RECHTSLEER

Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na arrest-*Jeunesse*

— Evelyn Merckx*

1_ Inleiding

1. In het arrest-*Jeunesse*[1] doet de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: "EHRM" of "Hof") uitspraak over een vermeende schending van artikel 8 EVRM: het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven. Mevr. Jeunesse bezit de Surinaamse nationaliteit en is in Nederland gehuwd met een man die ze in Suriname had leren kennen en die de Nederlandse nationaliteit heeft verworven. Uit dat huwelijk zijn drie Nederlandse kinderen geboren. Mevr. Jeunesse kan gedurende zestien jaar in Nederland verblijven door telkens opnieuw een verzoek voor een verblijfsvergunning in te dienen. Het EHRM beslist dat de uiteindelijke uitwijzing van de verzoekster een ongeoorloofde schending uitmaakt van haar recht op eerbieding van gezinsleven.

Het arrest is invloedrijk omdat het verder licht werpt op de draagwijdte van de positieve verplichtingen die verdragsstaten onder artikel 8 EVRM moeten naleven in migratiezaken. Daarnaast verduidelijkt het arrest de appreciatiemarge waarover verdragsstaten beschikken als ze geconfronteerd worden met het illegaal verblijf van vreemdelingen. Ten slotte, en essentieel voor deze bijdrage, verheldert het Hof waar staten op moeten letten om de effectieve bescherming van het belang van het kind te waarborgen[2].

2. Toch blijven onduidelijkheden bestaan over de vraag in welke mate verdragsstaten de positieve verplichting hebben om het belang van het kind te eerbiedigen met behulp van gezinshereniging. In het verleden heeft het EHRM zich immers sterk terughoudend opgesteld en dit al zeker wanneer het gezinsleven kan voortbestaan in het land van herkomst[3]. Het arrest legt bovendien uiteenlopende visies bloot. De Nederlandse staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Fred Teeven, meent dat het EHRM in zijn uitspraak de vaste rechtspraak over artikel 8 EVRM volgt. Hij besluit dan ook dat er geen noodzaak bestaat tot een beleidswijziging[4]. Toch zijn rechters Villiger, Mahoney en Silvis in hun *dissenting opinion* bij het arrest van oordeel dat het Hof de gangbare juridische principes heeft verlaten en zich eerder heeft laten leiden door wat humaan is, dan door wat juist is[5]. Deze tegenstrijdige opinies vinden hun oorzaak in het feit dat "het belang van het kind" een moeilijk definieerbaar concept is[6]. Onderzoek heeft uitgewezen dat de rechtspraak van het EHRM daardoor op zijn minst wispelturig te noemen is[7]. Daarom rijst de vraag of het recht op gezinsleven sneller geschonden zal worden wanneer kinderen betrokken zijn en waarop verdragsstaten in het bijzonder moeten letten bij hun feitenappreciatie.

> "De vraag rijst of het recht op gezinsleven sneller geschonden zal worden wanneer kinderen betrokken zijn en waarop verdragsstaten in het bijzonder moeten letten bij hun feitenappreciatie".

3. Het eerste deel van deze bijdrage zal ingaan op de feiten die ten grondslag liggen aan het arrest *Jeunesse* en de motivering van het Hof die sterk is beïnvloed door kinderrechtelijke overwegingen (2). Daarna worden, d.m.v. een uitvoerige rechtspraakanalyse van de precedenten van het Hof, de verschillende factoren toegelicht waarmee het EHRM rekening houdt bij zijn beoordeling van "het belang van het kind" in gezinsherenigingszaken (3). Deze analyse leidt tot de conclusie dat de rechtspraak van het Hof soms worstelt met tegenstrijdigheden, die te wijten zijn aan verschillende oorzaken (4). Tot slot wordt besproken hoe de Belgische rechtsorde zou moeten omgaan met de rechtspraak van het EHRM over gezinshereniging en het belang van het kind (5).

* De auteur is assistent Mensenrechten aan de Universiteit Gent.

1 Zie Rechtspraakoverzicht EHRM, *T.Vreemd.* 2015, 42.

2 EHRM JURISCONSULT, "Overview of the Court's case-law in 2014", 136, echr.coe.int.

3 EHRM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, *ECHR* 1985; EHRM, *Gül v. Switzerland*, *ECHR* 1996; E. BREMS, "Inclusie, burgerschap en de grondwet: over Belgen, vreemdelingen en vreemde Belgen. Een blik vanuit de mensenrechten" in F. JUDO en G. GEUDENS (eds.), *Staatsrechtsconferentie 2006, Vlaamse Juristenvereniging: Burgerschap, inburgering, migratie*, Brussel, Larcier, 2007, 7; C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 93.

4 Kamerbrief F. TEEVEN, "Gevolgen van de uitspraak van het EHRM in de zaak Jeunesse versus Nederland", 30 oktober 2014, www.rijksoverheid.nl.

5 EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands* (joint dissenting opinion), *ECHR* 2014, nrs. 1, 3, 10.

6 Judge C. FUNDERBURK, "Best interest of the child should not be an ambiguous term", *CLRJ* 2013, 229-230.

7 T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 271-293 en C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 70-103.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

2_ Feiten en motivering arrest-*Jeunesse*

2.1. In casu

4. Mevr. Jeunesse bezat vanaf haar geboorte (°1967) tot de onafhankelijkheid van Suriname in 1975 de Nederlandse nationaliteit. De overeenkomst tussen Nederland en Suriname maakte hier echter een einde aan, waardoor ze onvrijwillig de Surinaamse nationaliteit verwierf[8]. Haar partner kon echter de Nederlandse nationaliteit verwerven door bij zijn vader in Nederland te verblijven. In 1997 kon mevr. Jeunesse hem uiteindelijk vervoegen. Haar visum verviel na 45 dagen, maar ze weigerde terug te keren naar Suriname. In 1999 huwde mevr. Jeunesse met haar partner en ze kregen samen drie kinderen in 2000, 2005 en 2010.

In 1997 diende mevr. Jeunesse een verzoekschrift in om een verblijfsvergunning te bekomen, dat buiten behandeling werd gesteld omdat ze naliet persoonlijk te verschijnen. De volgende verzoekschriften dateerden van na 2000, nadat nieuwe wetgeving in werking getreden was die verzoekers verplichtte eerst een machtiging tot voorlopig verblijf aan te vragen in hun land van herkomst[9]. Omwille van die reden werden de verzoeken van mevr. Jeunesse telkens opnieuw afgewezen.

5. De minister van Justitie was van oordeel dat er geen redenen van onbillijkheid van overwegende aard bestonden die mevr. Jeunesse zouden vrijstellen een machtiging tot voorlopig verblijf te bekomen[10]. Hij verklaarde dat de beslissing geen schending uitmaakte van artikel 8 EVRM omdat ze niet beroofd werd van een verblijfsvergunning waarmee ze haar gezinsleven uitoefende. In dezelfde lijn oordeelde de minister dat er geen verplichting rustte op de Nederlandse Staat om mevr. Jeunesse een verblijfsvergunning toe te kennen. De belangen van Nederland om een restrictief migratiebeleid te volgen zouden zwaarder doorwegen dan het persoonlijk belang van mevr. Jeunesse. De belangen van de kinderen kwamen slechts oppervlakkig aan bod. De minister oordeelde dat in Suriname Nederlands gesproken wordt en ze daar zonder moeite hun opleiding konden verderzetten. Er werd veel gewicht gehecht aan het feit dat de verzoekster nog nooit legaal in Nederland had verbleven.

6. Mevr. Jeunesse betoogt voor het Hof dat ze zestien jaar lang met haar gezin in Nederland heeft gewoond. Haar uitwijzing zou onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de familieleden van elkaar gescheiden zullen worden. Haar man heeft immers lange tijd gewerkt in Nederland en het gezin financieel ondersteund. In Suriname zou hij werkzoekende zijn. Het is in het belang van de kinderen dat zij bij hun moeder blijven, omdat hun vader in ploegen werkt en niet elke dag thuis kan zijn. Bovendien zijn de kinderen diep geworteld in Nederland en hebben ze Suriname nog nooit bezocht.

2.2. Vaststaande rechtspraak EHRM

7. Er wordt door de verwerende staat niet betwist dat het gezinsleven van mevr. Jeunesse hier aan de orde is. Vandaar is artikel 8 EVRM ongetwijfeld van toepassing. Het Hof benadrukt dat het EVRM niet het recht geeft om zich te vestigen in een verdragsstaat naar keuze[11]. Mevr. Jeunesse heeft zich niet aan haar verplichtingen gehouden door geen machtiging tot voorlopig verblijf aan te vragen in Suriname en het Nederlands grondgebied niet te verlaten. Daardoor heeft ze de Nederlandse Staat geconfronteerd met voldongen feiten. Het EHRM oordeelt dat deze feiten alleen de verwerende staat niet verplichten om mevr. Jeunesse een verblijfsrecht in Nederland toe te kennen[12].

8. Vervolgens maakt het Hof een onderscheid tussen twee verschillende situaties. In het eerste geval beschikt een bepaalde persoon uit een gezin over een rechtmatig verblijfsrecht. Bij alle legaal gevestigde vreemdelingen moeten verdragsstaten de negatieve verplichting naleven om geen inbreuk te plegen op hun gezinsleven. Als een verdragsstaat toch beslist dit verblijfsrecht in te trekken, is er sprake van een inmenging die gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 8, tweede lid EVRM. De inmenging moet voorzien zijn in de wet, een legitiem doel nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving[13].

