

Arrest

nr. 248 730 van 5 februari 2021
in de zaak RvV X / II

In zake: X

**Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat K. VERSTREPEN
Rotterdamstraat 53
2060 ANTWERPEN**

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 8 oktober 2020 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissingen van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 5 augustus 2020 waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard (bijlage 15*quater*) en tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

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 beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 16 oktober 2020 met referentienummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 18 november 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 11 december 2020.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken N. VERMANDER.

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. LUNDAHL, die *loco* advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat C. DECORDIER, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Op 15 januari 2018 dient de verzoekende partij een aanvraag in voor een toelating tot verblijf op grond van de artikelen 10 en 12*bis*, §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: de Vreemdelingenwet).

1.2. Op 5 augustus 2020 neemt de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie een beslissing waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard. Dit is de eerste bestreden beslissing waarvan de motieven luiden als volgt:

“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 vreemdelingen

is de aanvraag voor een toelating tot verblijf, ingediend op 15.01.2018, 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: (...)

om de volgende reden onontvankelijk:

Betrokkene toont niet aan zich in buitengewone omstandigheden te bevinden die haar verhinderen tijdelijk terug te keren naar het land van herkomst om ginds een aanvraag in te dienen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger, zoals wordt bepaald in artikel 12bis §1 tweede lid, 3° van de wet van 15.12.1980.

Betrokkene haalt in haar schrijven van 15.01.2018 aan dat ze het werk dat zij in België had zal verliezen indien zij een D-visum gaat halen in haar land van herkomst gezien dit een tijdje in beslag neemt. Tevens haalt betrokkene aan dat ze in Marokko geen onderdak heeft en bij niemand terecht kan tijdens de aanvraagprocedure van een D- visum in het land van herkomst.

Betrokkene kan zich niet beroepen op werk dat ze hier mocht verrichten tijdens een andere verblijfsaanvraag die ze eerder indiende gezien die aanvraag geweigerd werd en betrokkene op 27.07.2017 een bevel om het grondgebied te verlaten verkreeg, met het gevolg dat ze van ambtswege geschrapt werd uit het vreemdelingenregister van de gemeente. Deze tewerkstelling kan dus niet als bijzondere omstandigheid ingeroepen worden gezien men zich niet kan beroepen op voordelen uit het verleden die nu niet meer van toepassing zijn.

Het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en samen een kind hebben wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgisch grondgebied, wat hier in casu niet in vraag wordt gesteld. Het feit dat zij zich hier heeft gevestigd, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd. Zij verblijft volgens haar eigen verklaring sedert 2008 in België. Zij kwam haar zus bezoeken en bleef toen verder illegaal in België. Na een aantal pogingen om via haar Nederlandse schoonbroer het verblijfsrecht te bekomen leerde ze begin 2017 B.Y. (...) kennen, met wie ze een paar maanden later huwde en op 14.10.2018 een kindje kreeg.

Uit deze verblijfshistoriek blijkt dat het gezinsleven geheel werd gesticht tijdens illegaal verblijf. Betrokkene was zich bewust van haar illegale precaire situatie tijdens het uitbouwen van haar gezinsleven en nestelde zich jarenlang in illegaal verblijf. Uit illegaal verblijf kunnen echter geen rechten geput worden die de machtiging tot verblijf vanuit België zou moeten rechtvaardigen.

Een terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen staat niet in disproportionaliteit ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. Dit wordt bevestigd door het Europees Verdrag van de Mens (EVRM). Zo stel de Raad voor Vreemdelingenbetwisting in zijn arrest dd. 27.05.2009 het volgende : "De Raad wijst er verder op dat artikel 8 van het EVRM niet als vrijgeleide kan beschouwd worden dat verzoekster zou toelaten de bepalingen van de Vreemdelingenwet naast zich neer te leggen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van

artikel 8 van het EVRM (RvS 22 februari 1993, nr. 42.039; RvS 20 juli 1994, nr.48.653; RvS 13 december 2005, nr. 152.639)". Verder stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in zijn arrest met nummer 157.399 dd. 30.11.2015 het volgende: " De Raad dient op te merken dat zij zich bij de beoordeling van een grief betreffende artikel 8 EVRM houdt aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De omvang van de positieve verplichtingen die op de overheid rusten is evenwel afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan elke individuele zaak. Wanneer het recht op een gezinsleven wordt ingeroepen in het kader van een betwisting over de verblijfswetgeving dient nog te worden geduïd dat de positieve verplichtingen van de overheid begrensd zijn. Een Staat heeft immers het recht op de toegang tot het grondgebied te controleren. Inzake immigratie heeft het RHRM er bij diverse aangelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een Staat waarvan zij geen onderdaan is binnen te komen of er te blijven. (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk §23 EHRM 26 maart 1992 Biljoudi/Frankrijk, §74 EHRM 18 februari 1991 Moustaquim/België §43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo geïnterpreteerd worden dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door de vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland §39). Betrokkene toont niet aan hoe in haar geval artikel 8 van het EVRM geschonden zou worden.

Bij het nemen van het bevel om het grondgebied te verlaten werd ook art. 74/13 in rekening gebracht. Nergens uit het dossier blijkt dat betrokkene niet kan reizen. Wat betreft het belang van het kind en de partner van betrokkene werd reeds aangehaald dat de scheiding tussen betrokkene en het kind/referentiepersoon verre van absoluut is, het gaat eerder om een tijdelijke scheiding, tot betrokkene het vereiste visum D bekomen heeft. In tussentijd moet het perfect mogelijk zijn voor betrokkene om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven."

1.3. Op 5 augustus 2020 neemt de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie een beslissing houdende een bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de tweede bestreden beslissing waarvan de motieven luiden als volgt:

"Mevrouw,
Naam: (...)

wordt het bevel gegeven het grondgebied van België te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenacquis ten volle toepassen tenzij zij beschikt over de documenten die vereist zijn om zich er naar toe te begeven, binnen 30 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 volgende feiten:

Artikel 7:

X *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; Legaal verblijf in België is verstreken.*

Bij het nemen van het bevel om het grondgebied te verlaten werd ook art. 74/13 in rekening gebracht. Nergens uit het dossier blijkt dat betrokkene niet kan reizen. Wat betreft het belang van de kinderen en de partner van betrokkene werd reeds eerder aangehaald dat de scheiding tussen betrokkene en de kinderen/referentiepersoon verre van absoluut is, het gaat eerder om een tijdelijke scheiding, tot betrokkene het vereiste visum D bekomen heeft. In tussentijd moet het perfect mogelijk zijn voor betrokkene om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven.

De aanwezigheid van een echtgenoot/kind op het Belgische grondgebied geeft niet automatisch recht op verblijf. De verwijdering van betrokkene betreft slechts een tijdelijke verwijdering om zich in het bezit te stellen van de nodige binnenkomstdocumenten."

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een eerste middel, gericht tegen de eerste bestreden beslissing, voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: het EVRM), van de artikelen 10 en 12bis van de Vreemdelingenwet, van artikel 5 van de richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (hierna: de Gezinsherenigingsrichtlijn), van de motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, alsook van de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en het zorgvuldigheidsprincipe.

2.1.1. Het eerste middel licht de verzoekende partij toe als volgt:

"Op 5 augustus 2020 nam verwerende partij een beslissing tot onontvankelijkheid van een aanvraag voor een toelating tot verblijf (bijlage 15quater), gezien verzoekster niet zou hebben aangetoond zich in buitengewone omstandigheden te bevinden die een terugkeer naar het land van herkomst zouden verhinderen, zoals bepaald in artikel 12bis Vreemdelingenwet.

1.

Artikel 5.3. Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt:

"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. "

En artikel 5.5. Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt:

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

In deze is het interessant te kijken naar het EHRM in de zaak Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland. Met name gezien de jonge leeftijd van het kind, en de belangen die op het spel staan stelt het Hof dat er sprake is van excessief formalisme in hoofde van de staat door zich blind te staren op een bepaald element :

"44. In view of the far-reaching consequences which an expulsion would have on the responsibilities which the first applicant has as a mother, as well as on her family life with her young daughter, and taking into account that it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considers that in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country does not outweigh the applicants' rights under Article 8, despite the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth. Indeed, by attaching such paramount importance to this latter element, the authorities may be considered to have indulged in excessive formalism. "

(ECtHR, case of Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland, Application no. 50435/99, 31 januari 2006, §44.)

De analogie kan gemaakt worden met huidige zaak. Waar het EHRM in Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland besloot tot excessief formalisme vanwege het belang dat de staat hechtte aan het feit dat de persoon in kwestie op het moment van de geboorte van haar dochter in onwettig verblijf verbleef, en gezien de zwaar doorwegende belangen van dat kind die daardoor geschaad werden, kan ook in casu gewezen worden op excessief formalisme in hoofde van de Dienst Vreemdelingenzaken doordat deze eist dat verzoekster terugkeert naar Marokko om vandaar de aanvraag gezinshereniging in te dienen, verzoekster verblijft ondertussen reeds 12 jaar op het grondgebied en dit werd schijnbaar gedoogd.

Verzoekster heeft namelijk recht op gezinshereniging, het hoger belang van haar minderjarige dochter én ongeboren kind worden door deze vereiste geschaad én de gezinsherenigingsrichtlijn laat lidstaten

toe om "in passende gevallen [te] aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op zijn grondgebied bevinden." Er is sprake van excessief formalisme om te eisen dat verzoekster, ondanks de het hoger belang van het minderjarig kind en haar huidige zwangerschap, het visum gezinshereniging vanuit de ambassade in Marokko aanvraagt wanneer zij zich heden ten dage op het grondgebied bevindt.

In deze dient gewezen te worden op de inhoud van artikel 5.3. Gezinsherenigingsrichtlijn dat toelaat dat lidstaten in "passende gevallen" kunnen toelaten dat aanvragen ingediend worden vanop het grondgebied. Het lijkt echter dat verwerende partij de maatstaaf van "onmogelijkheid" hanteert om te bepalen of een aanvraag vanop het grondgebied ingediend kan worden.

