable.

3. Quant à la définition concrète de ces intérêts, le législateur - par la loi du 15 novembre 1991, approuvant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant - a incontestablement d'ores et déjà marqué son accord quant à l'énumération qui en fait dans les différents articles de cette Convention, de telle sorte que toute mesure portant atteinte à l'un quelconque des droits y exprimés, viole automatiquement le droit subjectif des enfants destinataires de l'article 22bis de la Constitution au respect de leurs intérêts, de manière primordiale.

Les termes « de manière primordiale » figurant à l'article 22bis de la Constitution ne laissent subsister aucun doute quant à la supériorité de l'intérêt de l'enfant par rapport à toute autre préoccupation, telle que notamment celle du contrôle de l'immigration.

4. En l'espèce, force est de constater que rien ne permet d'établir que la partie adverse a effectivement tenu compte « de manière primordiale » de l'intérêt supérieur de l'enfant de la requérante lors de la prise de l'acte attaqué.

Comme la Cour Constitutionnelle a d'ailleurs pu le souligner dans son arrêt du 28 février 2019 : « B. 18.1. Tant l'article 22bis, alinéa 4. de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant. L'article 22bis, alinéa 5, de la Constitution donne par ailleurs au législateur compétent la mission de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération de manière primordiale. [28 février 2019 - n° 36/2019. JDJ. n° 386, p 33]

5. En ce qui concerne la présence des parents aux côtés de leurs enfants, l'article 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant stipule :

« Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant. ».

A cet égard, la Cour du travail de Mons a précisé :

« Qu'ainsi un enfant ne peut pas être séparé de ses parents contre son gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9 de la Convention). Qu'une décision en ce sens peut être nécessaire en cas de maltraitance ou, de vie séparée des parents. Que le fait que le concept "intérêt supérieur de l'enfant" soit une norme générale, qui nécessite une interprétation et une concrétisation, n'exclut pas l'effet direct mais oblige le juge dans le cas qui lui est soumis, à examiner in concreto, le contenu des intérêts de l'enfant, en pesant les intérêts présents »

(Cour du Travail de Mons, arrêt 15.430 du 23 mars 1999).

Dans son arrêt Jeunesse, la CEDH a expressément affirmé l'importance de veiller à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque l'éloignement de l'un de ses parents est envisagé : « Lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur [...]. Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus. notamment en droit international [...]. Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père

ou mère ressortissants d'un pays tiers ».[Cour E.D.H. (gde ch.), arrêt Jeunesse c. Pays-Bas, 3 octobre 2014, pt 109]

6. En effet, la décision querellée considère que le fait que la requérante ait eu un enfant ne l'empêche pas de retourner dans le pays d'origine. Ce faisant la partie adverse ne tient pas compte de l'impact que peut avoir une telle séparation sur un enfant en bas âge et sur l'organisation de la vie familiale et la cellule familiale elle-même.

Il faut souligner que votre Conseil a déjà eu à se prononcer sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant et sur le principe de l'unité de la famille [CCE, arrêt n° 92 565 du 30 novembre 2012 ; n° 176 236 du 13 octobre 2016 ou encore n° 176 537 du 19 octobre 2016].

De plus, plusieurs arrêts rendus par votre Conseil ont déjà condamné l'absence de motivation spécifique par rapport à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant [CCE. n° 126.481 du 27 juin 2014 ; n° 135 296 du 17 décembre 2014 ; n° 134 659 du 8 décembre 2014].

7. La partie adverse n'a manifestement pas pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision attaquée et elle a motivé de façon inadéquate en ce qu'elle n'a pas motivé de façon spécifique concernant la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour toutes ces raisons, la décision est manifestement illégale."

3.2. In de nota repliceert de verwerende partij het volgende:

"In een derde middel beroept verzoekende partij zich op een schending van:

- artikel 22bis van de Grondwet;
- artikel 3 en 9, §1 van het Verdrag van de Rechten van het Kind;
- artikel 2 en 3 van de wet van 29.07.1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen;
- artikel 62 en 74/13 van de Vreemdelingenwet.