Deze situatie is hier niet aan de orde. Aangezien mevr. Jeunesse nooit een rechtmatige verblijfsvergunning heeft gehad, is de beperkingsclausule uit artikel 8, tweede lid EVRM niet van toepassing. Er is immers geen sprake van een negatieve verplichting in hoofde van de verdragsstaat om geen inbreuk te plegen op het gezinsleven van de verzoekster. In casu gaat het Hof na of de verdragsstaat daarentegen een positieve verplichting heeft onder artikel 8 EVRM om mevr. Jeunesse een verblijfsvergunning te verlenen[14]. De volgende factoren zijn van belang, nl. in welke mate het gezinsleven zou worden verscheurd, de banden van de gezinsleden met de betrokken verdragsstaat, of er onoverkomelijke hindernissen zijn om het gezinsleven

8 Art. 2 en 3 Toescheidingsovereenkomst inzake nationaliteiten tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Suriname, 15 november 1975, *Trb.* 1975, 132.

9 Art. 16, § 1, (a) wet 23 november 2000 tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet, *Stb.* 2000, 495; art. 3.71, § 1 besluit 23 november 2000 tot uitvoering van de Vreemdelingenwet, *Stb.* 2000, 497.

10 O.g.v. art. 3.71 besluit 23 november 2000 tot uitvoering van de Vreemdelingenwet, *Stb.* 2000, 497.

11 EHRM, *Nunez v. Norway, ECHR* 2011, § 66; EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 100.

12 EHRM, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, ECHR* 2006, § 43; EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 103.

13 EHRM, *Boultif v. Switzerland, ECHR* 2001; EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 104.

14 Deze afweging lijkt sterk op de noodzakelijkheidstoets uit art. 8, lid 2 EVRM. Het Hof zegt hierover het volgende: *"The boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation"*, zie: EHRM, *Berisha v. Switzerland, ECHR* 2013, § 48.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

uit te oefenen in het land van herkomst en of er redenen van openbare orde of migratiecontrole voorhanden zijn die het optreden rechtvaardigen[15]. De verzoekster heeft haar gezinsleven gesticht op het moment dat ze had kunnen weten dat haar verblijfsrecht in Nederland onzeker was. Het is vaststaande rechtspraak van het EHRM dat de uitwijzing van een familielid dan enkel in uitzonderlijke situaties een schending van artikel 8 EVRM uitmaakt[16].

9. De verdragsstaat moet de belangen van betrokken kinderen in ogenschouw nemen[17]. Het Hof oordeelt dat er een brede consensus bestaat dat dit principe van overheersend belang is: *"Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly involved by it."*[18].

2.3. Beoordeling EHRM

10. In wat volgt gaat het Hof na of er uitzonderlijke omstandigheden zijn die een schending van artikel 8 EVRM zouden meebrengen[19]. Allereerst noteert het Hof dat alle gezinsleden, buiten de verzoekster, de Nederlandse nationaliteit bezitten. Bovendien beschikte mevr. Jeunesse over de Nederlandse nationaliteit en is ze deze verloren buiten haar wil. Daarnaast hecht het EHRM belang aan het feit dat de verzoekster reeds zestien jaar op een bekend adres in Nederland verblijft en geen strafblad heeft. De nationale autoriteiten hebben haar aanwezigheid gedurende lange tijd geduld.

Een aanzienlijk aspect van de motivering van het EHRM heeft echter betrekking op de belangen van de kinderen. Het Hof aanvaardt dat er geen onoverkomelijke hindernissen bestaan voor de familie om zich in Suriname te vestigen, maar gaat ervan uit dat het waarschijnlijk is dat het gezin *"would experience a degree of hardship if they were forced to do so"*. Bij de evaluatie van de belangen van de kinderen houdt het Hof rekening met hun leeftijd, hun situatie in de betrokken landen en de mate waarin ze afhankelijk zijn van hun ouders[20]. Aangezien mevr. Jeunesse de dagdagelijkse zorg voor de kinderen op zich neemt en hun vader vaak afwezig is voor zijn job, meent het Hof dat een scheiding van hun moeder nefast zou zijn voor de belangen van de kinderen. Daarnaast zijn de kinderen diep geworteld in Nederland, een land waarvan ze de nationaliteit bezitten. Ze hebben geen banden met Suriname.

"De verzoekster heeft haar gezinsleven gesticht op het moment dat ze had kunnen weten dat haar verblijfsrecht in Nederland onzeker was. Het is vaststaande rechtspraak van het EHRM dat de uitwijzing van een familielid dan enkel in uitzonderlijke situaties een schending van artikel 8 EVRM uitmaakt".

11. Het EHRM meent dat de nationale instanties tekort zijn geschoten in wat van een verdragsstaat wordt verwacht wanneer zij rekening moeten houden met het belang van het kind. Het Hof is er niet van overtuigd dat de Staat de relevante bewijsmiddelen in overweging heeft genomen en gewaardeerd. Er wordt besloten dat Nederland de impact van de maatregel op de kinderen onvoldoende heeft onderzocht. Het EHRM betwijfelt dat dit gegeven gerechtvaardigd is door het Nederlands migratiebeleid. Nederland heeft in de behandeling van de verzoekschriften van mevr. Jeunesse geen redelijke afweging gemaakt tussen de conflicterende belangen. Het Hof bekijkt al deze factoren cumulatief en oordeelt dat er wel degelijk sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Nederland heeft artikel 8 EVRM geschonden en moet op grond van zijn positieve verplichtingen mevr. Jeunesse een verblijfsvergunning toekennen.

2.4. Belang van het kind bij gezinshereniging in arrest-*Jeunesse*

12. Verschillende feiten wijzen erop dat kinderrechten centraal staan in het arrest-*Jeunesse*. Ten eerste wijst het EHRM op enkele relevante principes uit het Verdrag inzake de Rechten van het Kind[21] (hierna: "IVRK"). Daarnaast krijgt de ngo "Defence for Children" het recht om als tussenkomende partij opmerkingen te maken. Ten slotte verwijst het Hof naar *"Neulinger en Shuruk v. Zwitserland"*[22] voor een grondiger bespreking van zijn vaststaande rechtspraak over het belang van het kind bij migratie.

2.4.1. Het IVRK

13. Het EHRM hecht belang aan de bepalingen van het IVRK die verdragsstaten moeten naleven bij het nemen van beslissingen waar kinderen bij betrokken zijn. Het EVRM wordt immers dynamisch geïnterpreteerd door het EHRM[23]. Het Kinderrechtenver-

15 EHRM, *Gül v. Switzerland, ECHR* 1996; EHRM, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, ECHR* 2006, § 39; EHRM, *Butt v. Norway, ECHR* 2012, § 78; EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 107.

16 EHRM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, ECHR* 1985, § 68; EHRM, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, ECHR* 2006, § 39; EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 108.

17 EHRM, *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands, ECHR* 2005, § 44; EHRM, *Popov v. France, ECHR* 2012, § 139-140; EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010, § 135.

18 EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 109 (nadruk toegevoegd).

19 Het vaststellen van een schending van art. 8 EVRM in migratiezaken blijft dus een uitzondering op de regel.

20 EHRM, *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands, ECHR* 2005, § 44; EHRM [GC], *Jeunesse v. the Netherlands, ECHR* 2014, § 118.

21 UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, *UNTS*, vol. 1577, 3.

22 EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010.

23 EHRM, *Tyrer v. the United Kingdom, ECHR* 1978, § 31.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

drag maakt een degelijke bron ter interpretatie uit, aangezien het verdrag wereldwijd geratificeerd is[24,25]. Het EHRM erkent dat mensenrechten van kinderen en de standaarden waaraan nationale instanties zich moeten houden om kinderrechten te respecteren, vervat zitten in het verdrag[26].

Het Hof wijst op artikel 3 IVRK dat stelt dat nationale instanties het belang van het kind als voornaamste overweging bij hun uitspraken moeten betrekken. Meer specifieke rechten in zaken betreffende gezinshereniging en migratierecht zijn artikelen 7, 9 en 18 IVRK. Een kind heeft het recht om door zijn ouders opgevoed te worden en mag niet van hen gescheiden worden[27]. Op verdragsstaten rust bovendien een middelenverbintenis om erover te waken dat ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag kunnen uitoefenen. Ten slotte bevat artikel 12 IVRK een procedureregel die stelt dat kinderen in gerechtelijke en administratieve procedures gehoord moeten worden in zaken die hen aanbelangen[28]. De hoorplicht wordt evenwel niet automatisch geconcretiseerd in de procedure voor het EHRM bij zaken omtrent artikel 8 EVRM. Dit feit is niet alleen te wijten aan het EHRM zelf, maar ook omdat de kinderen vaak geen partij zijn bij de procedure. Het verdient dus aanbeveling dat verzoekers de kinderen als partij betrekken in hun verzoekschrift[29] en vermelden dat het horen van de kinderen een vereiste is voor de vrijwaring van hun belangen[30].

2.4.2. Flagship case: arrest *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*

14. De uitvoerige uiteenzetting van het belang van het kind in de zaak *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* betekent een keerpunt voor de doorwerking van kinderrechten in de rechtspraak van het Hof[31]. Het Kinderrechtenverdrag krijgt daardoor een zeer prominente rol in de Straatsburgse rechtspraak toegewezen[32]. Het Hof licht de essentiële provisies van het Kinderrechtenverdrag toe en wijst op de oorsprong van het beginsel van het belang van het kind in de VN-Kinderrechtenverklaring[33]. Daarnaast stelt het EHRM vast dat het begrip "het belang van het kind" niet verder is ontwikkeld door het VN-Kinderrechtencomité. Bovendien bestaan er geen algemene of specifieke criteria om situaties aan te toetsen.

