



ADVIES MYRIA – SAMENVATTING

Artikel 9bis van de wet

In "buitengewone omstandigheden" kan een verblijfsverzoek vanuit België worden ingediend, in afwijking van de algemene regel (vanuit het buitenland). Op het vlak van de ontvankelijkheid moet men dus onder meer buitengewone omstandigheden aantonen. Het bevoegde regeringslid en zijn administratie beoordelen aanvragen binnen een brede discretionaire bevoegdheid, ook wat de grond van de zaak betreft.

Context

In 2019 is met grote consensus binnen het parlement een stap gezet in de richting van meer transparantie over het gevoerde regularisatiebeleid. Er werd een *a posteriori* controle-instrument gecreëerd via de invoering van het artikel 94/1 in de vreemdelingenwet. Deze bepaling verplicht de bevoegde overheid om elk jaar een activiteitenrapport neer te leggen met "informatie over de beslissingen (...) in het kader van de discretionaire bevoegdheden waarover deze beschikt, met name de kwalitatieve en kwantitatieve statistische gegevens van de verzoeken om verblijfstitels".

Het valt af te wachten hoe de nieuwe staatssecretaris voor Asiel en Migratie en de Dienst Vreemdelingenzaken deze recente verplichting zullen invullen. Het regeerakkoord van de nieuwe federale regering belooft ten aanzien van humanitaire visa een "transparant beleid", maar zwijgt over het beleid inzake de humanitaire regularisatie. Toch blijven meer transparantie en rechtszekerheid ook hier aangewezen en nodig.

Aanbevelingen

Myria pleit ervoor het regularisatiekanaal met **een discretionaire bevoegdheid alleen te behouden voor uitzonderlijke situaties**. Het betreft hier situaties die niet door de wetgever konden worden voorzien of voorspeld, en/of waarvoor een belangenafweging nodig is. Het biedt ook de mogelijkheid om rekening te houden met een korf van elementen, die elk op zich geen verblijf kunnen rechtvaardigen maar samen genomen wel.

Vanuit die redenering pleit Myria ervoor:

- **Om in de wet een aparte verblijfsregeling te voorzien voor bepaalde situaties of categorieën van vreemdelingen (en die uit de discretionaire bevoegdheid te halen)**, die nu – bij afwezigheid van een ander kanaal – een regularisatieverzoek moeten indienen. De wet werd in het verleden al meermaals in die zin aangepast, zoals voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (NBMV), medisch verblijf, etc. Myria identificeert met name de volgende categorieën, waarvoor het beleid juridisch beter omkaderd kan worden (onder wettelijk bepaalde voorwaarden):



- erkende staatlozen in België;
 - onverwijderbare personen (redenen buiten hun wil om);
 - ouders van minderjarige derdelandse kinderen met verblijfsrecht in België;
 - koppels met verschillende nationaliteiten die hun gezinsleven niet kunnen voortzetten in het buitenland.
- De discretionaire bevoegdheid te behouden voor uitzonderlijke situaties, waarbij de **bevoegde overheid transparant communiceert over het toetsingskader dat zij hanteert**. Een dergelijk toetsingskader bevat geen bindende precieze regels, hetgeen binnen een discretionair kader ook niet mogelijk is, maar bevat wel gedragslijnen en toetsstenen. Deze dienen dan als een hulpmiddel bij de beoordeling en de belangenafweging van individuele dossiers. Het is een instrument tegen opaciteit, voor het respect van het gelijkheidsbeginsel en tegen (de schijn) van willekeur. Het is ook een instrument om, in lijn met het zorgvuldigheidsbeginsel, nauwgezet verschillende elementen te overwegen en af te wegen. Juridisch niet-afdwingbare instructies mogen niet soms wel gevolgd worden door de administratie en dan weer niet, zonder bijkomende uitleg. De Raad van State kwalificeerde dat als "institutionalisering van de willekeur".

Zo'n kader kan handvatten aanreiken, voor de administratie én aanvragers:

- Over de beoordeling en de afwegingen die gemaakt (moeten) worden in toepassing van **hogere rechtsnormen zoals het non-refoulementbeginsel, het recht op een gezins- en privéleven, het hoger belang van het kind, etc.**
- Daarnaast benoemt het ook elementen en situaties waaraan de overheid – binnen haar discretionaire bevoegdheid – specifiek belang hecht. Hier suggereert Myria onder meer in te gaan op de toetsing en de beoordeling van:
 - De volgende **elementen**: familiale en persoonlijke situatie; de aard van de band met België; humanitaire overwegingen; gedrag; bekommernissen inzake nationale veiligheid;
 - De volgende specifieke **situaties**: onredelijk lange asiel- of verblijfsprocedure; slachtoffers van mensenhandel bij wie de strafprocedure werd stopgezet; slachtoffers van arbeidsgerelateerde uitbuiting zonder wettig verblijf; situaties waarin het verblijf van belang is om het recht op een eerlijk proces te vrijwaren.

Specifieke opmerkingen bij het wetsvoorstel

In een laatste deel gaat Myria in op enkele elementen van het voorliggende wetsvoorstel en het formuleert daarover een aantal opmerkingen.





Kamer van Volksvertegenwoordigers
Commissie Binnenlandse Zaken
28 januari 2020

Advies van Myria, het Federaal Migratiecentrum, over het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, teneinde deze wet aan te vullen met duidelijke, billijke en nauwkeurige criteria inzake de regularisatie van de situatie van mensen die onwettig op het grondgebied van het Rijk verblijven, alsook tot oprichting van een onafhankelijke Regularisatiecommissie (DOC 55 1415/001).