De verzoekende partij houdt een schending van voormelde bepalingen voor doordat de bestreden beslissing in strijd is met het belang van het kind. De verzoekende partij haalt aan dat haar kind onmogelijk kan terugkeren naar haar land van herkomst. Er wordt bovendien geen rekening gehouden met de impact van een scheiding op het kind, temeer daar het kind nog erg jong is en rekening houdend met de familiale organisatie.

Verweerder laat gelden dat de kritiek van de verzoekende partij weinig ernstig is.

In zoverre de verzoekende partij wederom een schending aanhaalt van artikel 2 en 3 van de wet van 29.07.1991 en artikel 62 van de Vreemdelingenwet verwijst verweerder naar hetgeen supra (onder het tweede middel) werd uiteengezet en herhaalt dat de motieven van de bestreden beslissing op eenvoudige wijze in die beslissing kunnen gelezen worden zodat 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 verzoekende partij 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 in het middel ontwikkelde concrete kritiek die de inhoud van de motivering en aldus de materiële motiveringsplicht betreft, herhaalt verweerder dat de gemachtigde van de Minister geheel terecht heeft geoordeeld dat de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk diende te worden verklaard.

De verzoekende partij haalt een schending aan van artikel 3 en 9 van het IVRK.

Dienaangaande laat de verweerder verder gelden dat het Verdrag dd. 20.11.1989 inzake de Rechten van het Kind geen directe werking heeft en dat verzoekende partij zich er derhalve niet met gunstig gevolg kan op beroepen (zie ook R.v.St. nr. 100.509 dd. 31.10.2001).

Aangaande de vermeende schending van artikel 9,1 IVRK, stelt verweerder vast dat de Raad van State reeds heeft geoordeeld dat aan artikel 9,1 IVRK geen directe werking kan worden toegekend in het intern Belgisch recht, "daar artikel 9-1 van het Kinderrechtenverdrag ... op zich onvoldoende precies is om van toepassing te zijn zonder dat een nadere regeling nodig is". (R.v.St. nr. 97.206, 28 juni 2001).

Ook betreffende de vermeende schending van artikel 3 IVKR, dient te worden opgemerkt dat door de Raad van State in zijn recente arrest dd. 30.03.2005 onder meer werd geoordeeld dat het artikel 3 Kinderrechtenverdrag, "geen voldoende duidelijke, precieze en volledige regels bevat opdat zij rechtstreekse werking zouden hebben, zonder een bijkomende uitvoering te eisen in de interne rechtsorde" (Raad van State nr. 142.729, 30 maart 2005).

Uiterst ondergeschikt laat verweerder m.b.t. bovenvermelde vermeende schendingen van het IVRK gelden dat het artikel 3, par. 2 van het Kinderrechtenverdrag stelt dat de Staten die partij zijn zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdende met de rechten en plichten van zijn ouders.

Hieronder dient te worden begrepen het verblijfsrecht en de plicht om vrijwillig een bevel dat de ouders werd gegeven om het grondgebied te verlaten, uit te voeren (Arbh. Antwerpen nr. 41.351 dd. 19.06.2002, T. Vreemd. 2003, afl. 1, 70).

Verweerder herhaalt dienaangaande dat de onontvankelijkheid van een aanvraag voor een toelating tot verblijf niet tot gevolg heeft dat zij van haar minderjarig kind zal worden gescheiden, doch enkel dat zij tijdelijk het land dient te verlaten om zich in regel te stellen met de wetgeving.