15. In beginsel moeten de waarden in het verdrag toegepast worden op elke afzonderlijke zaak. Aanvullend heeft het VN-Kinderrechtencomité benadrukt dat het instrument als een geheel moet worden bekeken. Elke interpretatie van het begrip moet consistent zijn met de geest van het verdrag en moet de nadruk leggen op het kind als een individu met burgerlijke en politieke rechten en zijn eigen gevoelens en meningen. Het Hoog Commissariaat der Verenigde Naties voor Vluchtelingen ("UNHCR") beschrijft het "belang" als het welzijn van het kind. Dit welzijn wordt bepaald door verschillende individuele omstandigheden, zoals de leeftijd en de maturiteit van het kind, de aan- of afwezigheid van de ouders, de omgeving van het kind en zijn ervaringen[34].

Bij een bespreking van de algemene principes van toepassing op de zaak[35] oordeelt het Hof dat nationale instanties een redelijke afweging moeten maken van de belangen van het kind, de ouders en de openbare orde, binnen de grenzen van hun appreciatiemarge. Het Hof aanvaardt dat de belangen van het kind deze van de ouders kunnen overtreffen. Het belang van het kind moet tweeledig gezien worden. Enerzijds stelt het voorop dat de banden van het kind met zijn familie behouden blijven. Het doorbreken van deze banden mag enkel gebeuren in zeer uitzonderlijke situaties. Anderzijds moeten verdragsstaten er over waken dat het kind in een veilige en gezonde omgeving opgroeit[36].

> "Bij een bespreking van de algemene principes van toepassing op de zaak oordeelt het Hof dat nationale instanties een redelijke afweging moeten maken van de belangen van het kind, de ouders en de openbare orde, binnen de grenzen van hun appreciatiemarge".

24 EHRM, *Golder v. the United Kingdom, ECHR* 1975, § 29; EHRM, *Demir and Baykara v. Turkey, ECHR* 2008, § 60-86. Zie: S. SMETS, "De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM", *TJK* 2013, 83; A. NOLAN en U. KILKELLY, "Children's Rights under Regional Human Rights Law – A tale of harmonisation? (pre-edit draft)" in C. BUCKLEY, A. DONALD en P. LEACH (eds.), *Harmonisation of International Human Rights Law,* Martinus Nijhoff, forthcoming, 2.

25 Het verdrag werd door 196 landen geratificeerd: https://treaties.un.org. De Verenigde Staten is het enige land dat dit verdrag niet geratificeerd heeft.

26 EHRM, *Sommerfeld v. Germany, ECHR* 2003, § 37-39; S. SMETS, "De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM", *TJK* 2013, 86.

27 Tenzij nationale instanties oordelen dat een scheiding net noodzakelijk is om het belang van het kind te vrijwaren.

28 De mening van het kind wordt gewaardeerd in een mate die overeenstemt met de leeftijd en rijpheid van het kind.

29 Het EHRM erkent de procesbekwaamheid van minderjarigen: EHRM, *Scozzari and Giunta v. Italy, ECHR* 2000.

30 C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 91.

31 EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010, § 49-56.

32 S. SMETS, "De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM", *TJK* 2013, 86.

33 Principle 2 Declaration of the Rights of the Child of 20 November 1959, A/RES/1386(XIV).

34 Zie: UNHCR, *Guidelines on determining the best interests of the child,* May 2008, 14.

35 De feiten betroffen een moeder die samen met haar kind van Israel naar Zwitserland was verhuisd, zonder de toestemming te hebben gekregen van de vader die volgens de moeder tot een sekte behoorde en uitermate agressief gedrag vertoonde. De Zwitserse rechtbanken hadden de terugkeer van het kind bevolen op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag.

36 EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010, § 134-136.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

16. De feitenappreciatie van het EHRM blijft beperkt door het subsidiariteitsbeginsel. Het Hof aanvaardt dat het belang van het kind in elke individuele zaak moet worden afgewogen en dat de nationale instanties hiertoe het best geplaatst zijn. Zij hebben immers het voordeel rechtstreeks contact te kunnen leggen met de betrokken personen. Het Hof gaat enkel na of de verdragsstaat zijn appreciatiemarge niet te buiten is gegaan[37]. De verdragsstaat moet dus een diepgaand onderzoek voeren naar de feitelijke, emotionele, psychologische, materiele en medische factoren en de gezinssituatie. Daarnaast moet een evenwichtige en redelijke beoordeling van de belangen van elke persoon in het geding gemaakt worden. De instanties moeten zich voortdurend afvragen wat de beste oplossing kan zijn voor het betrokken kind. Daarenboven moet de verdragsstaat de ernst van de moeilijkheden die het kind zou ondervinden in het land van bestemming evalueren, tezamen met de bestendigheid van de sociale, culturele en gezinsbanden zowel in het herkomstland als in het gastland. De moeilijkheden die familieleden kunnen ondervinden in het land van bestemming moeten ook in rekening gebracht worden[38].

3_ Relevante factoren bij de belangenafweging

17. Het EHRM beschikt over een omvangrijke databank met rechtspraak aangaande gezinshereniging en migratierecht. De positieve verplichting van verdragsstaten om gezinsleden van vreemdelingen toe te laten, hangt af van de specifieke omstandigheden, de betrokken personen en het publiek belang[39]. Een nadeel van dit interpretatiemiddel houdt in dat de uitkomst van een zaak moeilijk op voorhand te voorspellen valt en dat vergelijkbare zaken soms verschillend beoordeeld worden[40]. Deze bijdrage onderscheidt een aantal factoren en trends die een rode draad trachten te schetsen doorheen de rechtspraak van het EHRM inzake het belang van het kind[41].

Kenmerkend is dat het belang van de betrokken kinderen geen inherent gewicht draagt, maar varieert naargelang de andere feiten die meespelen in de zaak[42]. De kans bestaat echter dat het arrest-*Jeunesse* toch impliciet afstand doet van deze algemene regel door te oordelen dat nationale instanties onderzoek moeten doen naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van elke maatregel die de uitwijzing van een ouder zonder wettig verblijfrecht tot gevolg heeft (supra nr. 8). Dit impliceert dat vreemdelingen gemakkelijker een vestigingsalternatief kunnen aanvechten op grond van overwegingen aangaande het belang van het kind[43]. Het Hof oordeelt hier wel nog dat het belang van het kind alleen geen beslissende factor mag uitmaken. In een andere zaak gebruikt het Hof ietwat minder terughoudende bewoordingen: *"Lorsqu'il y a des enfants, les autorités nationales doivent, dans leur examen de la proportionnalité aux fins de la Convention, faire primer leur intérêt supérieur."*[44].

3.1. Situatie in land van herkomst

18. Het Hof is niet geneigd een schending te bevelen als er geen onoverkomelijke hindernissen bestaan die de ouders en het kind beletten het gezinsleven terug op te nemen in het land van herkomst[45]. Gezinshereniging in het gastland zal in vele gevallen dus niet mogelijk zijn als de kinderen opgegroeid zijn in het land van herkomst, er nog sterke culturele en taalkundige banden mee hebben[46] en als er andere familieleden verblijven[47,48]. De afstand tussen het gastland en het land van herkomst, waar de ouder naar uitgewezen wordt, speelt een belangrijke rol. Hoe kleiner de afstand, hoe sneller het Hof zal oordelen dat de uitwijzing proportioneel is[49]. Het Hof aanvaardt daarentegen dat onoverkomelijke hindernissen bestaan als personen hun land hebben moeten ontvluchten wegens de gegronde vrees voor vervolging[50].

> "Als er geen onoverkomelijke obstakels bestaan, betekent dit evenwel nog niet dat een negatieve beslissing automatisch conform artikel 8 EVRM is".

Als er geen onoverkomelijke obstakels bestaan, betekent dit evenwel nog niet dat een negatieve beslissing automatisch conform artikel 8 EVRM is. Als de personen risico lopen op professionele en sociale moeilijkheden aanvaardt het Hof dat deze in uitzonderlijke gevallen een schending van het privé- en gezinsleven met zich kunnen meebrengen[51]. In zijn arrest-*Jeunesse* verduidelijkt het Hof bovendien dat bij afwezigheid van onoverkomelijke obstakels, andere factoren nog steeds worden geëvalueerd en een schending met zich kunnen meebrengen (supra nr. 10).