Het is niet in het hoger belang van verzoeksters minderjarig kind om naar Marokko te verplaatsen voor onbepaalde tijd zodat haar moeder daar de aanvraag gezinshereniging kan indienen. In deze kan een analogie gemaakt worden met het arrest *The Queen*, op verzoek van MA e.a. tegen Secretary of State for the Home Department (C-648/11 van 6 juni 2013) van het Hof van Justitie. Dat arrest betrof de verantwoordelijke lidstaat van niet-begeleide minderjarigen, waarin het Hof besliste dat het indruiste tegen het hoger belang van deze kwetsbare minderjarigen om het naar een andere lidstaat over te dragen gezien dit de procedure nodeloos lang zou verlengen:

"55 Aan gezien niet-begeleide minderjarigen bijzonder kwetsbare personen zijn, komt het erop aan de procedure strekkende tot vaststelling van de verantwoordelijke lidstaat niet langer te laten duren dan strikt noodzakelijk, hetgeen impliceert dat zij in beginsel niet aan een andere lidstaat worden overgedragen.

56 Deze overwegingen worden bevestigd door de vereisten van punt 15 van de considerans van verordening nr. 343/2003, waarin is gepreciseerd dat deze verordening is opgesteld met inachtneming van de grondrechten en de beginselen die met name in het Handvest worden erkend.

57 Een van deze grondrechten is onder meer het in artikel 24, lid 2, van het Handvest vervatte recht dat bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, de belangen van het kind de eerste overweging dienen te vormen.

58 Artikel 6, tweede alinea, van verordening nr. 343/2003 kan dus niet worden uitgelegd op een wijze waardoor dat grondrecht wordt geschonden (zie naar analogie arrest *Deticek*, reeds aangehaald, punten 54 en 55, en arrest van 5 oktober 2010, *McB.*, CM00/10 PPU, Jurispr. blz. 1-8965, punt 60).

59 Hoewel enkel de eerste alinea van artikel 6 van verordening nr. 343/2003 uitdrukkelijk naar het belang van de minderjarige verwijst, heeft artikel 24, lid 2, van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 51, lid 1, ervan, tot gevolg dat de belangen van het kind ook de eerste overweging dienen te vormen bij ieder besluit dat de lidstaten op grond van de tweede alinea van dat artikel 6 vaststellen.

60 Dit vereiste om de belangen van het kind in aanmerking te nemen, impliceert in beginsel dat in omstandigheden als die welke de situatie van verzoekers in het hoofdgeding kenmerken, artikel 6, tweede alinea, van verordening nr. 343/2003 aldus wordt uitgelegd dat volgens deze bepaling de verantwoordelijke lidstaat de lidstaat is waar de minderjarige zich bevindt nadat hij er een asielerzoek heeft ingediend.

61 Zoals uit punt 55 van het onderhavige arrest blijkt, komt het er in het belang van niet-begeleide minderjarigen namelijk op aan de procedure tot vaststelling van de verantwoordelijke lidstaat niet nodeloos te rekken maar hun een snelle toegang tot de procedures voor de toekenning van de vluchtelingenstatus te waarborgen.

62 Deze methode om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielerzoek dat is ingediend door een niet-begeleide minderjarige die geen op het grondgebied van een lidstaat verblijvend gezinslid heeft, is gebaseerd op een objectief criterium in de zin van punt 4 van de considerans van verordening nr. 343/2003. "

Er kan een analogie gemaakt worden tussen de situatie van niet-begeleide minderjarige asielerzoekers, waarvoor de lidstaat waarin zij zich bevinden bevoegd is met als doel de belangen van deze kwetsbare groep minderjarigen te beschermen en de procedure zo kort mogelijk te maken, en de belangen van het minderjarig kind in casu. Ook zij bevindt zich reeds op het grondgebied van de verantwoordelijke

lidstaat en een terugkeer naar Marokko van verzoekster zou de procedure nodeloos rekken, hetgeen duidelijk niet in het hoger belang van minderjarige kinderen is volgens het Hof van Justitie.

Verzoekster heeft de aanvraag tot gezinshereniging in januari 2018 ingediend. Artikel 5.4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt dat de aanvraag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk negen maanden na de datum van indiening van een verzoek, moet behandeld zijn, en dat enkel in bijzondere omstandigheden die verband houden met het complexe karakter van de behandeling van het verzoek, de termijn verlengd kan worden.

Verwerende partij heeft er meer dan 2 jaar en 9 maanden over gedaan om het verzoek niet ten gronde te behandelen maar onontvankelijk te verklaren omdat er geen buitengewone omstandigheden zouden aangetoond zijn die rechtvaardigen dat de aanvraag vanop het grondgebied werd ingediend.

Het gezinsleven dat verzoekster met haar kind en man heeft ontwikkeld is uitsluitend ontstaan nadat verwerende partij al een beslissing had moeten genomen hebben conform art. 5.4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn.

De aanvraag werd in januari 2018 ingediend en verzoeksters dochter werd meer dan 9 maanden later geboren, nl op 14 oktober 2018.

Zo er hier twijfel over zou bestaan, vraagt verzoekster Uw Raad om hierover aan het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag te stellen:

Moet artikel 5.4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn aldus worden uitgelegd dat ook in het geval dat een verzoeker verklaart zich in een 'gepast geval' in de zin van artikel 5.3. van de richtlijn te bevinden, de beslissing uiterlijk na 9 maanden moet genomen worden. En moet artikel 5.4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn aldus worden uitgelegd dat een termijn van 2 jaar en 9 maanden om de beslissing te nemen als onredelijk lang moet beschouwd worden?

Moet artikel 5.3 van de Gezinsherenigingsrichtlijn aldus worden uitgelegd dat 'in passende gevallen' moet gelezen worden als 'buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om het vereiste visum te vragen bij de bevoegde diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger van de lidstaat'?

Moeten artikel 5.3 en artikel 5.5, van de Gezinsherenigingsrichtlijn, samen gelezen met artikel 7 en 24 van het Handvest; aldus worden uitgelegd dat het de beslissingsautoriteit van een lidstaat, naar analogie met HvJ, C-648/11 van 6 juni 2013, het feit dat de verzoeker zwanger is van de referentiepersoon met wie ze zich wilt herenigen, het feit dat ze samen een kind hebben dat in de lidstaat verblijft, en het feit dat de beslissingstermijn onredelijk lang geduurd heeft, een passend geval kan uitmaken, gezien een terugkeer de procedure nodeloos zou rekken en gezien dit in zou druisen tegen het hoger belang van dit kind?

2.

Hoger belang kind(eren): de bestreden beslissing betreft Unierecht waardoor artikel 24 Handvest van toepassing is, dat het hoger belang van het kind waarborgt.

Artikel 5.5. Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt eveneens dat "Bij de behandeling van het verzoek zorgen de lidstaten ervoor dat terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen. "

Ook artikel 12bis §7 Vreemdelingenwet bepaalt expliciet: "§ 7. In het kader van het onderzoek van de aanvraag wordt terdege rekening gehouden met het hoger belang van het kind. "

Bij de tenuitvoerlegging van de Gezinsherenigingsrichtlijn zijn Lidstaten gehouden om artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie na te leven. Dit artikel, dat samen met het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 in werking is getreden, luidt:

"De rechten van het kind

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

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

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

In casu is artikel 24 van het Handvest van toepassing. De bestreden beslissing betreft immers een tenuitvoerlegging van artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn.

Zoals Uw Raad eerder al bevestigd heeft is artikel 24.2 van het Handvest gebaseerd op het VN Kinderrechtenverdrag (zie RvV 21 februari 2013, nr. 97.183, bevestigd in cassatie door RvS 15 januari 2014, nr. 226.067). De Toelichtingen bij artikel 24 van het Handvest stellen het volgende: "Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag. (cfr. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303, 17.)

Deze Toelichtingen hebben een belangrijke interpretatieve waarde (zie RvV 21 februari 2013, nr. 97.183, bevestigd in cassatie door RvS 15 januari 2014, nr. 226.067). Krachtens artikel 52, § 7 van het Handvest zijn deze toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten en dient deze Toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de Lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

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

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

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

Het VN Kinderrechtencomité verduidelijkt omtrent artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag het volgende:

"Article 3(1): the best interests of the child as a primary consideration in all actions concerning children. The article refers to actions undertaken by "public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies". The principle requires active measures throughout Government, parliament and the judiciary. Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children's rights and interests are or will be affected by their decisions and actions - by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children. "

(cf. UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 5 (2003), General Measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 november 2003, CRC/GC/2003/par. 12).

Hieruit blijkt dat artikel 3.1 van het VN Kinderrechtenverdrag niet enkel van toepassing is op maatregelen die genomen worden betreffende kinderen. Ook maatregelen die kinderen onrechtstreeks beïnvloeden, vallen onder de werkingssfeer van artikel 3.1. van het Kinderrechtenverdrag.

Artikel 3.1 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind en het hoger belang van het kind brengen een onderzoeksplicht met zich mee.

Zoals M. Maes en A. Wijnants schrijven: "Het VN-Kinderrechtencomité voegde hieraan toe dat het beginsel van het belang van het kind een drievoudig concept is. Het beginsel houdt niet enkel een

materieel recht in voor een kind om zijn belangen (d.i. in wezen het welzijn van het kind) in overweging te zien genomen worden, maar is tevens een interpretatief rechtsbeginsel en een procedureregulering. Wat dit laatste betreft, kan het beginsel van het belang van het kind als een onderzoekplicht worden opgevat. Telkens wanneer een maatregel (d.i. een beslissing, handeling, gedrag, voorstel, dienst, procedure, een nalatigheid of andere maatregel) wordt genomen die gevolgen heeft voor een kind, moeten tijdens het besluitvormingsproces nauwgezet de mogelijke negatieve en positieve effecten van een eventuele beslissing op het kind worden onderzocht, zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het kind in een specifiek geval vereisen.

Wanneer de verschillende relevante belangen tegen elkaar worden afgewogen, moeten de belangen van het kind primair in overweging worden genomen. Tijdens de belangenafweging moet op basis van evenredigheid worden nagegaan of andere overwegingen van die aard zijn, bv. inzake migratiecontrole, dat ze toch primeren op de belangen van het kind als een eerste overweging" (M. MAES, A. WIJNANTS, *Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: een nieuwe speler in het vreemdelingenrecht*, T.Vreemd. 2016, nr. 1).