1. Myria bedankt de Commissie voor haar vraag om advies¹ en verwelkomt dat de regularisatiekwestie besproken wordt. Als onafhankelijke federale instelling die als opdracht heeft om toe te zien op het respect voor de grondrechten van vreemdelingen pleit Myria al langer voor een meer transparant beleid in deze, gebaseerd op een helder juridisch kader en op het rechtszekerheidsprincipe, met behoud van een residuaire discretionaire bevoegdheid.²
2. Verschillende elementen die Myria in dit advies opwerpt, vragen om een veel bredere, transversale reflectie en aanpak. Dat zou volgens Myria best ook plaatsvinden in het kader van het nog te creëren Migratiewetboek. Rechtsnormen als het hoorrecht, het recht op een privé- en gezinsleven, het non-refoulementbeginsel, het hoger belang van het kind, enz. zijn immers niet alleen van belang in de context van een regularisatieverzoek.
3. In dit advies wenst Myria de volgende punten te verduidelijken voor de leden van de Commissie: de nood aan meer duidelijkheid en transparantie (I), het belang om verblijfsstatuten voor bepaalde categorieën van vreemdelingen te creëren die niet langer afhangen van de discretionaire bevoegdheid (II), algemene principes die ter harte moeten worden genomen bij de discretionaire bevoegdheid (III), alvorens enkele niet-exhaustieve opmerkingen op de tekst van het wetsvoorstel te maken (IV).

¹ De adviezen die Myria heeft opgesteld op vraag van de Kamercommissies zijn terug te vinden op zijn website. www.myria.be

² Zie Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2019*, pp. 103-106; *Migratie in cijfers en in rechten 2015*, pp. 146-150; Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding (CGKR), *Jaarverslag migratie 2009*, pp. 76-77 (rechtszekerheidsprincipe en het belang van een toegankelijke, duurzame, wettelijke norm); *ibid.*, pp. 80-81 (belang om verblijfsstatuten in de wet te voorzien met behoud van een discretionaire bevoegdheid); CGKR, *Jaarverslag migratie 2010*, pp. 92-93 (onderscheid tussen uitzonderlijke omstandigheden en humanitaire situaties die vastgelegd kunnen worden in koninklijk besluit); *ibid.*, pp. 114-115 (aanbevelingen betreffende voornamelijk onverwijderbare vreemdelingen en staatlozen); CGKR, *Jaarverslag migratie 2011*, p. 128 (belang om bepaalde situaties per koninklijk besluit overlegd in de ministerraad te regelen, en niet via een omzendbrief ten voordele van een grotere rechtszekerheid).



4. Myria staat ter beschikking van de Commissie voor een eventuele hoorzitting en ter beschikking van alle actoren om de dialoog voort te zetten met het oog op een helder en transparant beleid inzake de regularisatie van het verblijf.

I. Meer duidelijkheid en meer transparantie zijn noodzakelijk

5. Myria pleit al jaren voor meer duidelijkheid rond het beleid inzake humanitaire regularisatie.³ In 2019 is met grote consensus binnen het parlement een stap gezet in de richting van meer transparantie over het gevoerde regularisatiebeleid. Er werd een *a posteriori* controle-instrument gecreëerd via de invoering van het artikel 94/1 in de vreemdelingenwet. Dat kwam er tegen de achtergrond van de hoorzittingen over humanitaire visa, maar heeft ook betrekking op de humanitaire regularisaties. Het nieuwe artikel verplicht de bevoegde overheid om elk jaar een activiteitenrapport neer te leggen met “informatie over de beslissingen (...) in het kader van de discretionaire bevoegdheden waarover deze beschikt, met name de kwalitatieve en kwantitatieve statistische gegevens van de verzoeken tot verblijfstitels”.⁴ Deze nieuwe bepaling trad in werking op 1 mei 2019⁵, maar tot op heden verscheen er nog geen enkel verslag hieromtrent, noch voor het jaar 2019, noch voor 2020.⁶ Het valt af te wachten hoe de nieuwe staatssecretaris voor Asiel en Migratie en zijn kabinet deze nieuwe verplichting zullen invullen. Myria hoopt dat zij zich niet zullen beperken tot het meegeven van statistieken maar dat de staatssecretaris ook uitgebreid duiding zal geven bij het gevoerde beleid. Het regeerakkoord van de nieuwe federale regering belooft ten aanzien van humanitaire visa een “transparant beleid”, maar zwijgt over het beleid inzake humanitaire regularisatie. Toch gaat de ingevoegde wetsbepaling ook over het regularisatiebeleid en is meer transparantie ook hier nodig en aangewezen.
6. De DVZ motiveert alleen de negatieve beslissingen, niet de positieve beslissingen. Uit de negatieve beslissingen valt af te leiden welke gronden niet in aanmerking komen voor een humanitair verblijf. Echter, door het gebrek aan publieke criteria en de niet-motivering van positieve beslissingen is het niet mogelijk de redenen voor de toekenning van een humanitair verblijfsrecht te achterhalen.

³ Zie met name Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2015*, pp. 146-150; Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2019*, pp. 103-106; CGKR, *Jaarverslag migratie 2007*, p. 115; *Jaarverslag migratie 2011*, p. 64, 193; *Jaarverslag migratie 2012*, pp. 73-76.

⁴ Art. 94/1 van de vreemdelingenwet, ingevoegd door de wet van 8 mei 2019 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen teneinde de uitoefening van de discretionaire bevoegdheden van de minister bevoegd voor Asiel en Migratie transparant te maken; zie de verantwoording bij het amendement nr. 2, neergelegd door Nahima LANJRI (CD&V), Sybille de COSTER-BAUCHAU (MR), Wouter DE VRIENDT (Ecolo-Groen), Georges DALLEMAGNE (cdH), Monica DE CONINCK (sp.a), Nawal BEN HAMOU (PS), Sandrine DE CROM (Open Vld), Koenraad DEGROOTE (N-VA), Kamer Doc. 54, nr. 3496/004, p. 3.

⁵ Art. 3 van de wet van 8 mei 2019 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen teneinde de uitoefening van de discretionaire bevoegdheden van de minister bevoegd voor Asiel en migratie transparant te maken.