37 Ibid., § 138.
38 Ibid., § 147.
39 EHRM, *Gül v. Switzerland, ECHR* 1996, § 38.
40 U. KILKELLY, "The CRC in litigation under the ECHR" in T. LIEFAARD en J.E. DOEK (eds.), *Litigating the Rights of the Child,* Dordrecht, Springer, 2015, 196; T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 279-280.
41 Dit hoofdstuk legt voornamelijk de nadruk op arresten waarin positieve verplichtingen van de verdragsstaten aan bod komen.
42 Bv. overwegingen van migratiebeleid en de houding van de ouders.
43 H. BATTJES en N. ISMAILLI, "Belangrijke uitspraak: langdurig illegaal verblijvende moeder mag bij gezin blijven", *Verblijfblog* 3 oktober 2014, www.verblijfblog.nl.
44 EHRM, *Senigo Longue and others v. France, ECHR* 2014, § 62.
45 EHRM, *Antwi and others v. Norway, ECHR* 2012, § 93-98.
46 EHRM, *Palanci v. Switzerland, ECHR* 2014, § 61.
47 EHRM, *Chandra and Others v. the Netherlands* (dec.), *ECHR* 2003.
48 EHRM, *Sen v. the Netherlands, ECHR* 2001; EHRM, *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands, ECHR* 2005, § 47-48.
49 In casu betrof het een reistijd van een uur met de trein, zie: EHRM, *Sarközi and Mahran v. Austria, ECHR* 2015, § 71.
50 EHRM, *Mugenzi v. France, ECHR* 2014, § 53; EHRM, *Tanda-Muzinga v. France, ECHR* 2014, § 74.
51 EHRM, *Butt v. Norway, ECHR* 2012, § 88.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

3.2. Gezinssituatie

19. Het Hof is sneller geneigd een schending van artikel 8 EVRM vast te stellen als het kind wordt gescheiden van een ouder die de dagdagelijkse zorg op zich genomen heeft (supra nr. 10). Als het huwelijk van de ouders daarenboven is gestrand en een van hen geen verblijfsrecht heeft in het gastland, lijkt het evident dat het kind van een van zijn ouders gescheiden zal worden bij een negatieve beslissing over het verblijfsrecht van die ene ouder. De ouder die rechtmatig verblijft in het gastland zal immers niet meereizen met de ouder die het bevel krijgt om het grondgebied te verlaten. In dergelijke gevallen is het Hof geneigd een negatieve beslissing over het verblijfsrecht strijdig te achten met het belang van het kind[52]. Deze welwillende houding van het Hof lijkt alleen maar groter als de betrokken kinderen van de ex-partners nog vrij jong zijn. Het EHRM acht het bijzonder belangrijk dat jonge kinderen regelmatig contact kunnen onderhouden met hun beide ouders[53]. Indien een ouder echter slechts over een beperkt omgangsrecht beschikt en bovendien weigert alimentatie te betalen, staat het EHRM weigerachtig tegenover de bestendiging van het contact tussen ouder en kind[54].

3.3. Weerslag op de fysieke en psychische integriteit van het kind

20. Een uitwijzing kan in strijd zijn met het belang van het kind als de gezondheid en integriteit van het kind in gevaar komt[55]. Als het kind zou worden opgevoed door iemand waarvan wordt vermoed dat hij een strafblad heeft, moet de uitwijzende staat hier een grondig onderzoek naar voeren[56]. Een weigering tot gezinshereniging is bovendien niet in het belang van het kind als het kind in het land van herkomst het risico loopt zijn opleiding te moeten onderbreken om een gedwongen huwelijk te ondergaan[57]. Het Hof kan bij deze beoordeling verslagen van deskundigen in aanmerking nemen. Het oordeel van een erkende psychiater of psycholoog dat een kind risico loopt op ernstige psychische schade, zal zwaar doorwegen[58]. Het kan dus aanbevolen worden aan de betrokken partijen in het geding om dergelijke overwegingen mee te nemen in hun verzoekschriften en conclusies. Nationale instanties kunnen dan een deskundigenonderzoek laten uitvoeren om op een doeltreffende manier de impact van een voorgenomen maatregel op een kind te evalueren.

52 EHRM, *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, ECHR* 2006, § 41-42; EHRM, *Nunez v. Norway, ECHR* 2011.

53 C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 76.

54 EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010, § 148.

55 De stelling dat een kind lijdt aan een medische kwaal waardoor het hoge temperaturen niet kan verdragen, moet bewezen zijn alvorens het Hof dit als factor kan meenemen in zijn beoordeling, zie EHRM, *Antwi and others v. Norway, ECHR* 2012, § 98.

56 EHRM [GC], *X v. Latvia, ECHR* 2013, § 116.

57 EHRM, *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands, ECHR* 2005, § 50.

58 EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010, § 143; EHRM [GC], *X v. Latvia, ECHR* 2013, § 114-117.

3.4. Leeftijd van het kind

21. De leeftijd van de kinderen speelt een belangrijke rol[59,60]. Allereerst heeft het Hof in het verleden meermaals klachten afgewezen omdat de betrokken kinderen een leeftijd hadden die het hun mogelijk maakte om op eigen benen te staan. Het Hof voert een minder grondige belangenafweging door als de kinderen slechts een aantal jaren verwijderd zijn van de meerderjarigheid[61]. Financiële afhankelijkheid maakt ook geen sinecure uit. Het Hof neemt aan dat ouders hun kinderen ook op afstand financieel kunnen steunen[62].

Ten tweede kan het Hof oordelen dat de betrokken kinderen – zelfs als ze de nationaliteit van het gastland bezitten – hun ouders kunnen volgen naar het land van herkomst als ze nog jong zijn. Deze kinderen zouden zich nog gemakkelijk kunnen aanpassen aan een nieuwe leefomgeving[63]. Het tijdsverloop speelt daarnaast een aanzienlijk grote rol bij deze waardering. Men moet hierbij rekening houden met het feit dat de cruciale ontwikkeling van kinderen plaatsvindt gedurende hun eerste zes levensjaren. Als de kinderen tijdens een lange periode sterk vertrouwd zijn geraakt met hun omgeving, zal een ontworteling niet in hun belang zijn. Anders ligt het bij jonge kinderen die slechts voor een beperkte tijd in een bepaald land gevestigd waren[64].

3.5. Nationaliteit van de ouders en het kind

22. De nationaliteit van de betrokken gezinsleden kan een weerslag hebben op de appreciatie van het EHRM, zoals reeds besproken werd n.a.v. het arrest-*Jeunesse* (supra nr. 10).

3.6. Migratiebeleid in het gastland

23. Een negatieve beslissing van de verdragsstaat zal niet in het belang van het kind zijn als de overwegingen voornamelijk

59 Art. 1 IVRK: het Kinderrechtenverdrag is enkel van toepassing op kinderen jonger dan achttien jaar.

60 Het Hof is niet consequent als het gaat over de vraag op welk moment de leeftijd van het kind in rekening gebracht wordt, nl. de aanvang of het einde van de nationale rechtspleging of de aanvang van de procedure voor het EHRM: T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 289 en C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 75.

61 Zie een recente zaak: EHRM, *Muradeli v. Russia, ECHR* 2015, § 75.

62 EHRM, *Berisha v. Switzerland, ECHR* 2013, § 60.

63 Zie EHRM, *Mitchell v. the United Kingdom* (dec.), *ECHR* 1998. De zaak betrof gelijkaardige feiten als in het arrest *Jeunesse*. Hier ging het echter om de vader die het land moest verlaten en hij was tevens veroordeeld voor verschillende drugsdelicten. Zie ook: EHRM, *S.J. v. Belgium, ECHR* 2014, § 142. Hierbij moet tevens vermeld worden dat de rechtspraak van het EHRM niet bepaald eenduidig te noemen valt, zie C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 76-77.

64 L. STEVENS, "Internationale parentale ontvoering en belang van het tijdsverloop", (noot onder EHRM [GC], *Neulinger and Shuruk v. Switzerland, ECHR* 2010), *TvMR* 2010,16; zie ook: EHRM, *Maumousseau and Washington v. France, ECHR* 2007.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

gebaseerd zijn op excessief formalisme[65]. Het uitvaardigen van een inreisverbod noopt het Hof er tevens toe om sneller te besluiten dat de uitwijzing verregaande gevolgen heeft voor de betrokken kinderen[66]. Dat is ook het geval als er onredelijk lang getalmd wordt met de daadwerkelijke uitvoering van een uitwijzingsbevel. De rechtspraak hierover is niet eenduidig, maar er kan uit afgeleid worden dat een overheid wel enige tijd mag laten verlopen tussen het moment van kennisname van illegaal verblijf en het uitvaardigen van een bevel tot het verlaten van het grondgebied. Zo kan de verzoeker de definitieve uitkomst van de lopende migratieprocedure afwachten[67].

In de zaak *Nunez* daarentegen was Noorwegen in 2001 reeds op de hoogte van het feit dat de verzoekster illegaal in het land verbleef en bepaalde inbreuken had gepleegd op de migratiewetgeving. Op dat moment had de verzoekster nog geen kinderen. De nationale instanties besloten pas in 2005 om over te gaan tot de uitwijzing, toen ze reeds bevallen was van twee kinderen en ze gebroken had met hun vader. De lange duurtijd werd gerechtvaardigd doordat de autoriteiten wilden wachten met de uitwijzing tot de arbeidsvergunning en verblijfsvergunning van de verzoekster waren ingetrokken. Het Hof aanvaardde deze redenering niet aangezien de procedure niet verlopen was volgens de promptheid die vereist is bij migratiecontrole[68]. Aan de andere kant doet een verdragsstaat er niet goed aan om de procedure te vlot af te ronden, omdat het Hof veronderstelt dat een degelijk onderzoek naar de belangen van het kind wel enige tijd in beslag moet nemen[69].

24. Bovendien kan de lange duurtijd van de procedure tot gezinshereniging zelf aanleiding geven tot een schending van artikel 8 EVRM. Een verdragsstaat moet het verzoekschrift snel, aandachtig en met bijzondere zorgvuldigheid onderzoeken en moet de verzoekers op de hoogte stellen van de redenen van een weigering[70]. Het weigeren van het verzoekschrift kan al dan niet rechtmatig zijn, de verdragsstaat zal worden veroordeeld louter en alleen omdat de procedure te lang heeft aangesleept. Dit was het geval in een zaak waar de moeder voor vier jaar van haar kinderen werd gescheiden omdat er getwijfeld werd aan hun afstammingsband[71]. Deze principes gelden des te meer bij de kwetsbare positie van erkende vluchtelingen wanneer zij een aanvraag doen tot gezinshereniging[72]. Om zich volledig veilig te stellen zullen de nationale instanties er dus voor moeten zorgen dat zij aan de ene kant hun tijd nemen om het belang van het kind uitvoerig te onderzoeken. Aan de andere kant moeten ze zich ervoor hoeden dat ouders niet onredelijk lang van hun kinderen worden gescheiden.