Verwerende partij stelt in de bestreden beslissing dat het slechts om een tijdelijke scheiding gaat en "dat de scheiding tussen betrokkene en het kind/referentiepersoon verre van absoluut is, het gaat eerder om een tijdelijke scheiding, tot betrokkene het vereiste visum D bekomen heeft. In tussentijd moet het perfect mogelijk zijn voor betrokkene om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven. "

Dit is een onredelijk argument niet gestoeld op de realiteit. De realiteit is namelijk dat verzoekster moeder is van een erg jong kind, een meisje van bijna 2 jaar oud, en in verwachting is van haar tweede kindje. Haar terugsturen naar Marokko heeft als gevolg dat zij zou alleen zou moeten bevallen, of dat zij zou bevallen in Marokko met haar man aan haar zijde, die dan kort erna terug zou moeten keren naar België voor zijn werk, gezien de inkomsten nodig zijn om zijn vrouw en kinderen te onderhouden, temeer gezien mevrouw enkele maanden niet zal kunnen werken als kersverse moeder.

Verwerende partij kan ook niet aanhalen niet op de hoogte te zijn van het feit dat verzoekster zwanger is en uitgerekend is voor december 2020. Zij had dit moeten weten, en kunnen weten indien zij verzoekster gehoord had alvorens de bestreden beslissing te nemen, hetgeen zij naliet te doen (zie derde middel).

Het is niet in het hoger belang van de tweejarige dochter om gescheiden te worden van een van haar ouders voor onbepaalde tijd. Daarnaast is het zeker niet in het hoger belang van het ongeboren kind van verzoekster om de eerste levensmaanden zonder vaderfiguur waaraan het kind zich kan hechten, door te brengen. Deze scheiding zou een erg moeilijk te herstellen nadeel hebben ten aanzien van deze beide kinderen.

3.

Artikel 8 EVRM bepaalt dat:

"1. Een ieder 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. "

Artikel 8 van het EVRM waarborgt het recht op een gezins- en privéleven. Dit houdt in dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn privéleven, familie- en gezinsleven.

Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een privé- en/ of familie- en gezinsleven dient de Raad zich te plaatsen op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen (cf. EHRM 13 februari 2001, Ezzoudhi/Frankrijk, § 25; EHRM 31 oktober 2002, Yildiz/Oostenrijk, § 34; EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 21).

Artikel 8 van het EVRM definieert het begrip 'familie- en gezinsleven' noch het begrip privéleven. Beide begrippen zijn autonome begrippen, die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd.

De beoordeling of er sprake kan zijn van een familie- en gezinsleven of van een privéleven of van beiden, is een feitenkwestie.

Om te bepalen of een relatie een voldoende standvastigheid heeft om te worden gekwalificeerd als 'gezinsleven' in de zin van artikel 8 van het EVRM, kan rekening worden gehouden met een aantal factoren, waaronder het al dan niet samenwonen, de aard en duur van de relatie en het al dan niet uiten van toewijding/engagement ten aanzien van elkaar, bijvoorbeeld door samen kinderen te hebben (EHRM 20 juni 2002, Al-Nashif/Bulgarije, § 112; EHRM 8 januari 2009, nr. 10606/07, Joseph Grant v. Verenigd Koninkrijk, par. 30).

Aan het bestaan van een gezinsleven met haar partner en kind, of aan de hechtheid hiervan kan niet getwijfeld worden. Verwerende partij stelt niet in twijfel dat er effectief sprake is van een gezinsleven en erkent dit ook in de bestreden beslissing door te stellen "het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en samen een kind hebben wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgische grondgebied. "

Vervolgens stelt verwerende partij dat verzoekster de huidige situatie zelf gecreëerd heeft. Los daarvan, neemt dat echter geenszins weg dat verwerende partij rekening moet houden met het gezins- en privéleven van verzoekster, hetgeen zij naliet te doen. Verwerende partij argumenteert als volgt:

"Het feit dat zij zich hier heeft gevestigd, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd. Zij verblijft volgens haar eigen verklaringen sedert 2008 in België. Zij kwam haar zus bezoeken en bleef toen verder illegaal in België. Na een aantal pogingen om via haar Nederlandse schoonbroer het verblijfsrecht te bekomen leerde ze begin 2017 Bougria Youssef kennen, met wie ze een paar maanden later huwde en op 14.10.2018 een kindje kreeg.

Uit deze verblijfshistoriek blijkt dat het gezinsleven geheel werd gesticht tijdens illegaal verblijf. Betrokkene was zich bewust van haar illegale preciaire situatie tijdens het uitbouwen van haar gezinsleven en nestelde zich jarenlang verblijf. Uit illegaal verblijf kunnen echter geen rechten geput worden die de machtiging tot verblijf vanuit België zou moeten rechtvaardigen. "

In feite was niet enkel verzoekster op de hoogte van haar eigen illegaal verblijf, ook verwerende partij was hiervan op de hoogte. Volgens het administratief dossier was de situatie van verzoekster reeds gekend bij verwerende partij sedert ten minste 2015.

Het EHRM oordeelde in het Grote Kamer arrest Jeunesse t. Nederland dat het niet enkel tegengeworpen kan worden aan de persoon in onwettig verblijf dat hij of zij wist dat er geen wettig verblijf aan de grondslag lag van het uitbouwen van een prive- en gezinsleven, maar dat het eveneens een verantwoordelijkheid is van de staat in kwestie die het verblijf van een persoon zonder wettig verblijf dergelijk lang tolereert dat het normaal is dat deze laatste culturele sociale en familiale banden ontwikkeld. Met name met het hoger belang van de kinderen op wie de beslissing eveneens betrekking heeft moet rekening gehouden worden:

"116. The Court considers that a second important feature of the instant case is the fact that the applicant has been in the Netherlands for more than sixteen years and that she has no criminal record. Although she failed to comply with the obligation to leave the Netherlands, her presence was nevertheless tolerated for a considerable period of time by the Netherlands authorities, while she repeatedly submitted residence requests and awaited the outcome of appeals. The tolerance of her presence for such a lengthy period of time, during which for a large part it was open to the authorities to remove her, in effect enabled the applicant to establish and develop strong family, social and cultural ties in the Netherlands.

The applicant's address, where she has been living for the last fifteen years, has always been known to the Netherlands authorities.

(...)

118. The Court fourthly considers that the impact of the Netherlands authorities' decision on the applicant's three children is another important feature of this case. The Court observes that the best interests of the applicant's children must be taken into account in this balancing exercise (see above § 109). On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in

international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cited above, § 135, and *X v. Latvia*, cited above, § 96).

(...)

119. Noting that the applicant takes care of the children on a daily basis, it is obvious that their interests are best served by not disrupting their present circumstances by a forced relocation of their mother from the Netherlands to Suriname or by a rupturing of their relationship with her as a result of future separation. In this connection, the Court observes that the applicant's husband provides for the family by working full-time in a job that includes shift work. He is, consequently, absent from the home on some evenings. "

(ECtHR, case of *Jeunesse v. the Netherlands*, Application no. 12738/10, 3 October 2014, §116-119.)

Net zoals in de zaak *Jeunesse* is verzoekster reeds lange tijd in België, zijnde meer dan 12 jaar. Ook voor verzoekster geldt het feit dat verwerende partij op de hoogte was van haar jarenlange onwettig verblijf én de verschillende pogingen die zij ondernam om haar verblijf te wettigen. Ook in het geval van verzoekster werd onvoldoende rekening gehouden met haar privé- en gezinsleven in België louter en alleen vanuit het idee dat dit gesticht werd vanuit onwettig verblijf. Met name het hoger belang van het kindje van verzoekster werd volledig buiten beschouwing gelaten door verwerende partij in de bestreden beslissing. Net zoals in de zaak *Jeunesse* staat ook de echtgenoot van verzoekster in voor de kostwinning, terwijl verzoekster de opvoedingstaak primair op zich neemt. Ook hier hield verwerende partij geen rekening mee.

Met name over het hoger belang van het minderjarige kind dient opgemerkt te worden dat de verplichte terugkeer van verzoekster een zware negatieve impact heeft op de belangen van dit kind. Ofwel gaat het kind met haar moeder mee terug naar Marokko voor onbepaalde tijd. In dat geval wordt het gescheiden van haar vader en moet het België verlaten, het land waar zij geboren is, en waar de rest van haar gezin en bredere familie zich bevindt. Ofwel blijft het kind bij haar vader in België terwijl haar moeder terugkeert naar Marokko voor onbepaalde tijd. In dat geval wordt het kind gescheiden van haar primaire verzorgster, kan hiermee geen effectieve band opbouwen én kan ook de volwaardige zorg voor dit kind niet volledig gegarandeerd worden gezien haar vader voltijds werkt om te kunnen voorzien in de noden van zijn gezin.

Met name gezien de jonge leeftijd van het kind, en de belangen die op het spel staan stelt het EHRM in de zaak *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland* het volgende:

"44. In view of the far-reaching consequences which an expulsion would have on the responsibilities which the first applicant has as a mother, as well as on her family life with her young daughter, and taking into account that it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considers that in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country does not outweigh the applicants' rights under Article 8. despite the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth. Indeed, by attaching such paramount importance to this latter element, the authorities may be considered to have indulged in excessive formalism.

The Court concludes that a fair balance was not struck between the different interests at stake and that, accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention."

(ECtHR, case of *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland*, Application no. 50435/99, 31 January 2006, §44.)

Ook in casu is het duidelijk in het hoger belang van het minderjarige kind om in België te blijven bij haar vader en bredere familie en dat haar moeder als primaire verzorgster eveneens op het grondgebied kan verblijven om voor haar te zorgen.

Dit in aanvulling op wat verwerende partij aanhaalt uit het arrest *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland* in de bestreden beslissing, namelijk dat "Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo geïnterpreteerd worden dat het voor een staat een algemeen verplichting inhoudt om de door de vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan". Ondanks het feit dat verwerende partij op de hoogte was van de inhoud van dit arrest, paste zij de inhoud hiervan niet correct toe en overzag het hoofdargument van het Hof.

Het is duidelijk dat het EHRM zowel in de zaak *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland* als in *Jeunesse t. Nederland* het hoger belang van het kind in functie van artikel 8 EVRM zwaar laat doorwegen als primordiale overweging. Verwerende partij heeft het hoger belang van het kind in de belangenafweging die zij maakte allesbehalve voldoende gewicht gegeven: het hoger belang van het kind wordt nergens in de bestreden beslissing effectief vermeld, en verwerende partij gaat te kort door de bocht door te stellen dat voor een dergelijk jong kind, dat door de bestreden beslissing voor onbepaalde duur van een van de ouders gescheiden zal worden, dat "In tussentijd moet het perfect mogelijk zijn voor betrokkene om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven." In tegenstelling tot hetgeen besloten wordt in de bestreden beslissing, gaat deze wel degelijk rechtstreeks in tegen het hoger belang van het kind en vormt deze een schending van artikel 8 EVRM.