⁶ In het statistisch jaarverslag 2019 publiceert de DVZ geen specifieke informatie over humanitaire visumaanvragen, maar worden zij opgenomen onder de noemer “visa voor andere motieven dan studie” (DVZ, Statistisch jaarverslag 2019, p. 22). Statistische gegevens over de aanvragen tot humanitair verblijf staan opgenomen in het punt 4. “Uitzonderlijk verblijf” (p. 27). Sinds 2019 publiceert de DVZ op zijn website statistische gegevens over de aantallen personen die gemachtigd werden tot verblijf, per maand, per nationaliteit en per type procedure (9bis en 9ter) (zie: https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/NL/Statistieken/Pages/Uitzonderlijk_Verblijf.aspx).



7. Tijdens de hoorzitting over de impact van de coronaviruscrisis op de werking van de asielinstanties⁷ ging de directeur-generaal van de Dienst Vreemdelingzaken, de heer Freddy Roosemont, in op vragen rond collectieve regularisatie: “Hij wijst op de bestaande artikelen 9bis (humanitaire regularisatie, machtiging op basis van buitengewone omstandigheden) en 9ter (medische redenen) van de vreemdelingenwet. Voor zover de spreker weet, levert de toepassing van deze artikelen geen problemen op. De DVZ volgt de door de minister opgelegde criteria (...). De spreker is er voorstander van om de huidige situatie te behouden. Als de minister de criteria wenst aan te passen, is de DVZ bereid om dit uit te voeren.”

Uit deze verklaring maakt Myria op dat er wel degelijk criteria bestaan maar dat zij momenteel niet openbaar zijn. In het raam van een bestuurlijke discretionaire bevoegdheid vormt het geen probleem om een toetsingskader (gedragslijnen, toetsingscriteria) te gebruiken, zolang deze niet-exhaustief zijn en er een toetsing is van de feitelijke en juridische omstandigheden van het individuele geval. Meer nog, dat is een manier voor de overheid om te voldoen aan het beginsel van gelijke behandeling. Gelijke beslissingen moeten in gelijkaardige situaties (kunnen) worden genomen. Bovendien, zoals de wetgever onderstreepte in 2019, moet worden vermeden dat de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid leidt tot (de schijn van) willekeur.⁸ In die zin is het van belang om meer rechtszekerheid te bieden en het toetsingskader openbaar te maken.

8. Myria bemerkt een veel gestelde vraag in deze: creëert een openbaar gemaakt toetsingskader geen aanzuigeffect?
- Migratiebewegingen (van vreemdelingen naar België en de schommelingen in het aantal asielverzoeken, onder meer door de secundaire stromen van niet-EU-migranten vanuit de andere EU-Lidstaten) zijn multifactorieel en de oorzaken daarvan niet steeds aanwijsbaar.
 - Het argument kan ook worden omgekeerd: creëert het gebrek aan een transparant toetsingskader niet net valse hoop?
 - Een onduidelijke situatie verhindert de professionals om de betrokkenen correct advies te verlenen en moedigt de betrokkenen niet aan om voor een vrijwillige terugkeer te kiezen.
9. In plaats daarvan zou een consequent beleid kunnen bestaan uit:
- Echte verblijfsstatuten, onder bepaalde voorwaarden, creëren voor sommige categorieën van vreemdelingen om ze te onttrekken aan de discretionaire bevoegdheid waaronder ze vandaag de dag vallen;
 - De discretionaire bevoegdheid behouden voor uitzonderlijke situaties, waarbij een openbaar toetsingskader (de schijn van) willekeur moet voorkomen.

⁷ Hoorzitting over de impact van de coronaviruscrisis op de werking van de asielinstanties, 9 juli 2020, Kamer Doc. nr. 55 1436/001, pp. 35-36.

⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen teneinde de uitoefening van de discretionaire bevoegdheden van de minister bevoegd voor Asiel en Migratie transparant te maken, 29 januari 2019, Kamer Doc. 54, nr. 3496/001, p. 4 (dit voorstel leidde tot de goedkeuring van artikel 94/1, met een zeer grote meerderheid).

Volgens Myria zou een dergelijke benadering (met een verduidelijking van het toetsingskader en het beleid) enerzijds de doelstelling ondersteunen om transparantie en rechtszekerheid te bevorderen en anderzijds vermijden dat vreemdelingen zich door valse hoop nestelen of aankomen op het grondgebied om een humanitaire verblijfsaanvraag in te dienen.