Tijdens haar tijdelijke afwezigheid kan de verzoekende partij via moderne communicatiemiddelen contact houden met het gezin. De verzoekende partij toont niet aan dat zulks onmogelijk is. Evenmin maakt zij aannemelijk dat haar echtgenoot tijdens haar tijdelijke aanwezigheid niet kan instaan voor de zorg van het kind of zij het kind kan meenemen naar haar land van herkomst. In zoverre zij dienaangaande aanvoert dat zij afkomstig is uit een gevaarlijke regio uit Afghanistan, benadrukt verweerder dat de verzoekende partij tot op heden in gebreke bleef om een asielaanvraag in te dienen. Er mag redelijkerwijs worden verwacht dat men, indien men voorhoudt te worden blootgesteld aan een onmenselijke behandeling bij een terugkeer naar het land van herkomst, een asielaanvraag indient.

De kritiek van de verzoekende partij kan derhalve niet worden aangenomen.

De verzoekende partij kan evenmin worden gevolgd alwaar zij een schending opwerpt van artikel 22bis Grondwet.

In de door J. VELAERS en S. VAN DROOGHENBROECK opgestelde nota in verband met het ontwerp tot herziening van artikel 22bis van de Grondwet betreffende de rechten van het kind wordt immers het volgende gesteld: "De parlementaire voorbereiding van die grondwetstekst geeft vrij duidelijk aan dat volgens de auteurs de tekst en de nieuwe rechten die hij voor de kinderen bekrachtigt, in principe geen rechtstreekse werking zullen hebben. De formulering van de tekst (vaag en niet scherp gedefinieerd karakter van sommige van de nieuw verankerde rechten / verwijzing naar een tenuitvoerlegging door de bevoegde wetgevers) noopt op het eerste gezicht tot een dergelijke conclusie." In het verslag van de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet (Parl.St. Kamer 2007-08 nr. 0175/005, 13) wordt op basis van deze nota vastgesteld dat moet worden geconcludeerd dat "de ontworpen bepalingen niet rechtstreeks van toepassing zouden zijn".

Artikel 22bis van de Grondwet kan bijgevolg niet nuttig worden ingeroepen.

Zie in die zin:

"3.4. Het artikel 22bis van de Grondwet, waarnaar wordt verwezen in het verzoekschrift, heeft geen directe werking (Parl.St. Kamer 2007-08 nr. 0175/005, 13), zodat de verzoekende partij daarom de rechtstreekse schending van dit artikel niet dienstig kan inroepen." (R.v.V. nr. 101 868 van 26 april 2013; zie ook R.v.V. nr. 100 251 van 29 maart 2013)

De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Minister van Sociale Zaken, Volksgezondheid en Asiel en Migratie geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk diende te worden verklaard.

De gemachtigde van de Minister handelde daarbij na grondig onderzoek van de elementen die de concrete situatie van de verzoekende partij daadwerkelijk kenmerken, en conform de ter zake toepasselijke rechtsregels.

Het derde middel kan evenmin worden aangenomen."

3.3.1. De uitdrukkelijke motiveringsplicht zoals voorgeschreven door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen heeft tot doel de burger, zelfs wanneer een beslissing niet is aangevochten, in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid ze heeft genomen, zodat kan worden beoordeeld of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt. Hetzelfde geldt voor de aangevoerde schending van artikel 62 van de Vreemdelingenwet. De artikelen 2 en 3 van de genoemde wet van 29 juli 1991 verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen en dit op een "afdoende" wijze. Het begrip "afdoende" impliceert dat de opgelegde motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genomen beslissing.

De bestreden beslissing moet duidelijk het determinerend motief aangeven op grond waarvan de beslissing is genomen. In de motieven wordt verwezen naar de toepasselijke rechtsregels, namelijk de artikelen 10 en 12bis van de Vreemdelingenwet. Tevens bevat de beslissing een motivering in feite, met name dat verzoekster niet aantoonde zich in buitengewone omstandigheden te bevinden die haar verhinderen om naar haar land van herkomst terug te keren om daar het vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger.