3.7. Houding van de ouder(s)

25. Het Hof beslist zelden tot een schending van artikel 8 EVRM als de verzoekers, op het moment dat ze een gezinsleven stichten, weten dat hun verblijfsrecht in het gastland precair is (*supra* nr. 8). Het EHRM brengt overigens weinig sympathie op voor ouders die afkeurenswaardig gedrag vertonen. In de zaak *Berisha* speelden er sterke vermoedens van een schijnhuwelijk en vermeldde de moeder niet dat zij drie kinderen in Kosovo had. Nadat de autoriteiten een verblijfsvergunning voor de kinderen hadden geweigerd, bracht ze hen toch illegaal over naar Zwitserland. In het motiverend gedeelte van het arrest neemt het Hof het gedrag van de ouders uitdrukkelijk mee in de beoordeling[73]. Dit had mede tot gevolg dat ook hun jongste dochter (10) het land moest verlaten samen met haar broer (19) en zus (17)[74]. Het verhaal van een vader die systematisch inbreuken pleegde op het Russische migratierecht en slechts in een laat stadium opwierp dat hij een verblijfsrecht wenste om contact te kunnen houden met zijn zoon, werd door het Hof niet geloofwaardig geacht[75].

> "Het Hof beslist zelden tot een schending van artikel 8 EVRM als de verzoekers, op het moment dat ze een gezinsleven stichten, weten dat hun verblijfsrecht in het gastland precair is".

Deze beoordeling is echter geen sinecure wanneer andere factoren zwaarder doorwegen. In de zaak *Nunez* had de verzoekster ook inbreuken gepleegd op het geldende migratierecht maar werd wel besloten tot een schending van artikel 8 EVRM. De kinderen waren veel jonger dan in de zaak *Berisha* – respectievelijk vijf en vier jaar oud op het moment van de beslissing – en zouden dus moeite hebben om te begrijpen waarom ze van hun moeder gescheiden werden. De autoriteiten hadden bovendien te veel tijd laten verstrijken alvorens de uitwijzing te bevelen en hadden de moeder een inreisverbod opgelegd. De kinderen zouden ook onvermijdelijk van hun moeder gescheiden worden, aangezien de ouders gescheiden waren en de va-

65 Nederland had te veel gewicht toegekend aan het feit dat een moeder op het moment van de geboorte van haar kind niet legaal in het land verbleef, zie: EHRM, *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, ECHR* 2006, § 44.
66 EHRM, *Nunez v. Norway, ECHR* 2011, § 83.
67 In casu ging het over een termijn van vijf jaar, zie EHRM, *Useinov v. the Netherlands* (dec.), *ECHR* 2006. De uitspraak in de zaak *Jeunesse* doet hier geen afbreuk aan, aangezien het in die zaak ging over een termijn van maar liefst zestien jaar.
68 EHRM, *Nunez v. Norway, ECHR* 2011, § 82.
69 EHRM [GC], *X v. Latvia, ECHR* 2013, § 118.
70 EHRM, *Senigo Longue and others v. France, ECHR* 2014, § 67. Zie ook FEDERAAL MIGRATIECENTRUM, *Migratie in cijfers en in rechten,* jaarverslag 2015, 108-112, www.myria.be.
71 De geboorteakten zouden niet authentiek geweest zijn. Een DNA-test wees echter op een kans van 99,99 % dat de verzoekster de moeder was van de betrokken kinderen. Gedurende de procedure werd de verzoekster bovendien niet op de hoogte gesteld van de redenen waarom er getwijfeld werd aan haar afstammingsband.
72 EHRM, *Mugenzi v. France, ECHR* 2014, § 61-62.
73 EHRM, *Berisha v. Switzerland, ECHR* 2013, § 61.
74 Ze had voldoende banden met het land van herkomst en de ouders konden nog steeds naar Kosovo reizen. Er werd geen rekening gehouden met het feit dat de ouders nog een driejarig kind hebben, dat geboren is in Zwitserland.
75 De vader had lange tijd volgehouden dat zijn (illegaal) verblijf in Rusland noodzakelijk was omwille van professionele redenen, zie EHRM, *Muradeli v. Russia, ECHR* 2015.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

der over het ouderlijk gezag beschikte. Bovendien hadden de kinderen reeds sterk geleden onder de stressvolle situatie en hadden ze in hun eerste levensjaren een zeer innige band met hun moeder opgebouwd[76]. In de gelijkaardige zaak *Antwi e.a. v. Noorwegen* kwam het Hof tot een tegenovergesteld besluit. Hier was immers geen sprake van onoverkomelijke hinderpalen om het gezinsleven te hervatten in Ghana. Het kind was niet reeds meerdere malen blootgesteld geweest aan een verstoring van haar zorgsituatie en de autoriteiten hadden binnen het jaar na kennisname van het misdrijf de verzoeker op de hoogte gebracht van het uitwijzingsbevel. Het inreisverbod van vijf jaar werd proportioneel geacht als sanctie voor het verstrekken van onjuiste en misleidende informatie om een verblijfsvergunning te verkrijgen[77].

26. Meerdere arresten van het Hof wijzen erop dat de belangenafweging overwegend in het nadeel van de ouders doorweegt als zij hun kinderen moedwillig hebben achtergelaten[78]. Op deze regel bestaat echter een uitzondering. In de zaak *Berisha* lieten de ouders bewust hun gezinsleven achter om een verblijfsvergunning in Zwitserland te bekomen[79]. Het Hof aanvaardt hier niet dat dit impliceert dat zij definitief afstand doen van een toekomstige gezinshereniging[80]. Het lijkt erop dat het Hof deze rechtspraak blijft hanteren, aangezien in een recent arrest geoordeeld werd dat aan iemand de enkele keuze laten tussen het verliezen van een verblijfsrecht of het verliezen van zijn kinderen, een schending kan uitmaken van artikel 8 EVRM[81]. Het EHRM heeft bovendien begrip voor de situatie van ouders die hun land hebben moeten ontvluchten. Het Hof meent niet dat zij moedwillig hun kinderen hebben achtergelaten en niet meer van plan waren gezinshereniging aan te vragen[82].

Bovendien ondervinden vluchtelingen grote moeilijkheden bij verzoeken tot gezinshereniging, vaak omdat zij niet meer beschikken over het relevante bewijsmateriaal. Het Hof is dan ook van oordeel dat de procedure tot gezinshereniging voor vluchtelingen rekening moet houden met de gebeurtenissen die hun gezinsleven hebben verstoord[83]. De verklaringen van erkende vluchtelingen moeten dan ook het voordeel van de twijfel genieten. Als bepaalde inconsistenties worden opgemerkt in zijn dossier, moet de vluchteling de kans krijgen om hiervoor een verklaring te geven[84]. Daarnaast moeten de verdragsstaten rekening houden met andere bewijsmiddelen, als de vluchteling niet in staat was om officiële akten te bemachtigen[85]. Hieruit volgt dat vluchtelingen dan ook, in overeenstemming met de internationale en Europese consensus, moeten kunnen genieten van een gunstiger procedure voor gezinshereniging dan andere vreemdelingen[86].

27. Het Hof oordeelt ook gemakkelijk dat een verdragsstaat zijn appreciatiemarge niet te buiten is gegaan als de verzoekers in het gastland ernstige misdrijven hebben gepleegd. Het Hof kenmerkt drugsdelicten en diefstallen als ernstig[87], terwijl een eenmalige veroordeling voor het toebrengen van slagen en verwondingen eerder verwaarloosbaar wordt geacht[88]. Het Hof houdt telkens rekening met het aantal jaar dat een betrokken persoon geen misdrijven meer heeft gepleegd[89]. Een strengere beoordeling is van toepassing als de delinquent gewaarschuwd werd door de Staat dat hij een risico liep om uitgewezen te worden als hij nogmaals veroordeeld zou worden[90].

28. Een vraag die rijst is of kinderen de gevolgen moeten dragen van het afkeurenswaardig gedrag van hun ouders. Het Hof aanvaardt de bezorgdheid van de verdragsstaten dat er een risico bestaat dat kinderen gebruikt worden voor het bekomen van een verblijfsvergunning. Het Hof vindt echter dat deze bezorgdheid geen beslissende factor mag uitmaken en dit al zeker als in een concrete zaak bewezen is dat een dergelijk risico niet bestaat[91]. Evenwel kan worden geoordeeld dat het Hof de werkelijke doelstelling van de belangenafweging vergeet. Het Hof moet niet zozeer antwoorden op de vraag of gezinshereniging in het belang is van het kind want dat spreekt voor zich. De belangenafweging van het Hof moet voornamelijk betrekking hebben op de vraag waar de gezinshereniging het best kan plaatsvinden, in het gastland of in het land van herkomst. Het gedrag van de ouders is bij de beoordeling over het belang van het kind irrelevant[92].