II. Echte verblijfsstatuten creëren voor sommige categorieën van vreemdelingen

10. Volgens Myria moet een verblijfsstatuut worden voorzien voor sommige categorieën van vreemdelingen die er vandaag géén hebben, om alleen werkelijk uitzonderlijke situaties aan de discretionaire bevoegdheid over te laten.
11. Op basis van de wetgevende hervormingen van de laatste vijftien jaar stelt Myria vast dat er zich een algemene tendens aftekent, met name de creatie van specifieke verblijfsstatuten voor categorieën van vreemdelingen die voordien afhingen van de discretionaire bevoegdheid van de minister en zijn administratie. Voor deze groepen die afhankelijk waren van artikel 9*bis* (of eerder nog artikel 9 alinea 3) van de vreemdelingenwet werden specifieke bepalingen gemaakt om hun een verblijfsrecht toe te kennen op basis van vastgelegde voorwaarden en een duidelijkere procedure. Het betreft voornamelijk de:
 - Ernstig zieke vreemdelingen (art. 9*ter*);
 - Niet-gehuwde geregistreerde partners (art. 10, 40*bis*, 40*ter*);
 - Ouders van een Belgisch kind (art. 40*ter*);
 - Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art. 61/14);
 - Slachtoffers van het misdrijf mensenhandel en -smokkel die samenwerken met de autoriteiten (art. 61/2 e.v.).
12. Deze evolutie verbetert de rechtszekerheid en de coherentie van het systeem door het toepassingsgebied van de humanitaire regularisatie en de discretionaire bevoegdheid te beperken tot de werkelijk uitzonderlijke situaties. Alvorens in te gaan op de principes die deze discretionaire bevoegdheid inzake de humanitaire regularisatie moeten leiden, moet daarom worden onderzocht welke categorieën van vreemdelingen deze evolutie kunnen volgen en dus onttrokken kunnen worden van de discretionaire bevoegdheid. In 2015 maakte Myria al eens deze oefening, vooruitlopend op het Migratiewetboek dat toen in de steigers stond. Myria stelde dat de uitwerking van dit wetboek de uitgelezen gelegenheid was om een oplossing te verankeren in de regelgeving voor sommige categorieën vreemdelingen. Deze overwegingen gelden nog steeds, zowel voor het voorstel dat hier voorligt als voor het Migratiewetboek dat nagestreefd wordt door de huidige regering.
13. Volgens Myria zouden verblijfsstatuten voor sommige categorieën van vreemdelingen voorzien moeten worden zonder de voorwaarde van buitengewone omstandigheden en zonder af te hangen van de discretionaire bevoegdheid van de minister of zijn administratie. Het terugtrekken van deze categorieën uit het toepassingsgebied van de discretionaire bevoegdheid betekent niet dat een verblijfsrecht automatisch en onvoorwaardelijk wordt toegekend aan al deze vreemdelingen. Wel betekent het dat de voorwaarden, de procedures en de eventuele uitsluitingen (bijvoorbeeld op basis van overwegingen van openbare orde) van het verblijfsrecht duidelijk omschreven staan in de wet. Myria wenst de aandacht te vestigen op de volgende categorieën. Het betreft een niet-exhaustieve lijst die in functie van de debatten aangepast zou kunnen worden.

a. De erkende staatlozen in België

14. Zoals Myria in zijn advies aan de Commissie Binnenlandse zaken in 2019 aangaf⁹, is het aannemen van een verblijfsstatuut voor staatlozen noodzakelijk en dringend om de door het Grondwettelijk Hof¹⁰ in 2009 en door het Hof van Cassatie¹¹ vastgestelde ongrondwettelijke lacune weg te werken. In 2012 stelde het Grondwettelijk Hof een discriminatie vast tussen de erkende vluchtelingen, die een verblijfsrecht hebben, en de erkende staatlozen, voor wie de vreemdelingenwet in geen enkele status voorziet.¹² Volgens de Raad van State¹³ is de RvV verplicht een weigering van verblijf door de DVZ aan een in België erkende staatloze (die buiten zijn wil om zijn nationaliteit heeft verloren en die geen wettige en duurzame verblijfstitel kan krijgen in een andere staat waarmee hij banden zou hebben) te schorsen. Nog volgens de RvS verplicht het verzoek tot humanitaire regularisatie de DVZ om een einde te maken aan de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde discriminatie door de erkende staatloze een verblijfsvergunning toe te kennen. Doet de DVZ dit niet, dan moet de RvV deze weigering vernietigen.
15. Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens¹⁴ en de RvV¹⁵ aanvoeren, legt het artikel 8 van het EVRM (dat het recht op een privé- en gezinsleven beschermt) de overheden op om na te gaan of het statuut van erkende staatloze het niet moeilijk of onmogelijk maakt om het privéleven voort te zetten in een vreemd land. Dit onderzoek, dat de kern vormt van de belangenafweging in het kader van artikel 8, moet altijd worden uitgevoerd, ook als er overwegingen van openbare orde zijn.¹⁶

b. De vreemdelingen die het grondgebied onmogelijk kunnen verlaten om redenen buiten hun wil om

16. Er is geen enkele specifieke procedure voorzien voor vreemdelingen die onmogelijk kunnen terugkeren naar hun land.¹⁷ Zij kunnen alleen een tijdelijk uitstel van hun verwijdering¹⁸ aanvragen, wat zich in de praktijk vertaalt in een verlenging van de termijn van het bevel om het grondgebied te verlaten. Dat is evenwel geen aanvaardbare oplossing voor alle personen die zich, gedurende maanden of jaren, omwille van administratieve of praktische redenen in de onmogelijkheid bevinden om het grondgebied te verlaten. Een specifiek verblijfsstatuut zou dus voorzien moeten worden om de zoektocht naar een “oplossing” vermeld in het regeerakkoord¹⁹ te concretiseren.

⁹ Advies van Myria aan de Commissie Binnenlandse zaken, Algemene zaken en Openbaar ambt, wetsvoorstel [nr. 3487/1 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen teneinde het verblijfsrecht voor staatlozen te regelen](#) (24 januari 2019), 4 maart 2019.

¹⁰ GwH, nr. 198/2009, 17 december 2009.

¹¹ Cass., 27 mei 2016, nr. C.13.0042.F.

¹² GwH, nr. 1/2012, 11 januari 2012.

¹³ RvS, 27 juni 2019, nr. 244.986.

¹⁴ EHRM, *Hoti t. Kroatië*, 26 april 2018, § 123-128.

¹⁵ RvV, nr. 205 101, 8 juni 2018.

¹⁶ RvV, nr. 205 101, 8 juni 2018.

¹⁷ Voor meer informatie zie: Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2020, Jaarverslag in katernen*, Katern Internationale bescherming, pp. 12-13: “Een verblijfsstatuut voor onverwijderbare vreemdelingen?”.

¹⁸ Het art. 74/17 van de wet van 15 december 1980 voorziet een mogelijkheid tot tijdelijk uitstel van de verwijdering maar er is niets voorzien voor toekenning van een verblijfsrecht in geval van een voortdurende onmogelijkheid van verwijdering.