Verzoekster maakt niet duidelijk op welk punt deze motivering haar niet in staat stelt te begrijpen op basis van welke juridische en feitelijke gegevens de bestreden beslissing is genomen derwijze dat hierdoor niet zou voldaan zijn aan het doel van de formele motiveringsplicht.

3.3.2. Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoekster de motieven van de bestreden beslissing kent, zodat het doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht in deze zaak is bereikt en verzoekster bijgevolg de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert, zodat dit onderdeel van het middel vanuit dat oogpunt wordt onderzocht. Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet bevoegd zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen.

De materiële motiveringsplicht wordt onderzocht in het licht van de artikelen 10 en 12bis van de Vreemdelingenwet op grond waarvan de bestreden beslissing werd genomen.

3.3.3. Artikel 10 van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

“§ 1 Onder voorbehoud van de bepalingen van artikelen 9 en 12, zijn van rechtswege toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven:

1° (...)

2° (...)

3° (...)

4° de volgende familieleden van een vreemdeling [die sedert minimaal twaalf maanden toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van onbepaalde duur in het Rijk of sedert minimaal twaalf maanden gemachtigd is om er zich te vestigen.](1) Die termijn van twaalf maanden vervalt indien de echtelijke band of het geregistreerde partnerschap reeds bestond voor de vreemdeling die vervoegd wordt, in het Rijk aankwam of indien zij een gemeenschappelijk minderjarig kind hebben. Deze voorwaarden met betrekking tot de aard van het verblijf en de duur van het verblijf zijn niet van toepassing indien het familieleden betreft van een vreemdeling die overeenkomstig artikel 49, § 1, tweede of derde lid, of artikel 49/2, §§ 2 of 3, als begunstigde van een internationale beschermingsstatus tot een verblijf in het Rijk is toegelaten :

– de buitenlandse echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap gesloten werd dat als gelijkwaardig beschouwd wordt met het huwelijk in België, die met hem komt samenleven, op voorwaarde dat beiden ouder zijn dan eenentwintig jaar. Deze minimumleeftijd wordt echter teruggebracht tot achttien jaar wanneer, naargelang het geval, de echtelijke band of dit geregistreerd partnerschap, reeds bestond vóór de vreemdeling die vervoegd wordt, in het Rijk aankwam;

- (...)

- (...)

5° (...)

6° (...)

7° (...).”

Artikel 12bis van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

“§ 1 De vreemdeling die verklaart dat hij zich in één der in artikel 10 voorziene gevallen bevindt, moet zijn aanvraag indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfplaats in het buitenland.

In de volgende gevallen kan hij zijn aanvraag echter indienen bij het gemeentebestuur van zijn verblijfplaats:

1° (...);

2° (...);

3° indien hij zich bevindt in buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om het op grond van artikel 2 vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger en alle in § 2 bedoelde bewijzen overmaakt, evenals een bewijs van zijn identiteit;

4° (...)

§ 2 (...)

§ 3 (...)

§ 3bis (...)

§ 4 (...)

§ 5 (...)

§ 6 (...)

§ 7 *In het kader van het onderzoek van de aanvraag wordt terdege rekening gehouden met het hoger belang van het kind.*"

3.3.4. Verzoekster verwijst naar het arrest Jeunesse van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en citeert hieruit. Verzoekster werpt op dat de bestreden beslissing geen rekening houdt met de impact van een scheiding op een kind van jonge leeftijd en op de organisatie van de familie en de familiale cel. In de bestreden beslissing wordt immers gemotiveerd dat het gegeven dat zij een kind heeft haar niet verhindert om terug te keren naar haar land van herkomst. Verzoekster verwijt de gemachtigde het hoger belang van het kind niet in rekening te hebben gebracht bij het nemen van de bestreden beslissing en op inadequate en niet-specifieke wijze te hebben gemotiveerd over het hoger belang van het kind. Zij benadrukt dat wanneer kinderen betrokken zijn, met hun hoger belang rekening dient te worden gehouden. Dit principe maakt het voorwerp uit van een brede consensus in het internationaal recht. Dit hoger belang van het kind is op zichzelf niet determinerend maar hier moet wel een belangrijk gewicht aan worden toegekend.