Tot slot dient omtrent het lange onwettige verblijf van verzoekster nog gewezen te worden op een erg recent arrest van het EHRM, namelijk *Pormes t. Nederland* van 28 juli 2020, omtrent de regularisatie van personen in illegaal verblijf die reeds lange tijd op het grondgebied getolereerd werden:

"64. Given that the applicant cannot be reproached for the unlawful character of his stay in the Netherlands (see paragraph 60 above) and bearing in mind that he had arrived there at a very young age and had established close ties with that country for a considerable period of time (see paragraph 57 above), the Court considers that; if no other factors entered into the equation, his interests in being allowed to reside in the Netherlands would have outweighed any interest of immigration control on the part of the State.

65. However, it cannot be overlooked that the applicant repeatedly committed criminal offences. " (ECtHR, case of *Pormes v. the Netherlands*, Application no. 25402/14, 28 July 2020, §64-65.)

Hierin kan gelezen worden dat het EHRM aanvaardt dat in een situatie van langdurig onregelmatig verblijf, zonder bijkomende factoren zoals strafrechtelijke veroordelingen, artikel 8 EVRM kan worden gebruikt om onregelmatig verblijf te regulariseren. Het feit dat het Hof bereid was te antwoorden op het hypothetische geval dat de aanvrager niet strafrechtelijk is veroordeeld, maakt duidelijk dat de bescherming van het verblijfsrecht van illegale migranten binnen de werkingssfeer van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven valt (zie M. KLAASSEN, 'A right to regularize unlawful residence? *Pormes v. the Netherlands* untangled', *Strasbourg Observers*, 18 september 2020, beschikbaar via: <https://strasbourqobservers.com/2020/Q9/18/a-right-to-regularize-unlawful-residence-pormes-v-netherlands-untangled/>).

Volgens een *a contrario* redenering kan dus gesteld worden dat, gezien verzoekster in tegenstelling tot de verzoeker in het *Pormes*-arrest, geen enkel strafbaar feit pleegde, zij onder artikel 8 EVRM aanspraak zou moeten kunnen maken op regularisatie van haar verblijf.

Sterker nog, waar het in het *Pormes*-arrest slechts de 'gunst' van de regularisatie betreft, gaat het in casu over het récht op gezinshereniging. Als de verzoeker in *Pormes* onder artikel 8 EVRM aanspraak zou moeten kunnen maken op de gunst van regularisatie, zou verzoekster volgens een *a fortiori* redenering zeker aanspraak moeten kunnen maken op haar recht op gezinshereniging onder artikel 8 EVRM.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing op geen enkele manier in concreto rekening heeft gehouden met verzoeksters gezinsleven in België en daardoor hoogst onzorgvuldig, kennelijk onredelijk én in strijd met artikel 8 EVRM handelde.

Verwerende partij beperkte zich integendeel tot een ongefundeerde stelling dat de terugkeer van verzoekster naar haar land van herkomst om aldaar eventueel een aanvraag in te dienen om op legale wijze naar België te komen niet in disproportionaliteit zou staan ten aanzien van haar recht op een gezins- of privéleven.

Het onderzoek van verwerende partij was dan ook uiterst onzorgvuldig. Verwerende partij had rekening moeten houden met de feitelijke omstandigheden van het geval (zijnde het jarenlange verblijf van verzoekster op het grondgebied, het feit dat zij een jong kind heeft met haar echtgenoot die onbeperkt verblijfsrecht heeft in België en een vaste baan, en het feit dat verzoekster zwanger is en uitgerekend voor december 2020), *quod non*.

De impact van de scheiding van onbepaalde duur die een terugkeer zou impliceren is reël: verzoekster zou alleen moeten bevallen van haar tweede kind, of zou bevallen met haar man aan haar zijde maar dan het overgrote deel van de postnatale periode alleen overbruggen gezien haar echtgenoot terug zou moeten keren naar België om te werken, om zijn baan te behouden en zo te kunnen voorzien in de noden van zijn vrouw en kinderen. Dit betekent dat het tweede kind van verzoekster in (minstens) het eerste levensjaar geen hechtingsband zou kunnen opbouwen met de vader. Dit betreft dan ook een erg moeilijk te herstellen nadeel, met name in hoofde van dit kind, maar ook in hoofde van de vader die zijn pasgeborene zal moeten missen en niet zal kunnen bijdragen in de dagelijkse zorgen.

Ook de impact op verzoekster is reël: zij verklaarde namelijk dat zij geen netwerk meer heeft in Marokko. Verwerende partij was hiervan op de hoogte want vermeldt dit in de bestreden beslissing: "Tevens haalt betrokkene aan dat ze in Marokko geen onderdak heeft en bij niemand terecht kan tijdens de aanvraagprocedure van een D-visum in het land van herkomst." De enige resterende familie die zij heeft zijn haar beide bejaarde ouders (stuk 12). Die kunnen haar echter geen onderdak, financiële hulp of hulp met een pasgeboren kind bieden.

Ook de impact van de bestreden beslissing op het minderjarige kind van de verzoekster en haar echtgenoot is groot: ofwel gaat zij met haar moeder mee naar Marokko voor onbepaalde duur, waardoor zij gescheiden wordt van haar vader, haar leefwereld in België en haar bredere familie in België waarmee zij verwant is en een hechte band heeft (stuk 131-15). Ofwel blijft zij in België maar wordt dan gescheiden van haar moeder en primaire verzorger. In ieder geval gaat het om een grote impact met nefaste gevolgen voor de emotionele ontwikkeling van dit kind en de hechting met een van de ouders.

4.

Verwerende partij besluit dat verzoekster niet aantoonbaar dat zij zich in buitengewone omstandigheden bevindt in de zin van artikel 12bis Vreemdelingenwet die haar verhinderen 'tijdelijk' (in feite voor onbepaalde duur) terug te keren naar Marokko. Er werd door verwerende partij echter onvoldoende rekening gehouden met de feitelijke omstandigheden én onvoldoende gewicht gegeven aan het privé- en gezinsleven van verzoekster zoals beschermd onder artikel 8 EVRM. Had zij dit wel gedaan, quod non, had verwerende partij tot de conclusie gekomen dat verzoekster zich wel degelijk in buitengewone omstandigheden bevindt die nopen tot de toepassing van artikel 12bis Vreemdelingenwet en die een aanvraag vanop het grondgebied toelaten.

Artikel 12bis Vreemdelingenwet stelt verder "De beslissing wordt getroffen, rekening houdende met het geheel van de elementen van het dossier."

Het is dan ook onzorgvuldig dat verwerende partij in de bestreden beslissing stelt dat het niet aan verzoekster is om werk aan te halen dat ze zou verliezen bij terugkeer naar Marokko gezien zij zich volgens verwerende partij niet kan beroepen op werk dat ze mocht verrichten tijdens een eerder ingediende aanvraag die uiteindelijk geweigerd werd. Echter, het feit dat verzoekster werkte in België is wel degelijk een element van haar privéleven dat eveneens haar engagement naar en integratie in België aantoont. Het is dan ook buitenproportioneel dat verwerende partij stelt dat dit element niet aangehaald kan worden en dan door haar ook buiten beschouwing gelaten is, dit terwijl artikel 12bis duidelijk stelt dat rekening gehouden moet worden met "het geheel van elementen van het dossier." Verwerende partij gaat daardoor niet enkel voorbij aan haar motiveringsplicht, zij miskent ook de Vreemdelingenwet.

Zelfs al was de huidige zwangerschap van verzoekster niet gekend door verwerende partij op het moment van de bestreden beslissing, het EHRM vereist een ex nunc beoordeling bij een schending van artikel 8 van het EVRM.

Het EHRM oordeelde op 20 september 2011, nr. 8000/08, A.A. v. Verenigd Koninkrijk:

"§ 67 The Government did not argue in their written observations that the Court should not have regard to facts which occurred after the final domestic decision in January 2008. The Court recalls that according to its established case-law under Article 3 of the Convention, the existence of a risk faced by an applicant in the country to which he is to be expelled is assessed by reference to the facts which were known or ought to have been known at the time of the expulsion: in cases where the applicant has not yet been deported, the risk is assessed at the time of the proceedings before the Court (see Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, BAILII: [2008] ECHR 179, § 133, ECHR 2008 ...).

The Court sees no reason to take a different approach to the assessment of the proportionality of a deportation under Article 8 of the Convention and points out in this regard that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion and not of the final expulsion order (see Maslov, cited above, § 93). Any other approach would render the protection of the Convention theoretical and illusory by allowing Contracting States to expel applicants months, even years, after a final order had been made notwithstanding the fact that such expulsion would be disproportionate having regard to subsequent developments. The Government have not explained whether further remedies within the domestic legal system are now available to allow the applicant to challenge his deportation a second time, nor have they suggested that the Court is precluded from examining developments on the basis that the applicant has failed to exhaust domestic remedies. In the circumstances, it is appropriate for the Court itself to assess the effect of this additional lapse of time on the proportionality of the applicant's deportation. "

En zéér recent heeft het EHRM specifiek ten opzichte van België geoordeeld in het arrest Makdoudi t. België, nr 12848/15 van 18 februari 2020:

«87. Toutefois, cet élément ne permet pas de conclure à l'absence d'une vie familiale. Le requérant a en effet reconnu en juillet 2011, certes plus d'un an après sa naissance, l'enfant mis au monde par L.M. Or la notion de famille sur laquelle repose l'article 8 inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre un individu et son enfant, que celui-ci soit né dans ou hors mariage (Boughanemi c. France, 24 avril 1996, § 39, Recueil des arrêts et décisions 1996 II). L'enfant s'insère de plein droit dans la cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci (Elsholz c. Allemagne [GC], no 25735/94, §43, CEDH 2000 VIII). De plus, la Cour rappelle que la question de l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8 doit s'apprécier à la lumière de la situation à l'époque où la mesure d'éloignement ou d'interdiction de séjour est devenue définitive (Mokrani c. France, no 52206/99, § 34, 15 juillet 2003, et Maslov c. Autriche [GC], no 1638/03, § 61, CEDH 2008), soit en l'espèce à la date de l'ordonnance du Conseil d'État du 13 septembre 2011. À ce moment, le requérant avait reconnu l'enfant depuis deux mois ; cet élément, acté par le Conseil d'état, n'a toutefois pas été pris en considération pour un motif procédural (paragraphe 15 ci-dessus). »

Verzoekster vraagt dan ook terdege rekening te houden met haar zwangerschap."