¹⁹ “Er wordt een oplossing gezocht voor de zeer beperkte groep mensen die buiten hun wil om, en ook niet vrijwillig, kunnen terugkeren naar hun land van herkomst” (Verslag van de formateurs, 30 september 2020, p. 82). Dit element kwam ook voor in het regeerakkoord van 2014 (p. 154).

17. Bepaalde Europese landen waaronder Nederland²⁰ kennen een verblijfstatuut toe aan personen die onverwijderbaar zijn buiten hun wil om: “*De vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken*”. Er mag geen gerede twijfel zijn over de identiteit of de nationaliteit van de betrokken vreemdelingen, zij leggen de bewijzen voor van de stappen die ze hebben ondernomen, de vreemdeling heeft hulp gevraagd aan een officiële dienst voor hulp bij terugkeer (al dan niet vrijwillig) waaruit is voortgevloeid dat deze poging tot terugkeer niet is gelukt.
- c. De ouders van minderjarige kinderen, die onderdanen zijn van een derde land en een verblijfsrecht genieten in België
18. Volgens Myria zou een recht op gezinshereniging voorzien moeten worden voor de ouders van minderjarige derdelandse kinderen, die een verblijfsrecht van meer dan 3 maanden hebben, in het artikel 10§1 van de wet.
19. Momenteel voorziet de wetgeving een recht op gezinshereniging voor ouders van Belgische minderjarige kinderen en van minderjarige kinderen die burgers van de EU zijn. Voor derdelanders is deze mogelijkheid beperkt tot de vader of de moeder “van een vreemdeling die erkend werd als vluchteling in de zin van artikel 48/3 of die subsidiaire bescherming geniet, voor zover zij met hem komen samenleven en op voorwaarde dat hij jonger is dan achttien jaar en het Rijk binnengekomen is zonder begeleiding van een krachtens de wet verantwoordelijke meerderjarige vreemdeling en vervolgens niet daadwerkelijk onder de hoede van een dergelijke persoon gestaan heeft, of zonder begeleiding werd achtergelaten nadat hij het Rijk is binnengekomen”.²¹ In de andere gevallen opent een minderjarig kind geen recht op gezinshereniging voor zijn ouder(s). In deze situaties heeft/hebben de ouder/ouders om in België te mogen blijven geen andere keuze dan een aanvraag tot humanitaire regularisatie in te dienen.²²
20. De in april 2019 genomen beslissing van het CGVS om geen internationale bescherming meer toe te kennen aan de ouders die een verzoek indienden in naam van hun minderjarige dochter, een erkende vluchteling, voor haar vrees voor genitale verminking dwingt hen²³ om een aanvraag tot humanitaire regularisatie in te dienen.²⁴ De EU-kwalificatierichtlijn [stelt in de bepaling over de eenheid van het gezin](#): “De lidstaten waarborgen dat gezinsleden van de persoon die internationale bescherming geniet die zelf niet in aanmerking komen voor een dergelijke bescherming aanspraak kunnen maken” op dezelfde voordelen waaronder een verblijfsrecht.²⁵ Volgens Myria valt het te betwijfelen dat de Belgische Staat deze verplichting

²⁰ Art. 3.48.2.a van het Vreemdelingenbesluit en Divisie 8B punt 4. Van de Vreemdelingen circulaire, zie: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012289/2020-10-01#Circulaire.divisie8B>.

²¹ Art. 10, §1, 7° van de vreemdelingenwet.

²² Myria, [Migratie in cijfers en in rechten 2018](#), p. 114.

²³ In zijn communicatie hierover op zijn website stelt het CGVS letterlijk: “als de ouder uitgeprocedeerd is omdat hij geen persoonlijke, gegronde vrees voor vervolging koestert of omdat hij geen risico op ernstige schade loopt, kan hij evenwel een regularisatieaanvraag indienen op basis van artikel 9bis van de vreemdelingenwet”. Zie: [VGV: wijziging beleid CGVS](#), op <https://www.cgvs.be/nl/actueel/vgv-wijziging-beleid-cgvs>.

²⁴ Myria, [Migratie in cijfers en in rechten 2020](#), [Katern internationale bescherming](#), p. 11. Het CGVS kwam terug op zijn engagement, dat het in 2014 nam om een bescherming toe te kennen aan deze ouders en de restrictievere rechtspraak van de RvV niet te volgen (BCHV, contactvergadering, september 2014, §33).

²⁵ Art. 23 §2 van de richtlijn 2011/95/EU van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (zogenoeten “kwalificatierichtlijn”).



van het Unierecht correct omzet door het verblijf van deze vreemdelingen uitsluitend te laten afhangen van de discretionaire bevoegdheid van de uitvoerende macht.

- d. De koppels met verschillende nationaliteiten die hun gezinsleven niet kunnen voortzetten in het buitenland
21. Geen enkele specifieke procedure is voorzien voor personen die omwille van hun familiale situatie niet kunnen terugkeren naar (één van) hun landen van herkomst. Het betreft koppels of families met kinderen die een verschillende nationaliteit bezitten, waardoor zij niet als een gezin samen kunnen wonen in één van de herkomstlanden van het gezin of van één van de gezinsleden. Het betreft uitsluitend personen die op redelijke wijze aantonen dat zij hun recht op gezinsleven, beschermd door artikel 8 van het EVRM, niet in een ander land waarmee zij een band hebben kunnen uitoefenen.
22. Bepaalde Europese landen kennen een verblijfstatuut toe aan koppels met verschillende nationaliteiten:
- In Nederland²⁶: de vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken, onder wie “de leden van één gezin met verschillende nationaliteiten en/of waarvan de leden afkomstig zijn uit verschillende landen van herkomst. Waarbij alle gezinsleden de noodzakelijke stappen hebben genomen om een terugkeer voor het gehele gezin naar één land te bewerkstelligen en zij dit hebben gedaan ten aanzien van alle landen waarvan op basis van het geheel aan feiten en omstandigheden kan worden aangenomen dat het gezin daar toegang zal worden verleend”.
 - Er mag in deze gevallen geen gerede twijfel zijn over de identiteit of de nationaliteit van de betrokken vreemdelingen, zij leggen de bewijzen voor van de stappen die ze hebben ondernomen, de vreemdeling heeft hulp gevraagd aan een officiële dienst voor hulp bij terugkeer (al dan niet vrijwillig) waaruit is voortgevloeid dat deze poging tot terugkeer niet is gelukt.
 - In Finland²⁷: de vreemdelingen bij wie het gezinsleven niet in het herkomstland kan worden behouden en het belang van het kind primeert, bijvoorbeeld indien de ouders verschillende nationaliteiten hebben (artikel 52 Aliens Act).