4_ Structurele inconsistentie in de rechtspraak van het EHRM

29. De vele factoren waar het EHRM rekening mee houdt in zijn rechtspraak hebben ervoor gezorgd dat men vaak grondig moet zoeken naar enige consistentie. De moeilijke afweging in

76 EHRM, *Nunez v. Norway, ECHR* 2011, § 81-84.
77 EHRM, *Antwi and others v. Norway, ECHR* 2012, § 93-104; EHRM, *Palanci v. Switzerland, ECHR* 2014.
78 EHRM, *Ahmut v. the Netherlands, ECHR* 1996, § 70; EHRM, *Gül v. Switzerland, ECHR* 1996, § 41; EHRM, *Chandra and Others v. the Netherlands* (dec.), *ECHR* 2003; EHRM, *Ebrahim and Ebrahim v. the Netherlands* (dec.), *ECHR* 2003. EHRM, *I.M. v. the Netherlands* (dec.), *ECHR* 2003. Zie C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 82-83.
79 EHRM, *Berisha v. Switzerland, ECHR* 2013, § 50.
80 EHRM, *Sen v. the Netherlands, ECHR* 2001, § 40.
81 EHRM, *Senigo Longue and others v. France, ECHR* 2014, § 67.
82 EHRM, *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands, ECHR* 2005, § 47.
83 EHRM, *Mugenzi v. France, ECHR* 2014, § 52. Zie ook: FEDERAAL MIGRATIECENTRUM, *Migratie in cijfers en in rechten,* jaarverslag 2015, 108, www.myria.be.
84 EHRM, *Mugenzi v. France, ECHR* 2014, § 47; EHRM, *Tanda-Muzinga v. France, ECHR* 2014, § 69.
85 EHRM, *Mugenzi v. France, ECHR* 2014, § 56; EHRM, *Tanda-Muzinga v. France, ECHR* 2014, § 79.
86 EHRM, *Mugenzi v. France, ECHR* 2014, § 54; EHRM, *Tanda-Muzinga v. France, ECHR* 2014, § 75.
87 EHRM, *Mitchell v. the United Kingdom* (dec.), *ECHR* 1998 en EHRM, *Sarközi and Mahran v. Austria, ECHR* 2015, § 68.
88 EHRM, *Butt v. Norway, ECHR* 2012, § 89.
89 Ibid.
90 EHRM, *Sarközi and Mahran v. Austria, ECHR* 2015, § 69.
91 De betrokken kinderen waren meerderjarig en hun moeder was overleden, zie EHRM, *Butt v. Norway, ECHR* 2012, § 79-80.
92 C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 88.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

de feitenappreciatie leidt tot de vaststelling dat gelijkaardige zaken soms een verschillende afloop kennen. De rechtspraak die ontwikkeld is uit het arrest *Gül v. Zwitserland* kenmerkt de weigerachtige houding van het EHRM om tot een schending van artikel 8 EVRM te komen als de ouders zelf besloten hebben hun kinderen achter te laten. Het belang van het kind wordt in dit arrest slechts gering onderzocht[93]. In latere arresten lijkt het Hof van deze houding af te stappen en de keuze van de ouders niet meer als beslissende factor te beschouwen door meer aandacht te besteden aan het belang van het kind[94]. Toch kan men daaruit niet afleiden dat het Hof resoluut heeft gekozen voor een meer liberale aanpak. In recente ontvankelijkheidsbeslissingen verwijst het Hof nog steeds naar zijn strikte motivering uit het *Gül*-arrest[95]. Bovendien heeft het Hof recentelijk nog in een aantal arresten nagelaten een schending vast te stellen van artikel 8 EVRM zonder het belang van de betrokken kinderen te onderzoeken[96]. Deze arresten moeten echter gezien worden als een uitzondering op de regel[97].

30. T. SPIJKERBOER haalt verschillende argumenten aan om deze inconsistentie te verklaren. Allereerst verwijst hij naar het spanningsveld tussen de dynamische of restrictieve interpretatie van mensenrechten. Verdragsstaten verbinden zich er immers toe de plichten die vervat zitten in het EVRM na te leven. Deze verdragsbepalingen hebben echter een andere betekenis dan oorspronkelijk het geval was door de evolutieve interpretatie van het Hof. Het valt dus niet te vermijden dat de rechtspraak van het EHRM soms de subjectieve opinies van de zetelende rechters weerspiegelt. Daarnaast speelt bij de behandeling van migratiezaken de nationale soevereiniteit van de verdragsstaat een zeer belangrijke rol. Volgens het Hof kan een verdragsstaat autonoom beslissen over wie hij op zijn grondgebied toelaat[98]. Enkel in uitzonderlijke gevallen kan de verdragsstaat een positieve verplichting opgelegd worden om bepaalde personen toe te laten tot het grondgebied en de appreciatie hiervan kan opnieuw leiden tot uiteenlopende resultaten. Een moeilijke afweging tussen de belangen van verzoekers en kinderen met deze van de verdragsstaat blijft noodzakelijk, omdat vasthouden aan extremen net zou leiden tot onbillijke situaties[99].

Daarnaast worstelen nationale rechters met het vaag begrip van het belang van het kind omdat een concrete definitie en invulling ontbreken.

> "De vele factoren waar het EHRM rekening mee houdt in zijn rechtspraak hebben ervoor gezorgd dat men vaak grondig moet zoeken naar enige consistentie".

Een praktische toepassing van dit concept leidt dus onvermijdelijk tot moeilijkheden. Het voeren van een onderzoek naar de situatie van de betrokken kinderen biedt geen pasklaar antwoord over hoe hun belangen het best gevrijwaard blijven. Vaak zien rechters de kinderen niet over wie ze een oordeel moeten vellen en dit geldt al zeker in de procedure voor het EHRM. "Het belang van het kind" wordt dus vaak ingevuld door de waarden van de behandelende rechter[100]. Het objectieve kinderrechtendiscours wordt vaak verlaten voor een subjectieve invulling van advocaten, rechters en maatschappelijke assistenten over wat in hun oordeel goed is voor het kind[101].

5_ Gevolgen voor de Belgische rechtspraktijk

5.1. Directe werking?

31. Krachtens artikel 22bis, 4e lid Gw. moet het belang van het kind altijd de eerste overweging zijn bij elke beslissing die het kind aangaat. De Raad van State kent dit principe geen directe werking toe, door zich te baseren op artikel 22bis, 5e lid Gw., dat stelt dat de bepalingen door de formele wetgevers verder moeten worden ingevuld, en op de parlementaire voorbereiding van de wettekst[102,103]. In een vorige bijdrage in dit tijdschrift werd deze motivering kritisch onder de loep genomen en werd bewezen dat er over dit discussiepunt een gebrek aan eensgezindheid bestaat in de rechtspraak[104]. Het staat echter vast dat artikel 8 EVRM doorgaans directe werking toebedeeld krijgt[105]. Op grond van het interpretatief gezag van gewijsde rust op verdragsstaten de verplichting om het EVRM toe te passen conform de meest recente Straatsburgse rechtspraak[106]. Het

93 EHRM, *Gül v. Switzerland*, *ECHR* 1996, 41.
94 EHRM, *Sen v. the Netherlands*, *ECHR* 2001.
95 T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 272. Zie o.m. EHRM, *Akbulut v. the United Kingdom* (dec.), *ECHR* 2012; EHRM, *K.M. and others v. Russia* (dec.), *ECHR* 2010; EHRM, *B.V. v. Sweden* (dec.), *ECHR* 2012; EHRM, *J.M. v. Sweden* (dec.), *ECHR* 2014.
96 EHRM, *Udeh v. Switzerland*, *ECHR* 2013 waarin het Hof het belang van de kinderen uit de eerste relatie van de verzoeker onderzocht, maar niet deze van de kinderen uit zijn tweede relatie; EHRM, *Biao v. Denmark*, *ECHR* 2014, waarin het Hof de belangen van de tienjarige zoon niet in rekening bracht bij zijn beoordeling. De zaak wordt momenteel behandeld door de Grote Kamer.
97 Zie C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 74-75.
98 Het is echter de aanbeveling van de auteur dat het stringent onderscheid tussen migratiezaken verlaten zou moeten worden. Het onderscheid tussen de beleidsvrijheid van verdragsstaten in migratiezaken en bv. strafzaken kan immers moeilijk gerechtvaardigd worden. T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 292-293.
99 Ibid., 280-283.
100 Judge C. FUNDERBURK, "Best interest of the child should not be an ambiguous term", *CLRJ* 2013, 229-230.
101 Ibid., 234.
102 RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 10-11.
103 Herziening van art. 22bis van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-0175/001,6 en nr. 52-0175/005, 13 en 31-32; herziening van art. 22bis van de Grondwet, teneinde een lid toe te voegen betreffende de bescherming van aanvullende rechten van het kind, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-265/3, 5.
104 Zie voor een uitgebreide bespreking: RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, *T.Vreemd.* 2014, 324 (verkort), noot W. VANDENHOLE.
105 E. CLAES en A. VANDAELE, "L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme", *RBDI* 2001, (411) 423 en 463.
106 Art. 32 (1) jo. art. 1 en 19 EVRM.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

Hof van Cassatie stelt dat België de bevoegdheid van het EHRM om de verdragsbepalingen van het EVRM te interpreteren heeft aanvaard[107,108].

Bovendien erkent de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: "RvV" of "de Raad") de directe werking van artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Dit artikel stelt voorop dat de belangen van het kind een essentiële overweging moeten vormen. De RvV interpreteert deze bepaling in het licht van artikel 3 IVRK, waardoor dit ook geldt voor beslissingen die onrechtstreeks kinderen raken[109]. Artikel 12bis, § 7 Vw., dat de procedure betreft van gezinshereniging met een derdelands onderdaan met een onbeperkt verblijfsrecht in België, voorziet eveneens in een bepaling dat in het kader van het onderzoek van de aanvraag terdege rekening wordt gehouden met het hoger belang van het kind[110]. Ad litteram lijkt deze bewoording minder bescherming te bieden. Sommige juristen treden deze aanpak echter bij, omdat zij van oordeel zijn dat het belang van het kind minder bescherming moet krijgen wanneer het gaat om een beslissing die het kind onrechtstreeks raakt[111].