2.1.2. De in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 neergelegde uitdrukkelijke motiveringsplicht heeft tot doel de bestuurde, 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. 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 de determinerende motieven aangeven op grond waarvan deze beslissing genomen is. *In casu* geeft de eerste bestreden beslissing duidelijk de motieven en de juridische grond aan op basis waarvan deze beslissing is genomen.

Zo verwijst de eerste bestreden beslissing naar artikel 12*bis*, §4, eerste lid en de artikelen 10 en 12*bis*, §1, tweede lid van de Vreemdelingenwet alsook naar 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 vreemdelingen. In de eerste bestreden beslissing wordt voorts gemotiveerd waarom de aanvraag onontvankelijk is waarbij verwezen wordt naar het feit dat de door de verzoekende partij aangehaalde omstandigheden geen buitengewone omstandigheden vormen in de zin van artikel 12*bis*, §1, tweede lid, 3^o van de Vreemdelingenwet en worden ook de redenen hiervoor uiteengezet.

De verzoekende partij maakt niet duidelijk op welk punt deze motivering haar niet in staat stelt te begrijpen op welke juridische en feitelijke gegevens de eerste bestreden beslissing is genomen derwijze dat hierdoor niet zou zijn voldaan aan het doel van de artikelen 2 en 3 van de genoemde wet van 29 juli 1991.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat aan de formele motiveringsverplichting niet werd voldaan.

2.1.3. Waar de verzoekende partij inhoudelijke argumenten ontwikkelt tegen de eerste bestreden beslissing, voert zij in wezen de schending aan van de materiële motiveringsplicht, zodat dit onderdeel van het middel vanuit dit oogpunt wordt onderzocht.

Bij de beoordeling van de materiële motivering behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad 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 na te gaan of deze overheid bij de beoordeling 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 kunnen komen.

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt aan de verwerende partij de verplichting op haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding. Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat zij bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

2.1.4. De aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht en van de zorgvuldigheidsplicht dient onderzocht te worden in het licht van de toepasselijke wettelijke bepalingen, artikelen 10 en 12bis van de Vreemdelingenwet.

Artikel 10, §1, eerste lid, 4° 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;*

– *hun kinderen, die met hen komen samenleven alvorens zij de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en alleenstaand zijn;*

– *de kinderen van de vreemdeling die vervoegd wordt, van diens echtgenoot of van de geregistreerde partner bedoeld in het eerste streepje, die met hen komen samenleven alvorens zij de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en alleenstaand zijn, voor zover de vreemdeling die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt en de kinderen ten laste zijn van hem of diens echtgenoot of deze geregistreerde partner en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven;*

5° [...]

6° [...]

7° [...]

Artikel 12bis, §1 van de Vreemdelingenwet:

“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 :

(...)

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;

(...).”

Uit de bovenstaande bepalingen blijkt dat op grond van artikel 10 van de Vreemdelingenwet de echtgenote van een derdelander met een onbeperkte machtiging tot verblijf van rechtswege is toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven, mits evenwel is voldaan aan bepaalde voorwaarden. Zo moet een vreemdeling die verklaart zich in een van de in artikel 10 van de Vreemdelingenwet voorziene gevallen te bevinden, zijn aanvraag in principe indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfplaats in het buitenland. Indien hij zich echter bevindt in buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om het vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger en daartoe alle vereiste bewijzen overmaakt, evenals een bewijs van zijn identiteit, kan hij zijn aanvraag indienen bij het gemeentebestuur van zijn verblijfplaats. Het gemeentebestuur moet zich dan onverwijld vergewissen van de ontvankelijkheid van de aanvraag bij de gemachtigde.

2.1.5. De verzoekende partij diende op 15 januari 2018 een aanvraag in voor een toelating tot verblijf in toepassing van de artikelen 10 en 12*bis*, §1, tweede lid van de Vreemdelingenwet. Door middel van de eerste bestreden beslissing wordt deze aanvraag geweigerd omdat de verzoekende partij volgens de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris niet heeft aangetoond dat zij zich in buitengewone omstandigheden bevindt die haar verhinderen terug te keren naar haar land om daar het vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger.

2.1.6. Artikel 12*bis*, §7 van de Vreemdelingenwet, waarnaar de verzoekende partij verwijst, luidt als volgt:

“§ 7

In het kader van het onderzoek van de aanvraag wordt terdege rekening gehouden met het hoger belang van het kind.”

2.1.7. De verzoekende partij verwijst naar artikel 5.5 van de Gezinsherenigingsrichtlijn en wijst op de zaak Rodrigues Da Silva en Hoogkamer t. Nederland waarbij, volgens haar, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) stelde dat gezien de jonge leeftijd van het kind en de belangen die op het spel staan er sprake is van extreem formalisme in hoofde van de staat vanwege het belang dat deze hechte aan het feit dat de persoon in kwestie op het moment van de geboorte van de dochter in onwettig verblijf verbleef en gezien de zwaar doorwegende belangen van het kind die daardoor geschaad werden. De verzoekende partij stelt dat zij recht heeft op gezinshereniging, dat het hoger belang van haar minderjarige dochter door deze vereiste wordt geschaad en de Gezinsherenigingsrichtlijn toelaat om in passende gevallen te aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend op het grondgebied. Zij meent dat er sprake is van extreem formalisme om te eisen dat zij, ondanks het hoger belang van haar minderjarig kind, het visum aanvraagt in Marokko wanneer zij zich heden op het grondgebied bevindt. Zij vervolgt dat het niet in het hoger belang van haar minderjarig kind is om zich naar Marokko te verplaatsen voor onbepaalde tijd zodat zij, haar moeder, daar de aanvraag kan indienen. De verzoekende partij wijst er ook op dat een terugkeer naar Marokko de procedure nodeloos zou rekken, hetgeen duidelijk niet in het belang is van minderjarige kinderen. Zij wijst erop dat zij haar aanvraag tot gezinshereniging heeft ingediend in januari 2018, dat artikel 5.4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt dat de aanvraag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk negen maanden na de datum van indiening, moet behandeld zijn, dat enkel in bijzondere omstandigheden de termijn kan verlengd worden. Zij verduidelijkt dat de verwerende partij er meer dan 2 jaar en 9 maanden over heeft gedaan om haar verzoek niet ten gronde te behandelen maar onontvankelijk te verklaren omdat er geen buitengewone omstandigheden aangetoond zijn die een aanvraag van op het grondgebied rechtvaardigen. De verzoekende partij benadrukt dat haar gezinsleven met haar kind zich uitsluitend heeft ontwikkeld nadat de verwerende partij al een beslissing had moeten genomen hebben, dat de aanvraag in januari 2018 werd ingediend en haar dochter meer dan 9 maanden later, op 14 oktober 2018, werd geboren. Voorts wijst de verzoekende partij op het hoger belang van het kind en artikel 5.5 van de Gezinsherenigingsrichtlijn en artikel 12*bis*, §7 van de Vreemdelingenwet, waaruit blijkt dat in het kader van het onderzoek van de aanvraag terdege rekening moet worden gehouden met het hoger

belang van het kind. Betreffende het argument van de verwerende partij dat de scheiding met haar kind/partner slechts een tijdelijke scheiding betreft, stelt de verzoekende partij dat dit een onredelijk argument is dat niet gestoeld is op de realiteit, dat zij namelijk moeder is van een erg jong kind, een meisje van bijna twee jaar oud, dat haar terugsturen naar Marokko als gevolg heeft dat haar man in België moet blijven om te werken gezien de inkomsten nodig zijn om haar en haar kind te onderhouden. Zij meent dat het niet in het hoger belang van het kind is om gescheiden te worden van één van haar ouders voor onbepaalde tijd, dat deze scheiding een moeilijk te herstellen nadeel zou hebben ten aanzien van het kind. Voorts wijst de verzoekende partij, in het kader van artikel 8 van het EVRM, eveneens op het arrest Jeunesse t. Nederland van het EHRM waarin geoordeeld werd dat het niet enkel kan tegengeworpen worden aan een persoon in onwettig verblijf dat hij of zij wist dat er geen wettig verblijf aan de grondslag lag van het uitbouwen van het privé- en gezinsleven, maar dat het eveneens een verantwoordelijkheid is van de staat in kwestie die het verblijf van een persoon zonder wettig verblijf dergelijk lang tolereert dat het normaal is dat deze laatste culturele, sociale en familiale banden ontwikkelt, dat met name met het hoger belang van de kinderen op wie de beslissing eveneens betrekking heeft moet rekening worden gehouden. Zij meent dat in haar geval onvoldoende rekening werd gehouden met haar privé- en gezinsleven in België louter en alleen vanuit het standpunt dat dit gesticht werd vanuit onwettig verblijf, dat met name het hoger belang van het kindje van de verzoekende partij volledig buiten beschouwing werd gelaten, dat net zoals in de zaak Jeunesse ook haar echtgenoot instaat voor de kostwinning terwijl zij primair de opvoedingstaak op zich neemt, dat de verwerende partij hiermee geen rekening hield. Over het hoger belang van het kind stelt de verzoekende partij dat haar verplichte terugkeer een zware negatieve impact heeft op de belangen van dit kind, dat ofwel het kind met haar moeder mee teruggaat naar Marokko voor onbepaalde tijd, dat het kind in dat geval gescheiden wordt van haar vader en België moet verlaten, het land waar zij geboren is, en waar de rest van haar gezin en bredere familie zich bevindt, ofwel het kind bij haar vader in België blijft terwijl zij terugkeert naar Marokko voor onbepaalde tijd, dat in dat geval haar kind van haar primaire verzorgster gescheiden wordt, met haar geen effectieve band kan opbouwen en de volwaardige zorg voor het kind niet volledig kan gegarandeerd worden gezien haar vader voltijds werkt om te kunnen voorzien in de noden van het gezin. De verzoekende partij meent dat het *in casu* duidelijk in het hoger belang van het kind is om in België te blijven bij haar vader en de bredere familie en dat haar moeder als primaire verzorgster eveneens op het grondgebied kan verblijven om voor haar gezin te zorgen. Zij betoogt dat het duidelijk is dat het EHRM zowel in de zaak Rodrigues Da Silva en Hoogkamer als in de zaak Jeunesse het hoger belang van het kind in functie van artikel 8 van het EVRM zwaar laat doorwegen als primordiale overweging en dat de verwerende partij het hoger belang van het kind in de belangenafweging allesbehalve voldoende gewicht heeft gegeven, dat het hoger belang van het kind in de bestreden beslissing nergens effectief vermeld wordt en de verwerende partij kort door de bocht gaat door te stellen voor een dergelijk jong kind, dat voor onbepaalde duur van een van de ouders zal gescheiden worden, dat het in tussentijd perfect mogelijk moet zijn voor de betrokkenen om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten kunnen onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven. De verzoekende partij meent dat de verwerende partij zich beperkt tot de ongefundeerde stelling dat de terugkeer naar Marokko om aldaar eventueel een aanvraag in te dienen om op legale wijze naar België te komen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van haar gezinsleven, dat het onderzoek van de verwerende partij uiterst onzorgvuldig was, dat de verwerende partij rekening had moeten houden met de feitelijke omstandigheden van het geval. De verzoekende partij wijst er nogmaals op dat de impact van de bestreden beslissing op het minderjarig kind groot is, dat ofwel het kind meegaat met de moeder naar Marokko voor onbepaalde duur, waardoor zij gescheiden wordt van haar vader, haar leefwereld in België en haar bredere familie in België waarmee zij verwant is en een hechte band heeft, ofwel het kind in België blijft maar dan wordt gescheiden van haar moeder en primaire verzorger, dat het in ieder geval gaat om een grote impact met nefaste gevolgen voor de emotionale ontwikkeling van dit kind en de hechting met een van de ouders. Zij meent dat door de verwerende partij onvoldoende rekening werd gehouden met de feitelijke omstandigheden en onvoldoende gewicht werd gegeven aan haar gezinsleven zoals beschermd door artikel 8 van het EVRM.