In de bestreden beslissing wordt in dit verband als volgt gemotiveerd:

"Betrokkene haalt aan dat zij op 10.03.2014 in Pakistan gehuwd is met H. A. H. (...) (xxx) en sedert 30.03.2016 een gezin vormen in België. Op (...)2017 werd te Brussel hun eerste kindje geboren.

Het feit dat betrokkene ondertussen gehuwd is en een kind heeft, weerhoudt haar er niet van alsnog terug te keren naar het land van herkomst om zich in orde te stellen met de vereiste documenten.

Betrokkene ontving op 30.05.2017 een bevel om het grondgebied te verlaten. Zij verkoos echter geen gevolg te geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten en ging in beroep. Zij heeft bijgevolg niet voldaan aan de terugkeerverplichting. Uit langdurig illegaal verblijf kunnen geen rechten geput worden met het oog op regularisatie.

Wat het aangehaalde art. 3 van het Verdrag van de Rechten van het Kind betreft dient te worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie gesteld heeft dat art. 3 geen directe werking heeft. Ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt in zijn arrest van 30.07.2013, nr. 107.646 het volgende: "Wat de aangevoerde schending van het Kinderrechtenverdrag betreft, merkt de Raad op dat artikel 3 van dit verdrag - dat voorziet dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen -, wat de geest, de inhoud en de bewoordingen ervan betreft, op zichzelf niet volstaan om toepasbaar te zijn zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is. Deze verdragsbepaling is geen duidelijke en juridisch volledige bepaling die de verdragspartijen of een onthoudingsplicht of een strikt omschreven plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, oplegt. Aan deze bepaling moet derhalve een directe werking worden ontzegd. (...)" (RvS 7 februari 1996, nr. 58.032; RvS 1 april 1997, nr. 65.754)."

En

"De aanwezigheid van haar echtgenoot en kind op het Belgische grondgebied geeft niet automatisch recht op verblijf. De verwijdering van betrokkene betreft slechts een tijdelijke verwijdering om zich in regel te stellen met de wetgeving. Het hoger belang van het kind wordt niet geschaad door een tijdelijke afwezigheid van betrokkene. Via de moderne communicatiemiddelen kan betrokkene tijdens haar afwezigheid contact houden met het gezin."

3.3.5. Artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3° van de Vreemdelingenwet vormt de omzetting naar Belgisch recht van artikel 5 van de Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (hierna: Gezinssherenigingsrichtlijn) dat betrekking heeft op de indiening en de behandeling van het verzoek tot toegang en verblijf in het kader van het recht op gezinshereniging.

Artikel 5 van de Gezinssherenigingsrichtlijn luidt als volgt:

"Indiening en behandeling van het verzoek

Artikel 5

1. (...)

2. (...)

3. *Het verzoek wordt ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden verblijven buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger.*

In afwijking hiervan kan een lidstaat in passende gevallen aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op zijn grondgebied bevinden.

4. (...)

5. *Bij de behandeling van het verzoek zorgen de lidstaten ervoor dat terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen."*

Uit artikel 5, lid 3 van de Gezinsherenigingsrichtlijn volgt dat een verzoek tot gezinshereniging in principe wordt ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden verblijven buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de referentiepersoon. Tevens volgt uit artikel 5, lid 3 van de Gezinsherenigingsrichtlijn dat lidstaten in passende gevallen kunnen aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op het grondgebied bevinden. De lidstaten hebben bij het bepalen van de "passende gevallen" een ruime beoordelingsmarge.