III. Principes waarmee rekening moet worden gehouden bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid

23. Myria meent dat het noodzakelijk is om, alleen voor uitzonderlijke situaties, de discretionaire bevoegdheid te behouden, omdat de wet nooit alle hypotheses die een verblijfsregularisatie om humanitaire redenen kunnen rechtvaardigen zal kunnen voorzien.
24. De discretionaire bevoegdheid biedt de mogelijkheid om rekening te houden met een cumulatie of combinatie van factoren (een korf van elementen) die elk op zich geen recht zouden geven op een verblijf, maar die wanneer ze samen worden onderzocht een regularisatie rechtvaardigen. Denk bijvoorbeeld aan het geval van een gezin waarvan de vader aan een ernstige ziekte lijdt (maar niet voldoende ernstig om te beantwoorden aan een regularisatie om medische redenen), waarvan de asielpcedure meerdere jaren duurde (maar op een paar weken na net niet lang genoeg voor het criterium van een onredelijk lange

²⁶ Art. 3.48.2.a van het Vreemdelingenbesluit en Divisie 8B punt 4. van de Vreemdelingen circulaire, zie: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012289/2020-10-01#Circulaire.divisieB8>.

²⁷ EMN Finland, ‘Comparative overview of national protection statuses’, 2019, p. 16.

procedure) en waarvan alle gezinsleden studeren of hun belangen in België hebben gevestigd en actief zijn in diverse beroeps-, sport- en verenigingsactiviteiten.

25. Daarbij kan een toetsingskader de discretionaire bevoegdheid omkaderen en communiceert de bevoegde overheid transparanter over dit door haar gehanteerde kader.
26. Een dergelijk toetsingskader bevat geen precieze bindende regels, wat binnen een discretionair kader ook niet mogelijk is, maar bevat wel gedragslijnen en toetsstenen. Deze dienen dan als hulpmiddel bij de beoordeling en de belangenafweging van particuliere dossiers. Het is een instrument tegen opaciteit, voor het respect van het gelijkheidsbeginsel en tegen (de schijn van) willekeur. Het is ook een instrument om, in lijn met het zorgvuldigheidsbeginsel, nauwgezet verschillende elementen te overwegen en af te wegen. Juridisch niet-afdwingbare instructies mogen niet soms wel gevolgd worden door de administratie en dan weer niet, zonder bijkomende uitleg. De Raad van State kwalificeerde dat als een “institutionalisering van de willekeur”.²⁸
27. Een dergelijk kader kan handvatten aanreiken, voor administratie én aanvragers:
- I. Voor de beoordelingen en de afwegingen die gemaakt (moeten) worden in toepassing van hogere rechtsnormen zoals het non-refoulementbeginsel, het recht op een gezins- en privéleven, het hoger belang van het kind, etc.
 - II. Daarnaast benoemt het ook elementen en situaties waaraan de overheid – binnen haar discretionaire bevoegdheid – specifiek belang hecht. Hier suggereert Myria onder meer om in te gaan op de toetsing en de beoordeling van:
 1. De volgende elementen: familiale en persoonlijke situatie; de aard van de band met België; humanitaire overwegingen; gedrag (in binnen- en buitenland); bekommernissen inzake nationale veiligheid;
 2. De volgende specifieke situaties: onredelijk lange asiel- of verblijfsprocedure; slachtoffers van mensenhandel bij wie de strafprocedure werd stopgezet; slachtoffers van arbeidsgelateerde uitbuiting zonder wettig verblijf; situaties waarin het verblijf van belang is om het recht op een eerlijk proces te vrijwaren, etc.
28. Vooraleer het toetsingskader verder toe te lichten, wil Myria benadrukken dat de discretionaire bevoegdheid ook de mogelijkheid moet kunnen bieden aan het beleid om na te denken over uiterst/bijzonder behartenswaardige omstandigheden waarbij aan een verblijfsregularisatie gedacht zou kunnen worden. Hier zou de staatssecretaris die politieke prerogatieven kunnen uitoefenen waarbij een persoon gemachtigd wordt tot verblijf met een gebaar van de natie.²⁹
29. België zou niet alleen staan in een dergelijk beleid. Uit de benchmark van het Europees Migratienetwerk (EMN) over ‘National protection statuses’³⁰, blijkt dat verschillende Europese landen dergelijke situaties in hun nationale wetgeving hebben opgenomen voor de

²⁸ RvS, nr. 157.452, 10 april 2006; RvV, nr. 6445, 29 januari 2008; zie ook Eric SOMERS, “De beoordeling van ‘regularisatie’-aanvragen (art. 9bis Vw.) met criteria uit de instructie van 19 juli 2009 na de raad van State – rechtspraak: rien ne va plus?”, *Tijdschrift voor vreemdelingenrecht*, nr. 3, 2013.

²⁹ Denk bijvoorbeeld aan de sans-papier die in het kanaal in Sint-Jans-Molenbeek zijn leven waagde om een persoon te redden, of een sans-papier die verwond werd bij de aanslagen in 2016, enz.