2.1.8. Artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3° van de Vreemdelingenwet vormt de omzetting naar Belgisch recht van artikel 5 van de Gezinsherenigingsrichtlijn 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 Gezinsherenigingsrichtlijn 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. *Zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk negen maanden na de datum van indiening van een verzoek, stellen de bevoegde instanties van de lidstaat de persoon die het verzoek heeft ingediend, schriftelijk in kennis van de ten aanzien van hem genomen beslissing. In bijzondere omstandigheden die verband houden met het complexe karakter van de behandeling van het verzoek, kan de in de eerste alinea genoemde termijn verlengd worden. Een eventuele beslissing tot afwijzing van het verzoek wordt gemotiveerd. Gevolgen van het uitblijven van een beslissing bij het verstrijken van de in de eerste alinea genoemde termijn moeten bij de nationale wetgeving van de betrokken lidstaat worden geregeld.*
5. *Bij de behandeling van het verzoek zorgen de lidstaten ervoor dat terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen."*

In de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende richtsnoeren voor de toepassing van Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging, (COM (2014) 210 final van 3 april 2014) wordt het volgende uiteengezet:

"3. INDIENING EN BEHANDELING VAN HET VERZOEK

3.1. Indiening van het verzoek

Krachtens artikel 5, lid 1, moeten lidstaten bepalen of het verzoek tot toegang en verblijf door de gezinshereniger dan wel door het gezinslid of de gezinsleden moet worden ingediend. In artikel 5, lid 3, wordt de algemene regel vastgesteld dat een verzoek moet worden ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger verblijven. Overeenkomstig artikel 5, lid 3, tweede alinea, en overweging 7, kunnen de lidstaten, in passende gevallen, afwijken van de algemene regel van de eerste alinea en de richtlijn toepassen in situaties waar de eenheid van het gezin kan worden behouden vanaf het begin van het verblijf van de gezinshereniger³⁰. Daarom kunnen de lidstaten, in passende gevallen, aanvaarden dat een verzoeken wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich al op hun grondgebied bevinden. De lidstaten hebben een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van de gepastheid van de omstandigheden³¹."

En

"30 Artikel 3, lid 5, voorziet expliciet in de mogelijkheid voor de lidstaten om gunstigere bepalingen vast te stellen of te handhaven.

31 De lidstaten kunnen bijvoorbeeld afwijkingen overwegen in het geval van pasgeborenen, onderdanen van derde landen die geen visum nodig hebben, een situatie waarin een afwijking het beste wordt geacht voor de belangen van minderjarige kinderen, een relatie die is ontstaan voor binnenkomst en waarbij de partners gedurende een aanzienlijke periode hebben samengewoond, humanitaire redenen, etc. Deze voorbeelden zijn niet exhaustief en hangen altijd af van het individuele geval."

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. In de hogervermelde mededeling van de Commissie wordt benadrukt dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij het bepalen van "de gepastheid van de omstandigheden" en worden een aantal voorbeelden van "passende gevallen" aangehaald: "De lidstaten kunnen bijvoorbeeld afwijkingen overwegen in het geval van pasgeborenen, onderdanen van derde landen die geen visum nodig hebben, een situatie waarin een afwijking het beste wordt geacht voor de belangen van minderjarige kinderen, een relatie die is ontstaan voor binnenkomst en waarbij de partners gedurende een aanzienlijke periode hebben samengewoond, humanitaire redenen, etc." Hierbij wordt nog benadrukt dat de gegeven voorbeelden niet exhaustief zijn en altijd afhangen van het individuele geval.

Deze richtsnoeren zijn niet bindend.

2.1.9. In het licht van het aangevoerde hoger belang van het kind is het van belang om te wijzen op het arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2012 in de gevoegde zaken C-356/11 en C-357/11, waarin het volgende wordt overwogen:

“78. De lidstaten moeten immers niet alleen hun nationale recht conform het Unierecht uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van een tekst van afgeleid recht die in conflict zou komen met de door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten (zie arresten Parlement/Raad, punt 105, en Detiček, punt 34).

79. Het is juist dat de artikelen 7 en 24 van het Handvest, die de nadruk leggen op het belang van het gezinsleven voor het kind, niet aldus mogen worden uitgelegd dat zij de lidstaten de beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging (zie in die zin arrest Parlement/Raad, punt 59).

80. Bij een dergelijk onderzoek en met name bij de bepaling of de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/86 zijn vervuld, moeten de bepalingen van deze richtlijn echter tegen de achtergrond van de artikelen 7 en 24, leden 2 en 3, van het Handvest worden uitgelegd en toegepast, zoals overigens blijkt uit de bewoordingen van punt 2 van de considerans en artikel 5, lid 5, van deze richtlijn, op grond waarvan de lidstaten de betrokken verzoeken om gezinshereniging moeten onderzoeken in het belang van de betrokken kinderen en teneinde het gezinsleven te begunstigen.

86. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten, bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86 en bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging, een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen.”

Artikel 7 van het Handvest bevat rechten die overeenstemmen met deze die worden gewaarborgd door artikel 8 van het EVRM en dus dient aan artikel 7 van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte te worden toegekend als aan artikel 8, eerste lid van het EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het EHRM (HvJ 5 oktober 2010, C400/10; HvJ 15 november 2011, C-256/11, Dereci).

Artikel 24.2 van het Handvest luidt als volgt:

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

Er wordt verwezen naar wat hierboven over de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende richtsnoeren voor de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn werd gesteld. Uit het een en ander volgt dat, zonder afbreuk te doen aan hun beoordelingsmarge, lidstaten gehouden zijn 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 richtlijn 2003/86/EG – 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”*.

2.1.10. Artikel 8 van het EVRM luidt voorts als volgt:

“1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, 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.”

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 de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/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 hij kennis heeft of zou moeten hebben.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven een "fair balance" moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en diens familie enerzijds en het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde anderzijds. Daarbij moeten alle voor die belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar worden betrokken.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat de Raad na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken.

Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren maar gaat hij na of het bestuur niet op kennelijk onredelijke wijze of in strijd met de voorhanden zijnde feitelijke gegevens van de zaak tot de bestreden beslissing is gekomen (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

2.1.11. Het waarborgen van een recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven, veronderstelt het bestaan van een privé- en/of familie- en gezinsleven, dat beschermingswaardig is onder artikel 8 van het EVRM. Dit privé- en/of familie- en gezinsleven dient te bestaan op het moment van de bestreden beslissing.

De Raad kijkt in eerste instantie na of de verzoekende partij een beschermingswaardig privé- en/of familie- en gezinsleven aanvoert in de zin van het EVRM, vooreerst te onderzoeken of een inbreuk werd gepleegd op het recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven door het nemen van de bestreden beslissing.

Artikel 8 van het EVRM definieert het begrip 'familie- en gezinsleven', noch het begrip 'privéleven'. Beide begrippen zijn autonoom en dienen onafhankelijk van het nationale recht te worden geïnterpreteerd. De beoordeling of er al dan niet sprake is van een familie- of gezinsleven is in wezen een feitenkwestie die afhankelijk is van de aanwezigheid van effectief beleefde hechte persoonlijke banden (EHRM 12 juli 2001, K. en T./Finland (GK), § 150; EHRM 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije (GK), § 93). Het EHRM benadrukt dat het begrip 'privéleven' een ruime term is en dat het mogelijk, noch noodzakelijk is om er een exhaustieve definitie van te geven (EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, § 29; EHRM 27 augustus 2015, Parrillo/Italië (GK), § 153). De beoordeling of er sprake kan zijn van een privéleven, is eveneens een feitenkwestie.

2.1.12. De verzoekende partij voert aan dat zij moeder is van een erg jong kind, een meisje van bijna twee jaar oud, dat haar terugsturen naar Marokko als gevolg heeft dat haar man in België moet blijven om te werken gezien de inkomsten nodig zijn om haar en haar kind te onderhouden. Eveneens wijst zij erop haar echtgenoot instaat voor de kostwinning terwijl zij primair de opvoedingstaak op zich neemt, dat de verwerende partij hiermee geen rekening hield. Over het hoger belang van het kind stelt de verzoekende partij dat haar verplichte terugkeer een zware negatieve impact heeft op de belangen van dit kind, dat ofwel het kind met haar moeder mee teruggaat naar Marokko voor onbepaalde tijd, dat het kind in dat geval gescheiden wordt van haar vader en België moet verlaten, het land waar zij geboren is en haar leefwereld is, en waar de rest van haar gezin en bredere familie zich bevindt waarmee zij verwant is en een hechte band heeft, ofwel het kind bij haar vader in België blijft terwijl zij terugkeert naar Marokko voor onbepaalde tijd, dat in dat geval haar kind van haar primaire verzorgster gescheiden wordt, met haar geen effectieve band kan opbouwen en de volwaardige zorg voor het kind niet volledig kan gegarandeerd worden gezien haar vader voltijds werkt om te kunnen voorzien in de noden van het gezin.