Zonder afbreuk te doen aan deze beoordelingsmarge, zijn Lidstaten ertoe gehouden om verzoeken om gezinshereniging te onderzoeken in het belang van betrokken kinderen en dit teneinde het gezinsleven te begunstigen. Lidstaten dienen bij de tenuitvoerlegging van de Gezinsherenigingsrichtlijn – inclusief de vraag of er sprake is van een passend geval (d.i. een buitengewone omstandigheid) waar een verzoek tot gezinshereniging op het grondgebied kan worden ingediend – een "evenwichtige en redelijke beoordeling te maken van alle in het geding zijnde belangen" en "daarbij in het bijzonder rekening te houden met belangen van de betrokken kinderen" (Zie arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2012 in de gevogede zaken C-356/11 en C-357/11, § 86)

Waar minderjarige kinderen betrokken zijn, moet blijken dat het hoger belang van deze kinderen in acht wordt genomen. Het beginsel van het belang van het kind omvat twee aspecten, met name (i) het behouden van eenheid van het gezin en (ii) het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, *Neulinger en Shuruk v. Zwitserland* (GK), par. 135-136). Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend (EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland* (GK), § 109). Dit betekent dat nationale overheden, in beginsel, aandacht moeten besteden aan elementen met betrekking tot de uitvoerbaarheid, haalbaarheid, proportionaliteit van een verblijfs- en/of verwijderingsmaatregel die wordt getroffen ten aanzien van een ouder en deze moeten beoordelen in het licht van het belang van de betrokken kinderen (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nuñez v. Noorwegen*, § 78; EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*; EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland*, § 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, nr. 41615/07, *Neulinger en Shuruk v. Zwitserland*, § 135-136; EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, § 144; EHRM 8 juli 2013, nr. 3910/13, *M.P.E.V. v. Zwitserland*; EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11, *Kaplan e.a. v. Noorwegen*; EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse vs. Nederland*, § 109).

De Raad kan gelet op de gedane afweging in de bestreden beslissing met name: "De aanwezigheid van haar echtgenoot en kind op het Belgische grondgebied geeft niet automatisch recht op verblijf. De verwijdering van betrokkene betreft slechts een tijdelijke verwijdering om zich in regel te stellen met de wetgeving. Het hoger belang van het kind wordt niet geschaad door een tijdelijke afwezigheid van betrokkene. Via de moderne communicatiemiddelen kan betrokkene tijdens haar afwezigheid contact houden met het gezin." niet anders dan samen met verzoekster concluderen dat de verwerende partij geen afdoende belangenafweging heeft gemaakt die in overeenstemming is met artikel 12bis, § 7 van de Vreemdelingenwet, zoals richtlijnconform uitgelegd.

De gedane belangenafweging kan bezwaarlijk beschouwd worden als een concrete, evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen, in het bijzonder het belang van het betrokken kind versus de belangen van de Staat. Uit de bestreden beslissing blijkt dat inzake verzoekster zelf wordt benadrukt dat zij op 30 mei 2017 een bevel om het grondgebied te verlaten ontving, zij ervoor koos om hieraan geen gevolg te geven en in beroep ging tegen deze beslissing, en dat "(u)it langdurig illegaal verblijf (...) geen rechten geput (kunnen) worden met het oog op regularisatie".

De Raad wijst er ook op dat niet uit het oog mag worden verloren dat verzoekster met een visum D naar België kwam om zich bij haar echtgenoot te voegen. Zij werd moeder van een zoon op een ogenblik dat

zowel zij als haar echtgenoot op legale wijze in België verbleven. Verzoekster heeft haar gezinsleven niet gesticht vanuit illegaal verblijf.

Maar meer in het bijzonder kan voor het kind (bijna drie jaar oud op het ogenblik van de bestreden beslissing) bezwaarlijk worden gesteld dat zijn enig belang bestaat in het contact houden met zijn moeder in het buitenland. De verwerende partij laat na om op afdoende wijze uiteen te zetten waarom de belangen van de staat *in casu* moeten doorwegen op het belang van het kind meer bepaald waarom de belangen van de staat *in casu* een tijdelijke scheiding vergen tussen verzoekster en haar gezinsleden.