5.2. Rechtspraak Raad voor Vreemdelingenbetwistingen

32. De RvV heeft reeds beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken vernietigd omdat geen onderzoek was gevoerd naar het belang van de kinderen en de verzoekende partij in hun motivatiebrief had gewezen op hun betrokkenheid[112]. Aangezien de RvV in een annulatieberoep niet de bevoegdheid bezit zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid, kan de RvV niet zelf een belangenafweging doorvoeren maar enkel de beslissing van het bestuur vernietigen[113]. Het is in eerste instantie de taak van het bestuur om een doorgedreven *fair balance*-test door te voeren specifiek met betrekking tot de belangen van de betrokken kinderen, om veroordelingen door het EHRM te vermijden. Bovendien beoordelen de rechters van de RvV de wettelijkheid van een weigeringsbeslissing op het ogenblik waarop die werd genomen. Dit heeft er in het verleden toe geleid dat het belang van een pasgeboren kind niet in aanmerking genomen werd door de RvV omdat het kind, op het moment van de administratiefrechtelijke procedure, nog niet geboren was[114].

Toch kan men zich hierbij de vraag stellen of deze sterk gelimiteerde materiële bevoegdheid van de RvV wel in overeenstemming is met het recht van de Europese Unie. De Europese Commissie heeft immers een richtsnoer uitgevaardigd dat de draagwijdte van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel in gezinsherenigingsituaties verduidelijkt[115]. Bij de weigering van een visum of een verblijf met het oog op gezinshereniging moet een *"volledige rechterlijke toetsing van de gegrondheid en de wettelijkheid [van die weigeringsbeslissing] mogelijk zijn"* en beslissingen *"kunnen niet alleen worden betwist op grond van de wet, maar ook op grond van de feiten van de situatie"*. Een beroepsmogelijkheid voor een instantie met volle rechtsmacht verdient dan ook aanbeveling[116].

> "De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen hecht veel belang aan het feit dat de gezinsleden in het arrest-*Jeunesse* de Nederlandse nationaliteit hebben (bezeten)".

33. De RvV aanvaardt de gezaghebbende motivering van het EHRM in het arrest-*Jeunesse*[117]. De Raad oordeelt als volgt: *"Het is 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."*[118] De Raad hecht echter veel belang aan het feit dat de gezinsleden in het arrest-*Jeunesse* de Nederlandse nationaliteit hebben (bezeten)[119].

Bovendien lijkt de RvV het belang van de kinderen soms te vergeten. Ten eerste wanneer het gaat om stiefkinderen van de verzoeker. In twee arresten argumenteert de Raad dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat er een onover-

107 Cass. 7 april 1995, AR C.93.0200.N.

108 W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "La garantie des droits de l'homme et la Cour Européenne de Strasbourg", *JT* 1982, 107; Y. HAECK en C.B. HERRERA, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,* Antwerpen, Intersentia, 2011, 440-442.

109 RvV 21 februari 2013, nr. 97.183, zie: RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, *T.Vreemd.* 2014, 325 (verkort), noot W. VANDENHOLE.

110 De Vreemdelingenwet voorziet niet in een analoge bepaling in de procedure gezinshereniging met een Belg, Unieburger of derdelander met een beperkt verblijfsrecht. Anderzijds verwijst de Belgische verblijfswetgeving wel uitdrukkelijk naar het hoger belang van het kind in art. 61/17 Vw. inzake niet-begeleide minderjarige vreemdelingen; in art. 14, § 4 KB 11 juli 2003 inzake asiel en in art. 74/13 en 74/16, § 1 Vw. inzake terugkeer.

111 De belangenafweging die het EHRM doorvoert, maakt hier echter geen onderscheid in. Voor meer informatie, zie J. EEKELAAR, "The role of the best interests principle in decisions affecting children and decisions about children", *Int'l J.Child.Rts.* 2015, 3-26.

112 Een uitvoerige motivering is terug te vinden in de volgende arresten: RvV 29 juni 2015, nr. 148.742, 4.9; RvV 21 februari 2013, nr. 97.183; RvV 23 januari 2014, nr. 137.056; RvV 20 maart 2014, nr. 121.015; RvV 18 december 2014, nr. 135.526; RvV 16 februari 2015, nr. 138.595; RvV 27 februari 2015, nr. 140.000.

113 De RvV kan enkel controleren of de overheid bij haar beoordeling is uitgegaan van de juiste gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen, zie RvV 20 maart 2014, nr. 121.015.

114 RvV 11 juni 2014, nr. 125.431, 2.6; zie ook: FEDERAAL MIGRATIECENTRUM, *Migratie in cijfers en in rechten,* jaarverslag 2015, 114, www.myria.be.

115 Dit recht zit vervat in art. 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, nr. 2000/C, *Pb.C.* 18 december 2000, afl. 364.

116 Med.Comm. aan de Raad en het Europees Parlement betreffende richtsnoeren voor de toepassing van richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, COM(2014)210, 3 april 2014, 29, zie FEDERAAL MIGRATIECENTRUM, *Migratie in cijfers en in rechten,* jaarverslag 2015, 106 en 114, www.myria.be.

117 RvV 12 februari 2015, nr. 138 338; RvV 16 februari 2015, nr. 138.595; RvV 11 mei 2015, nr. 145.300; RvV 11 mei 2015, nr. 145.301.

118 RvV 16 februari 2015, nr. 138.595, 3.2.

119 RvV 27 februari 2015, nr. 140.000, 2.3.2.2.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

komelijke hindernis bestaat voor de partner om haar te volgen naar haar land van herkomst. Deze arresten vermelden echter nergens de belangen van de kinderen van de partner die hun (stief)ouders zouden moeten volgen naar het land van herkomst[120]. Ten tweede in een zaak waar het kind slechts zes jaar oud was en de verzoekster zelf geen aanvraag had gedaan tot een verblijfsmachtiging om humanitaire redenen omwille van de scholing van haar kind[121]. In de geest van de bovenstaande uiteenzetting valt het te betwijfelen of deze redenering overeenstemt met de rechtspraak van het EHRM. De nalatigheid van de verzoekster zal de belangenafweging wel in haar nadeel doen uitdraaien, maar dit impliceert geenszins dat deze belangenafweging helemaal niet gemaakt moet worden of dat de bewijslast volledig op de schouders van de verzoekster rust. Zo oordeelt het Grondwettelijk Hof ook dat de wetgever de bevoegde overheid er niet van kan vrijstellen rekening te houden met het specifieke belang van het kind[122]. Het feit dat het kind niet gescheiden zou worden van de verzoekster doet hieraan geen afbreuk aangezien het onrechtstreeks getroffen wordt door de beslissing tot uitzetting van de moeder. Evenwel hecht de RvV terecht minder waarde aan de belangen van de kinderen als zij zelf illegaal verblijven in België en niet het risico lopen gescheiden te worden van een van hun ouders[123].

34. Een arrest van de RvV – waarvan de feiten enkele raakvlakken hebben met deze in het arrest-*Jeunesse* – kan vatbaar zijn voor kritiek[124]. Het betreft een verzoekster van Turkse nationaliteit die een aanvraag indiende op basis van artikel 9bis Vw.[125]. Het bestuur verklaarde de aanvraag onontvankelijk omdat er geen buitengewone omstandigheden bewezen waren die een uitzondering toelieten op de verplichting om de aanvraag in te dienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire post in het herkomstland. Ze krijgt daarop het bevel om het Belgische grondgebied te verlaten. Haar partner en kind van drie jaar oud bezitten beiden een legale verblijfstitel. De gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie meent dat de moeder slechts tijdelijk gescheiden wordt van haar echtgenoot en kind, totdat zij zich in het bezit heeft gesteld van de vereiste documenten. Een onderzoek naar het belang van het kind wordt niet doorgevoerd. De verzoekster geeft aan dat haar kind, gelet op zijn jonge leeftijd, moeilijk zijn moeder kan missen. Het kind meenemen naar Turkije is geen optie omdat ze geen zekerheid heeft over de manier waarop zij daar in haar levensonderhoud zal voorzien. In ieder geval heeft de beslissing tot gevolg dat het kind zal worden gescheiden van een van zijn ouders. De vader heeft immers een vaste tewerkstelling in België en het kan niet van hem verwacht worden dat hij deze zou achterlaten. Dit feit alleen zou idealiter een doorgedreven belangenafweging vanwege het bestuur moeten vergen.

35. Omwille van de beperkte bevoegdheid van de RvV wordt enkel nagegaan of de overheid de grenzen van de redelijkheid heeft overschreden. De Raad is van oordeel dat dit niet het geval is. De verzoekster heeft bij haar aanvraag immers niet aangehaald dat haar kind hieronder zou kunnen lijden. Bovendien concretiseert ze niet waarom haar echtgenoot niet alleen voor het kind kan zorgen. De RvV treedt de verwerende partij bij in haar stelling dat het slechts om een tijdelijke verwijdering gaat. De Raad oordeelt dat de verzoekster niet aantoont dat het belang van het kind onherstelbaar wordt beschadigd. Evenwel valt het te betwijfelen dat een maatregel enkel in strijd is met het belang van het kind als deze riskeren onherstelbaar beschadigd te worden. Daarenboven lijkt het evident dat de scheiding van een jong kind van een van zijn ouders ernstige trauma's kan meebrengen. Het kind is immers nog niet in staat om te begrijpen waarom een van zijn ouders er plots niet meer is[126]. Het gaat overigens om een scheiding van onzekere en onbepaalde duur[127]. Ten slotte kan de gemachtigde niet garanderen dat het gaat om een tijdelijke verwijdering, aangezien de aanvraag ten gronde kan worden afgewezen. Indien het bestuur van oordeel is dat deze mogelijkheid onbestaande is, hebben we waarschijnlijk te maken met een maatregel van excessief formalisme.