Het bestaan van een beschermingswaardig gezinsleven wordt in de bestreden beslissing niet betwist. In de eerste bestreden beslissing wordt zelfs uitdrukkelijk gemotiveerd *"Het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en samen een kind hebben wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgisch grondgebied, wat hier in casu niet in vraag wordt gesteld"*.

2.1.13. Om na te gaan of er een schending voorligt van het recht op het gezinsleven, is het van belang om te weten of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating tot binnenkomst en/of verblijf heeft verzocht, dan wel of het gaat om de weigering van een voortgezet verblijf.

Gaat het namelijk om een eerste toelating, hetgeen *in casu* het geval is nu de verzoekende partij geenszins een voortgezet verblijf wordt geweigerd, dan oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geschiedt er geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. In dit geval moet volgens het EHRM eerder onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied te laten komen of blijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven of 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 redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu enerzijds, en de samenleving anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge.

Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezinsleven is niet absoluut, zoals terecht opgemerkt in de bestreden beslissing. Inzake immigratie heeft het EHRM er, ook inzake positieve verplichtingen, aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 115; EHRM 24 juni 2014, Ukaj/Zwitserland, § 27). 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; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 43), noch om het recht op een bepaalde verblijfstitel te garanderen (EHRM 16 december 2014, Chbihi Loudoudi e.a./België, § 135). De verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun en ongeacht de verdragsverplichtingen die voor hen van verdragen voortvloeien, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen te controleren (EHRM 26 juni 2012, Kurić en a./Slovenië (GK), § 355; zie ook EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). In dat opzicht beschikt de staat dan ook over een beoordelingsmarge, en is de staat dus gerechtigd om de voorwaarden voor de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen vast te leggen.

Niettemin, in bepaalde gevallen kunnen binnenkomst-, verblijfs- en verwijderingsmaatregelen aanleiding geven tot een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM.

Het onderzoek naar het antwoord op de vraag of er een positieve verplichting is voor de staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied te laten komen of 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) geschiedt aan de hand van de *supra* vermelde 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke 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 moeten worden afgewogen tegen het publieke belang betreffende een effectieve immigratiecontrole en/of het handhaven van de openbare orde.

Een andere 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 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 142).

Evenwel, waar kinderen betrokken zijn, moeten deze elementen van migratiecontrole worden afgewogen tegen het belang van het kind. Het belang van het kind vormt een essentiële overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. Hoewel het belang van het kind op zich niet beslissend is, moet aan dit belang een zeker gewicht worden toegekend. 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, par. 78; EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, Polidario v. Zwitserland; EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, Berisha v. Zwitserland, par. 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland, par. 135-136; EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 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, par. 109).

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).

2.1.14. 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 de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/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 een verwijderingsmaatregel te treffen, ter zake een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te voeren en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.

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).

De Raad oefent een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat de Raad na of de gemachtigde alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken. Slechts indien dit het geval is, kan de Raad nagaan of de verwerende partij zich niet 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 gezinsleven 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. De Raad brengt nogmaals in herinnering dat op de verdragsluitende staten de verplichting rust om bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te onderzoeken in het kader van een billijke belangenafweging conform artikel 8 van het EVRM (EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, Raza v. Bulgarije, par. 54).

Het komt aldus aan de verwerende partij toe om een redelijke afweging te maken tussen de concurrerende belangen van het individu, rekening houdende met diens specifieke situatie enerzijds, en het algemeen belang, anderzijds. Het komt haar toe om op zorgvuldige en rigoureuze wijze te onderzoeken of de concrete situatie van de verzoekende partij al dan niet valt onder de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming.

2.1.15. In de eerste bestreden beslissing wordt aangaande het voorgehouden gezinsleven van de verzoekende partij, alsook betreffende het belang van het minderjarig kind het volgende gemotiveerd:

“Het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en samen een kind hebben wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgisch grondgebied, wat hier in casu niet in vraag wordt gesteld. Het feit dat zij zich hier heeft gevestigd, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd. Zij verblijft volgens haar eigen verklaring sedert 2008 in België. Zij kwam haar zus bezoeken en bleef toen verder illegaal in België. Na een aantal pogingen om via haar Nederlandse schoonbroer het verblijfsrecht te bekomen leerde ze begin 2017 B.Y. (...) kennen, met wie ze een paar maanden later huwde en op 14.10.2018 een kindje kreeg.

Uit deze verblijfshistoriek blijkt dat het gezinsleven geheel werd gesticht tijdens illegaal verblijf. Betrokkene was zich bewust van haar illegale preciaire situatie tijdens het uitbouwen van haar gezinsleven en nestelde zich jarenlang in illegaal verblijf. Uit illegaal verblijf kunnen echter geen rechten geput worden die de machtiging tot verblijf vanuit België zou moeten rechtvaardigen.

Een terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen staat niet in disproportionaliteit ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. Dit wordt bevestigd door het Europees Verdrag van de Mens (EVRM). Zo stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwisting in zijn arrest dd. 27.05.2009 het volgende : "De Raad wijst er verder op dat artikel 8 van het EVRM niet als vrijgeleide kan beschouwd worden dat verzoekster zou toelaten de bepalingen van de Vreemdelingenwet naast zich neer te leggen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van artikel 8 van het EVRM (RvS 22 februari 1993, nr. 42.039; RvS 20 juli 1994, nr.48.653; RvS 13 december 2005, nr. 152.639)". Verder stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in zijn arrest met nummer 157.399 dd. 30.11.2015 het volgende: " De Raad dient op te merken dat zij zich bij de beoordeling van een grief betreffende artikel 8 EVRM houdt aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De omvang van de positieve verplichtingen die op de overheid rusten is evenwel afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan elke individuele zaak. Wanneer het recht op een gezinsleven wordt ingeroepen in het kader van een betwisting over de verblijfswetgeving dient nog te worden geduïd dat de positieve verplichtingen van de overheid begrensd zijn. Een Staat heeft immers het recht op de toegang tot het grondgebied te controleren. Inzake immigratie heeft het RHRM er bij diverse aangelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een Staat waarvan zij geen onderdaan is binnen te komen of er te blijven. (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk §23 EHRM 26 maart 1992 Biljoudi/Frankrijk, §74 EHRM 18 februari 1991 Moustaquim/België §43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo geïnterpreteerd worden dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door de vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van verblijf te respecteren en om de gezinsvereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland §39). Betrokkene toont niet aan hoe in haar geval artikel 8 van het EVRM geschonden zou worden.

(...)

Wat betreft het belang van het kind en de partner van betrokkene werd reeds aangehaald dat de scheiding tussen betrokkene en het kind/referentiepersoon verre van absoluut is, het gaat eerder om een tijdelijke scheiding, tot betrokkene het vereiste visum D bekomen heeft. In tussentijd moet het perfect mogelijk zijn voor betrokkene om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven."

2.1.16. De Raad stelt vast dat uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij, voor het nemen van de bestreden beslissing, op de hoogte was van de verklaringen van de verzoekende partij en haar echtgenoot betreffende de geboorte van één minderjarig kind op 14 oktober 2018, alsook het feit dat de verzoekende partij en haar echtgenoot en dochter een gezinsleven onderhouden, waarbij het minderjarig kind in België naar de crèche gaat, de moeder de primaire verzorgster is ten aanzien van het kind en de echtgenoot van de verzoekende partij de kostwinner is, waar bij deze ook 's avonds en in het weekend werkt. Dit blijkt uit de interviews van de verzoekende partij en haar echtgenoot die zich in het administratief dossier bevinden en die plaatsvonden naar aanleiding van de erkenning door haar echtgenoot van het kind geboren op 14 oktober 2018, waarbij vervolgens de erkenning werd toegestaan.

2.1.17. De Raad stelt *in casu* vast dat gelet op de door de verwerende partij gekende elementen betreffende het gezinsleven van de verzoekende partij, haar echtgenoot en haar minderjarig kind en gelet op de gemaakte belangenafweging in de eerste bestreden beslissing, waarbij gewezen wordt op het feit dat het gezinsleven werd gesticht tijdens illegaal verblijf, op het feit dat de verplichting om terug te keren naar het herkomstland geen breuk van de familiale relaties betekent maar enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt, op het feit dat de staat het recht heeft om de toegang tot het grondgebied te controleren en dat het EVRM geen recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan zij geen onderdaan is binnen de komen en te verblijven, dat artikel 8 van het EVRM voor de staat geen algemene verplichting inhoudt om de door de vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van verblijf te respecteren en gezinshereniging op het grondgebied toe te staan en wordt gemotiveerd dat gedurende de tijdelijke scheiding het perfect mogelijk moet zijn voor de betrokkenen om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven, de verwerende partij geen afdoende belangenafweging heeft gemaakt die in overeenstemming is met artikel 12bis, §7 van de Vreemdelingenwet, zoals Handvest- en richtlijnconform uitgelegd, en met artikel 8 van het EVRM.

De gemaakte belangenafweging kan bezwaarlijk beschouwd worden als een concrete, afdoende, evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen, in het bijzonder de belangen van het betrokken kind *versus* de belangen van de staat.

Uit de eerste bestreden beslissing blijkt dat inzake de verzoekende partij zelf wordt benadrukt dat zij reeds sedert 2008 illegaal in het Rijk is en dat het gezinsleven werd gesticht in illegaal verblijf. Maar meer in het bijzonder kan voor het minderjarig kind (bijna twee jaar oud op het ogenblik van de bestreden beslissingen) bezwaarlijk worden gesteld dat alle relevante feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het belang van het kind, zoals de zeer jonge leeftijd, het beleefde gezinsleven tussen en met beide ouders, het hebben van banden op het Belgische grondgebied (crèche, andere familieleden), het feit dat de verzoekende partij de primaire zorgdrager is en de vader voltijds werkt waarbij uren gepresteerd worden 's avonds en in het weekend, in de belangenafweging werden betrokken. Door het louter stellen dat de verzoekende partij en haar echtgenoot hun gezinsleven zo kunnen inrichten dat zij op afstand intensief contacten kunnen onderhouden, blijkt geenszins dat met alle voornoemde elementen en alle belangen van het minderjarige kind rekening werd gehouden.