³⁰ EMN, Benchmark on National protection statuses, p. 2. <https://emnbelgium.be/sites/default/files/publications/Benchmark%20National%20protection%20statuses%20NL.pdf>



discretionaire beoordeling van dit soort verblijfsaanvragen. Noorwegen³¹ bijvoorbeeld kan een verblijfsvergunning toekennen in geval van een bijzondere band met het koninkrijk of sterke humanitaire overwegingen, waarbij onder meer belang wordt gehecht aan de situatie van de aanvrager in geval van terugkeer. In Finland³² kan een verblijf worden toegekend indien een weigering manifest onredelijk zou zijn gelet op de gezondheidstoestand van de aanvrager, op zijn of haar banden met Finland of omwille van andere individuele redenen. Bij de beoordeling houdt men rekening met de omstandigheden in het herkomstland en met de kwetsbare positie van de aanvrager. In Cyprus³³ houdt de minister in zijn discretionaire bevoegdheid rekening met gezondheidsproblemen, families met schoolgaande kinderen of met familiale banden of families die heel lang (meer dan tien jaar) in het land verblijven. In Ierland³⁴ ten slotte wordt rekening gehouden met de familiale en persoonlijke omstandigheden van de aanvrager, de aard van zijn of haar band met de staat en niet nader omschreven "humanitaire overwegingen".

30. Hierna staat Myria stil bij de hogere rechtsnormen en bij enkele situaties die het overwegen waard zijn in het kader van het voorliggende advies. Het spreekt voor zich dat dit geen exhaustieve opsomming betreft en dat andere situaties in aanmerking genomen kunnen worden.

A. Hogere rechtsnormen

31. Bij de belangenafweging die voor een aantal van de hogere rechtsnormen moet gebeuren, zal duidelijk zijn dat deze vaak met elkaar in verband staan. Een afweging inzake het recht op een gezins- of privéleven zal het individuele belang en het belang van de Staat tegenover elkaar moeten afwegen: door het bestaan van een objectieve inmenging, met name de situatie in het herkomstland waardoor het non-refoulementbeginsel zijn belang laat gelden, zal het individuele belang van de betrokkene zwaarder doorwegen. In het geval van aanvragen waarbij kinderen betrokken zijn zal steeds het hoger belang van het kind meespelen.
- a. Het non-refoulementbeginsel en het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM)
32. De eerbiediging van het non-refoulementbeginsel verplicht de staten ertoe geschikte procedures te voorzien om te vermijden dat een persoon wordt verwijderd naar een land waar er een ernstig risico op onmenselijke of vernederende behandeling bestaat.³⁵ Los van het feit of er een asielaanvraag werd ingediend, is elke staat verplicht om het risico op een schending van het beginsel van non-refoulement te onderzoeken.³⁶ Dat onderzoek moet gebeuren met een beoordeling van elk individueel geval.³⁷
33. Gezien het absolute karakter van het artikel 3 EVRM acht Myria het hier belangrijk de notie 'bewijslast' te verduidelijken. De verplichting om alle relevante feiten van de zaak vast te

³¹ EMN Norway, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, pp. 16-17.

³² EMN Finland, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, p. 19.

³³ EMN Cyprus, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, p. 22.

³⁴ EMN Ireland, 'Comparative overview of national protection statuses', 2020, p. 38.

³⁵ EHRM, 13 december 2016, *Paposhvili t. België*, §185; EHRM, 23 maart 2016, *F.G. t. Zweden*, §117; EHRM, 4 november 2014, *Tarakhel t. Zwitserland*, §104; EHRM, 13 december 2012, *El-Masri t. Macedonië*, §182.

³⁶ EHRM (GK), *arrest Hirsi Jamaa en anderen t. Italië*, 23 februari 2012, §133; EHRM, *M.A. t. België*, 27 oktober 2020, § 86; Cass. 31 januari 2018, nr. P.18.0035.F; RvV (verenigde kamers), nr. 192 584, 26 september 2017.

³⁷ Naar aanleiding van de Soedan-kwestie in 2017 maakte Myria een analyse van de (al dan niet bestaande) procedures die in België toegepast worden om het absolute gebod van artikel 3 te respecteren. Voor meer info, zie: Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2018*, pp. 59-69.

stellen en te evalueren is een gedeelde plicht van de overheid en de persoon in kwestie. De betrokkene is weliswaar normaal het best geplaatst om informatie te kunnen leveren over zijn situatie. Toch is het noodzakelijk om rekening te houden met de moeilijkheden die iemand ondervindt om de bewijselementen te verzamelen. Het feit dat de vreemdeling geen bewijselementen aanbrengt ontslaat de staat niet van zijn verplichtingen in het licht van artikel 3. *A fortiori* kunnen de overheden geen argument putten uit het feit dat de betrokkene niet heeft meegewerkt om niet over te gaan tot een evaluatie van de risico's^{38, 39}.

34. Het hierboven vermelde toetsingskader zou zeker de gedragslijnen of toetsstenen kunnen aanreiken op basis waarvan de overheid haar onderzoek van de risico's in deze materie op correcte wijze kan maken.

b. Recht op een privé- en gezinsleven (artikel 8 EVRM)

35. De toets aan artikel 8 EVRM is een afweging van alle aangevoerde omstandigheden van het individuele geval. Het gewicht van deze omstandigheden die in onderling verband beoordeeld moeten worden zal in elke situatie verschillend zijn. Er bestaan situaties waarin de onmogelijkheid om het privé- of gezinsleven buiten het grondgebied voort te zetten moeilijk of niet manifest aantoonbaar is. In deze gevallen kan het toetsingskader de gedragslijnen en toetsstenen voorzien om een grondige belangenafweging te maken. De bepalingen van de Europese en nationale rechtspraak kunnen voor dit toetsingskader handvatten aanreiken.