Dat de verwerende partij van oordeel is dat deze belangen gedekt zijn door de mogelijkheid om het kind in België te laten waarbij het gezin contact onderhoudt via moderne communicatiemiddelen, zonder deze mogelijkheid concreet te onderzoeken en zonder duidelijk in rekening te brengen dat het jonge kind op die manier van zijn moeder wordt gescheiden, getuigt niet van een redelijke en evenwichtige beoordeling. Verder laat de verwerende partij na om uiteen te zetten waarom de belangen van de staat zouden moeten doorwegen op het belang van het kind van bijna drie jaar oud en meer bepaald waarom de belangen van de staat een tijdelijke scheiding vergen tussen verzoekster en haar gezinsleden, hoewel het een heel jong kind betreft en hoewel het effectief beleefde huwelijks- en gezinsleven niet in vraag worden gesteld. De Raad herinnert eraan dat de ruime beoordelingsmarge die de verwerende partij ontegensprekelijk heeft in deze, eveneens een meer nauwgezette motiveringsplicht vereist. Deze meer nauwgezette motiveringsplicht geldt des te meer in het licht van artikel 12*bis*, § 7 van de Vreemdelingenwet dat moet worden uitgelegd in het licht van de Gezinsherenigingsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Volledigheidshalve merkt de Raad nog op dat de aanvraag van 7 mei 2018 van verzoekster slechts partieel in het administratief dossier lijkt te zitten, nu de even pagina's ontbreken.

De schending van de materiële motiveringsplicht in het licht van de artikelen 10 en 12*bis* van de Vreemdelingenwet op grond waarvan de bestreden beslissing werd genomen, wordt aangetoond.

3.3.6. Het verweer in de nota met opmerkingen doet geen afbreuk aan het voorgaande. De verwerende partij werpt op dat de bestreden beslissing niet tot gevolg heeft dat verzoekster van haar minderjarig kind zal worden gescheiden maar enkel dat zij tijdelijk het land dient te verlaten om zich in regel te stellen met de wetgeving. Verder voert de verwerende partij aan dat verzoekster tijdens haar tijdelijke afwezigheid contact kan houden via moderne communicatiemiddelen met haar gezin en zij niet aantoonde dat dit onmogelijk is. Verwerende partij werpt verder op dat verzoekster niet aannemelijk maakt dat haar echtgenoot tijdens haar tijdelijke aanwezigheid niet kan instaan voor de zorg van hun kind of dat zij het kind niet zou kunnen meenemen naar Afghanistan.

Er wordt benadrukt dat het betrokken kind tussen de tweeëneenhalf en drie jaar oud was op het moment van het nemen van de bestreden beslissing. De overweging in de nota met opmerkingen dat verzoekster niet aannemelijk maakt dat zij haar kind niet zou kunnen meenemen naar Afghanistan kan niet in de bestreden beslissing worden gelezen. Het is een *a posteriori* motivering die de gebrekkige motivering van de bestreden beslissing niet kan verhelpen. Het gegeven dat verzoekster niet aannemelijk heeft gemaakt dat het voor haar "*onmogelijk is*" om contact te houden met haar gezin via moderne communicatiemiddelen en zij niet aantoonde dat haar echtgenoot niet kan instaan voor de zorg van het kind doet geen afbreuk aan de gebrekkige motivering van de bestreden beslissing zoals deze hoger werd vastgesteld. Deze motieven hebben betrekking op het beleven van het gezinsleven van verzoekster, maar niet op het belang van het kind op zich.

Het derde middel is in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Een onderzoek naar de overige grieven dringt zich dan ook niet verder op.

4. Korte debatten

De verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. 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.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 31 oktober 2019 waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op dertien februari tweeduizend twintig door:

mevr. A. DE SMET,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

A. DE SMET