5.3. Aanbevelingen voor de implementatie van het arrest-*Jeunesse*

36. Gelijke feiten die aan de grondslag lagen van de zaak *Jeunesse* zullen zich niet voordoen in de Belgische rechtspraktijk. De Belgische wetgeving voorziet immers sinds het *Zambrano*-arrest van het Hof van Justitie[128] in een recht op gezinshereniging voor de ouders van een minderjarig Belgisch kind[129]. Desalniettemin wijst de voorgaande rechtspraakanalyse van het EHRM erop dat een verdragsstaat zich blootstelt aan veroordelingen wanneer het belang van het kind niet (uitvoerig) onderzocht wordt bij het nemen van uitwijzingsbeslissingen[130]. Deze conclusie geldt zowel bij de behandeling van verblijfsaanvragen van ouders met een minderjarig derdelands kind met wettig verblijf in België, als voor gezinnen met kinderen in het algemeen. Hierbij moet echter de kanttekening gemaakt

120 RvV 11 mei 2015, nr. 145.297, 4.2.5; RvV 26 mei 2015, nr. 146.282, 3.2.2.1.
121 Voor meer informatie, lees RvV 12 februari 2015, nr. 138 338, 3.6 en de gelijkaardige zaak RvV 30 maart 2015, nr. 142.283.
122 GwH 29 januari 2014, nr. 16/2014, B.8; RvV 21 februari 2013, nr. 97.183, zie: RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, *T.Vreemd.* 2014, 325 (verkort), noot W. VANDENHOLE.
123 RvV 2 maart 2015, nr. 140.061.
124 RvV 2 maart 2015, nr. 140.049. Enkele belangrijke feiten verschillen echter, waardoor deze stelling genuanceerd moet worden. De Turkse verzoekster verbleef nog maar vier jaar in België (i.t.t. zestien jaar in het geval van mevr. Jeunesse in Nederland) en ze had nooit in het verleden de Belgische nationaliteit verworven.
125 Hier gaat het over een aanvraag tot humanitaire regularisatie.
126 EHRM, *Nunez v. Norway, ECHR* 2011, § 81-84.
127 De Vreemdelingenwet voorziet immers niet in een wettelijke termijn waarbinnen een aanvraag op basis van artikel 9 Vw. behandeld moet worden.
128 HvJ C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v. Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, Jur.* 2011, I, 1232.
129 De enige vereiste is dat de ouder zijn identiteit kan bewijzen met een geldig identiteitsdocument en dat hij of zij een gezinscel vormt met het minderjarig Belgisch kind: art. 40ter, eerste lid, tweede streepje Vw.; S. DAWOUD, "Gezinshereniging in België: kan men het bos nog door de bomen zien?", *T.Vreemd.* 2014, 293.
130 In dit verband verplicht artikel 74/13 Vw. de minister of zijn gemachtigde bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening te houden met o.m. het hoger belang van het kind.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie

worden dat het onderzoek in het eerste geval sneller positief zal uitdraaien voor de verzoekers dan voor gezinnen waar de kinderen geen enkel wettig verblijf in België genieten (supra nr. 33).

37. De toetsing aan het belang van het kind blijft nattevingerwerk omdat duidelijk afgelijnde criteria ontbreken. Om veroordelingen te vermijden, lijkt het nuttig om de rechterlijke en administratieve afwegingen op elkaar af te stemmen via een non-exhaustieve checklist. Het VN-Kinderrechtencomité vermeldt elementen die verdragsstaten moeten onderzoeken, nl.: de opinies en de identiteit van het kind, manieren om het gezinsleven en het behoud van de gezinsbanden te vrijwaren, middelen om de veiligheid van het kind te verzekeren, de kwetsbaarheid van het kind en het recht op medische behandeling en toegang tot het onderwijs[131]. Deze elementen stemmen overeen met de rechtspraak van het EHRM en zijn terug te vinden in de checklist van het Federaal Migratiecentrum[132]. Bij een beoordeling via een checklist moet de rechter ervoor waken niet in het vaarwater van het hoorrecht van het kind te komen door zijn visie autonoom op te leggen. Men hoeft de twee principes echter niet als onvermijdelijk tegenstrijdig te zien, aangezien beide beginselen elkaar perfect kunnen aanvullen[133].

> "De toetsing aan het belang van het kind blijft nattevingerwerk omdat duidelijk afgelijnde criteria ontbreken".

38. Sinds 30 augustus 2014 kunnen kinderen die beweren het slachtoffer te zijn van een schending van hun rechten niet enkel een beroep aantekenen bij het EHRM. Als zij geen soelaas vinden na de uitputting van de nationale rechtsmiddelen, kunnen zij tevens een beroep instellen bij het Comité voor de Rechten van het Kind[134]. De toekomst zal moeten uitwijzen of kinderen beter een beroep instellen bij dit Comité of bij het EHRM. Een beroep is immers onontvankelijk als ze gelijktijdig voor de beide instanties wordt opgeworpen[135]. Het Federaal Migratiecentrum hoopt dat dit nieuwe toezichtmechanisme ervoor zal zorgen dat de Belgische autoriteiten en rechters de bepalingen van het IVRK ten volle zullen toepassen[136].

6_ Conclusie

39. Er kan geen sluitend antwoord gegeven worden op de vraag of het arrest-*Jeunesse* afwijkt van de eerdere rechtspraak van het EHRM. De beoordeling van het Hof lijkt sterk beïnvloed te zijn door atypische factoren, nl. het onvrijwillig verlies van de Nederlandse nationaliteit en haar aanwezigheid op het Nederlands grondgebied voor zestien jaar. Bovendien blijft het Hof zich af en toe baseren op zijn striktere rechtspraak in ontvankelijkheidsbeslissingen[137]. Alles wordt alleen maar complexer doordat de rechtspraak van het EHRM in gezinsherenigingszaken aanzienlijk varieert en leidt tot inconsistenties[138]. Er kan geen cruciale breuk met de vaste rechtspraak aangetoond worden. Er kan dus besloten worden dat de verdragsstaat over een ruime appreciatiemarge blijft beschikken en dat schendingen van artikel 8 EVRM eerder de uitzondering blijven dan de regel[139].

Een aantal elementen uit het arrest doet evenwel vermoeden dat het EHRM subtiele wijzigingen doorvoert in zijn rechtspraak. Allereerst is het niet meer noodzakelijk dat onoverkomelijke hinderpalen bestaan om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen. Het kan soms voldoende zijn als het vaststaat dat de gezinsleden daar een bepaalde mate van hinder zullen ondervinden. Daarnaast stelt het Hof nu uitdrukkelijk dat nationale instanties onderzoek moeten doen naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van elke maatregel die de uitwijzing van een derdelands ouder tot gevolg heeft. Ten slotte oordeelt het Hof dat de feiten in de zaak *Jeunesse* door ze *cumulatief* te bekijken, uitzonderlijke omstandigheden uitmaken die een schending van artikel 8 EVRM met zich meebrengen. Dit heeft tot gevolg dat nationale instanties de belangen van het kind een belangrijke plaats dienen te geven in hun besluitvorming.

40. De RvV kan, wegens zijn gelimiteerde opdracht, slechts beperkt toezicht houden op de naleving van kinderrechten in vreemdelingenzaken. De RvV is enkel van plan het arrest-*Jeunesse* te volgen als de verzoekers zelf concrete elementen aanvoeren en deze staven met een begin van bewijs. Men mag zich niet louter beperken tot algemeenheden[140]. Alhoewel deze aanpak niet in se tegenstrijdig is met de rechtspraak van het EHRM, kan het aanbevolen worden dat kinderrechten een prominentere rol zouden toebedeeld krijgen in gezinsherenigingszaken. Het horen van de kinderen en een niet-exhaustieve checklist kan een leidraad vormen voor de belangenafweging.

131 UN Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para.1),* 29 May 2013, § 13-17.
132 FEDERAAL MIGRATIECENTRUM, *Migratie in cijfers en in rechten,* jaarverslag 2015, bijlage 3, www.myria.be.
133 UN Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29 May 2013, § 43.
134 Wet 21 februari 2014 houdende instemming met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind betreffende een mededelingsprocedure, aangenomen te New York op 19 december 2011, *BS* 20 augustus 2014, 60.987.
135 Art. 35, 2 (b) EVRM.
136 FEDERAAL MIGRATIECENTRUM, *Migratie in cijfers en in rechten,* jaarverslag 2015, 111, www.myria.be.
137 T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 272.
138 C. SMYTH, "The best interests of the child in the expulsion and first-entry jurisprudence of the European Court of Human Rights: how principled is the Court's use of the principle?", *EJML* 2015, 85; T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 279-280.
139 T. SPIJKERBOER, "Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion", *EJML* 2009, 283-284.
140 RvV 2 maart 2015, nr. 140.049.

this jurisquare copy is licenced to rechtspositie