Uit de motivering dat het "*perfect mogelijk (moet) zijn voor betrokkene om hun gezinsleven zo in te richten dat zij op afstand intensief contacten onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven*" tijdens de tijdelijke scheiding, blijkt dat de verwerende partij van oordeel is dat de belangen van het minderjarig kind niet geschaad worden gelet op de mogelijkheid om, in zowel het scenario dat zij meereist met de verzoekende partij als in het scenario dat zij in België blijft bij haar vader, op afstand contact te onderhouden. Echter blijkt niet dat de verwerende partij, die ervan op de hoogte is dat de verzoekende partij en haar echtgenoot en dochter een gezinsleven onderhouden, dat het een zeer jong kind betreft dat in België naar de crèche gaat, dat de moeder de primaire verzorgster is ten aanzien van het kind en dat de echtgenoot van de verzoekende partij de kostwinner is, waar bij deze ook 's avonds en in het weekend werkt, concreet de mogelijkheden heeft onderzocht. De verwerende partij heeft er, door enkel te wijzen op het feit dat het perfect mogelijk is om op afstand intensief contacten te onderhouden en zo de gezinsband hecht kan blijven, geen afdoende rekening mee gehouden dat het zeer jonge minderjarig kind, van haar in België verblijvende vader of van haar moeder, wordt gescheiden terwijl de eenheid van het gezin een belangrijke overweging diende te zijn. Evenmin blijkt dat zij rekening heeft gehouden met het feit dat de verzoekende partij haar primaire zorgdrager is en de vader de kostwinner is en 's avonds en in het weekend werkt, wat een invloed heeft op de mogelijkheid voor de vader om primaire zorgdrager te worden voor het kind of op de mogelijkheid voor de vader om de verzoekende partij en het minderjarig kind te volgen of te bezoeken in het land van herkomst tijdens de duur nodig voor het verkrijgen van de nodige binnenkomstdocumenten. De in de bestreden beslissingen gemaakte belangenafweging in het licht van het hoger belang van het kind getuigt niet van een afdoende en evenwichtige beoordeling. Er blijkt niet dat de verwerende partij bij het beoordelen van het hoger belang van het kind alle relevante elementen in ogenschouw heeft genomen doch zich heeft beperkt tot het belang 'contact' te onderhouden.

In casu blijkt dan ook niet afdoende uit de door de verwerende partij gemaakte belangenafweging waarom, gelet op de voorliggende elementen, de belangen van het kind van bijna twee jaar oud niet opwegen tegen de belangen van de staat, 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, die des te meer geldt in het licht van artikel 12bis, §7 van de Vreemdelingenwet – bepaling die moet worden uitgelegd in het licht van de Gezinsherenigingsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie – en de billijke belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM.

2.1.18. Door het voorhouden in de nota met opmerkingen dat de eerste besteden beslissing geen verwijderingsmaatregel is en geen betrekking heeft op het minderjarig kind en de echtgenoot van de verzoekende partij zodat de echtgenoot en het kind zich niet verplicht zien ingevolge de eerste bestreden beslissing om het grondgebied te verlaten, weerlegt, noch ontkracht de verwerende partij bovenvermelde vaststellingen. Immers ook in de hypothese dat het minderjarig kind in België verblijft bij haar vader terwijl de verzoekende partij terugkeert naar het land van herkomst om aldaar de aanvraag in te dienen, volstaat de gemaakte belangenafweging in het licht van het hoger belang van het kind, geenszins. Immers blijkt uit het louter stellen dat intensief contact kan onderhouden worden niet dat de verwerende partij afdoende rekening heeft gehouden met het feit dat het *in casu* een heel jong kind betreft dat van haar moeder en primaire zorgdrager gescheiden wordt en met het feit dat de vader voltijds werkt, waarbij ook uren worden gepresteerd 's avonds en in het weekend.

Voorts wijst de verwerende partij in de nota met opmerkingen opnieuw op het stichten van een gezinsleven in illegaal verblijf, de keuze van de verzoekende partij om vanuit illegaal verblijf in het Rijk een verblijfsaanvraag in te dienen en het feit dat de verzoekende partij zelf verantwoordelijk is voor de keuze die zij maakt en de eventueel nadelige gevolgen die het minderjarig kind zou ondervinden. De Raad herhaalt dat indien het gaat om een eerste toelating, zoals *in casu*, het EHRM oordeelt dat er geen inmenging is en geschiedt er geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, doch dat moet onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied te laten komen of blijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven of ontwikkelen. In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, waarbij een 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 ertoe 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 van het EVRM. Evenwel, waar kinderen betrokken zijn, moeten deze elementen van migratiecontrole worden afgewogen tegen het belang van het kind. Het belang van het kind vormt een essentiële overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. Hoewel het belang van het kind op zich niet beslissend is, moet aan dit belang een zeker gewicht worden toegekend. 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.

Door in de verweernota enkel voor te houden dat in de bestreden beslissing rekening werd gehouden met alle in het geding zijnde belangen alsook met de belangen van het betrokken minderjarig kind, weerlegt de verwerende partij geenszins dat voor het minderjarig kind (bijna twee jaar oud op het ogenblik van de bestreden beslissingen) bezwaarlijk kan worden gesteld dat alle relevante feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het belang van het kind, zoals de zeer jonge leeftijd, het beleefde gezinsleven tussen en met beide ouders, het hebben van banden op het Belgische grondgebied (crèche, andere familieleden), het feit dat de verzoekende partij de primaire zorgdrager is en de vader voltijds werkt waarbij uren gepresteerd worden 's avonds en in het weekend, in de belangenafweging werden betrokken en dat door het louter stellen dat de verzoekende partij en haar echtgenoot hun gezinsleven zo kunnen inrichten dat zij op afstand intensief contacten kunnen onderhouden, geenszins blijkt dat met alle voornoemde elementen en alle belangen van het minderjarige kind rekening werd gehouden.

Waar de verwerende partij in haar nota met opmerkingen nog betoogt *“Verweerder laat ter zake gelden dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat dhr. B. (...) ook in Marokko geen tewerkstelling zou kunnen vinden, temeer daar ook dhr. B. (...) oorspronkelijk afkomstig is van Marokko en er derhalve kan worden aangenomen dat hij de taal machtig is. Bovendien zijn verzoekende partij en dhr. B. (...) op 09.06.2017 in het huwelijk getreden te Guercif. Er kan derhalve worden aangenomen dat zij enig opvangnet hebben in Marokko; reden waarom zij er wellicht gehuwd zijn. De verzoekende partij maakt derhalve niet aannemelijk dat dhr. B. (...) en hun minderjarig kind haar niet zouden kunnen vergezellen*

naar Marokko, alwaar zij het voorgehouden gezinsleven kunnen uitbouwen en dit minstens in afwachting van een antwoord op haar aanvraag voor een toelating tot verblijf. Evenmin toont de verzoekende partij aan dat haar voorgehouden partner haar niet zou kunnen bezoeken in het herkomstland of een ander land, noch dat verzoekende partij de partner desgevallend in België bezoekt, mits het vervullen van de vereiste binnenkomstvoorwaarden.”, kan de Raad enkel vaststellen dat deze overwegingen niet in de bestreden beslissing kunnen gelezen worden. Het betreft aldus een *a posteriori* motivering die geenszins het vermeende gebrek aan afdoende belangenafweging en motivering hieromtrent op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissingen zou kunnen rechtzetten.

2.1.19. Een schending van de materiële motiveringsplicht in het licht van artikel 12bis van de Vreemdelingenwet *juncto* artikel 8 van het EVRM wordt aangetoond.

2.1.20. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

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

2.2. In een tweede middel, gericht tegen de tweede bestreden beslissing, voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 8 *juncto* artikel 13 van het EVRM, van de artikelen 1, 7 en 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet en van artikel 5 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.

Beide bestreden beslissingen vinden formeel steun in een andere bepaling uit de Vreemdelingenwet. De Raad stelt echter vast, op basis van de feitelijke gegevens in het dossier, dat de verwerende partij het desondanks nuttig en noodzakelijk heeft geacht om over te gaan tot de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten nadat werd beschikt over de aanvraag voor een toelating tot verblijf ingediend door de verzoekende partij. Aldus heeft de vaststelling in de eerste bestreden beslissing dat er geen buitengewone omstandigheden zijn die de terugkeer naar het land van herkomst verhinderen om daar bij de bevoegde Belgische diplomatieke post een visumaanvraag in te dienen, eveneens geleid tot het oordeel dat er geen hinderpalen zijn die zich verzetten tegen de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. De beoordeling van de aanvraag voor een toelating tot verblijf blijkt aldus bepalend te zijn geweest voor de beslissing tot afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten. Dit wordt bevestigd door het feit dat het bestreden bevel op dezelfde dag en door dezelfde attaché werd genomen en ondertekend als de eerste bestreden beslissing. Hieruit blijkt de verknochtheid tussen het bestreden bevel, dat de tweede bestreden beslissing uitmaakt, en de eerste bestreden beslissing waarbij de aanvraag onontvankelijk wordt verklaard.

Uit voorgaande bespreking volgt dat niet blijkt dat terdege rekening werd gehouden met de belangen van het betrokken kind bij het nemen van de eerste bestreden beslissing. Evenmin blijkt uit het bestreden bevel en het administratief dossier dat bij de afgifte van dit bevel afdoende rekening werd gehouden met het hoger belang van het kind, zoals nochtans vereist door artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet en waarvan de schending door de verzoekende partij in haar tweede middel tegen de tweede bestreden beslissing wordt opgeworpen.

Het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten dient dan ook samen met de eerste bestreden beslissing te worden vernietigd.

2.3. Gezien de vernietiging van de bestreden beslissingen, moet niet worden ingegaan op het verzoek van de verzoekende partij om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

3. 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.

4. 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 beslissingen van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 5 augustus 2020 waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard (bijlage 15^{quater}) en 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 186 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijf februari tweeduizend eenentwintig door:

mevr. N. VERMANDER,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. K. VERHEYDEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERHEYDEN

N. VERMANDER