36. Hoewel artikel 8 van het EVRM geen absoluut recht omvat en ongeacht of een (eerste) verblijf wordt geweigerd dan wel beëindigd, zijn verdragsluitende staten er wel toe gehouden om, binnen de beleidsmarge waarover zij beschikken, een billijke afweging te maken tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang.⁴⁰ De beleidsmarge van verdragsluitende staten wordt overschreden wanneer staten geen billijke afweging maken tussen het algemeen belang enerzijds, en het belang van het individu anderzijds. Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen moeten de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel zijn. Rekening houdend, enerzijds met het feit dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM en die van de overige bepalingen van het EVRM te maken hebben met waarborgen⁴¹ en niet met louter goede wil of met praktische regelingen⁴², en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, de zaak zo nauwkeurig mogelijk te onderzoeken en dat op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.⁴³

37. Wanneer de bescherming van artikel 8 EVRM wordt ingeroepen, moeten de overheden rekening houden, niet alleen met het recht op een gezinsleven, maar ook met het recht op een privéleven (sociale banden, taalkennis, studies, ...) dat alle personen betreft, inclusief de alleenstaanden die geen andere familieleden in België hebben.

³⁸ EHRM (GK), *arrest F.G. t. Zweden*, 23 maart 2016, §127.

³⁹ F. TULKENS, Externe bijdrage: Niemand mag worden onderworpen aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen, in: Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2018*, pp. 57-59.

⁴⁰ Zie EHRM, 28 juni 2011, *Nuñez t. Noorwegen*, §§ 68-69.

⁴¹ EHRM, 5 februari 2002, *Conka t. België*, § 83.

⁴² RvS, 22 december 2010, nr. 210.029.

⁴³ RvV, nr. 237 116, 18 juni 2020.

Volgens de RvV moet de DVZ in zijn onderzoek naar het recht op een gezinsleven eerst en vooral nagaan of er een gezinsleven aanwezig is, dat niet beperkt is tot het kerngezin.⁴⁴ De DVZ moet ook meer doen dan alleen een onderzoek naar het recht op een gezinsleven voeren; ook de aspecten betreffende het privéleven moeten op een gegronde manier onderzocht zijn alvorens een beslissing wordt genomen (in dit geval een intrekking van het verblijf).⁴⁵ Tijdens het onderzoek naar de buitengewone omstandigheden moet de DVZ nagaan of een tijdelijke verwijdering om in het land van herkomst een verblijfsaanvraag in te dienen een schending zou uitmaken van het ingeroepen privéleven.⁴⁶

Bij het onderzoek naar het respect voor het recht op een privéleven suggereert Myria dat de verzoeker zou moeten kunnen aantonen dat het centrum van zijn affectieve, sociale en economische banden overwegend in België is komen te liggen. Zo kan het dat een dramatische aangelegenheid als een overlijden ervoor zorgt dat de affectieve en sociale belangen van de rest van het gezin in België zijn komen te liggen, ook al zouden de economische belangen elders gelegen zijn. In dat geval wegen deze affectieve en sociale belangen zwaarder door dan de economische.

38. Een privé- of gezinsleven dat is uitgebouwd tijdens een illegaal of precair verblijf kan in heel uitzonderlijke omstandigheden aanleiding geven tot een positieve verplichting onder artikel 8 van het EVRM. De RvV verwijst hiervoor naar het Europese Hof in de zaak-Jeunesse betreffende het recht op een privéleven. Ondanks het feit dat de verzoekster faalde in haar verplichting om eerst een machtiging tot voorlopig verblijf (d.i. een Nederlandse visumvereiste) te bekomen in het buitenland vooraleer een verblijfsvergunning aan te vragen in Nederland, stelde het Hof vast dat, alle relevante factoren van de zaak cumulatief beschouwd, er sprake was van uitzonderlijke omstandigheden. Het Hof besloot dat de Nederlandse overheid geen billijke afweging heeft gemaakt tussen de betrokken concurrerende belangen.⁴⁷
39. In de zaak-Butt t. Noorwegen⁴⁸ kwam het Europees Hof tot de conclusie dat er sprake was van buitengewone omstandigheden en dat de verwijdering van een broer en een zus die al sinds hun kindertijd in Noorwegen verblijven een schending zou uitmaken van hun recht op een gezins- en privéleven. Het Hof oordeelde immers dat de verzoekers sterke banden hadden opgebouwd in Noorwegen. Zo verbleven ze bij een oom en tante, hadden ze er hun vrienden en sociaal netwerk, hadden ze er schoolgelopen en waren ze de Noorse taal machtig. Hun band met Pakistan was verwaterd. Het Hof stelt dat er geen onoverkomelijke obstakels zijn voor een terugkeer naar Pakistan maar de verzoekers zouden er mogelijk “met sociale en professionele moeilijkheden worden geconfronteerd”.

⁴⁴ RvV, nr. 232 389, 10 februari 2020. Aanwezigheid van een gezinsleven bij een jong kind wiens vader was overleden en wiens moeder het sinds 1 jaar had achtergelaten bij de oom en tante waar het als lid van hun gezin werd opgevoed. De oom en tante hadden het statuut van pleegouder over het kind. Bijzondere elementen van afhankelijkheid waren dus aanwezig. Zie ook: EHRM (besl.), 25 november 2014, *Kruskic t. Kroatië*: er kan sprake zijn van een gezinsleven tussen grootouder en kleinkind indien er voldoende hechte familiale banden bestaan (§108).

⁴⁵ RvV, nr. 205 020, 7 juni 2018, punten 3.2. tot 3.13.

⁴⁶ RvV, nr. 237 116, 18 juni 2020.

⁴⁷ RvV, nr. 232 389, 20 februari 2020, p. 12-13. (EHRM (GK), 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse t. Nederland*, par. 122: “viewing the relevant factors cumulatively, the circumstances of the applicant’s case must be regarded as exceptional. Accordingly, the Court concludes that a fair balance has not been struck between the competing interests involved.”)

⁴⁸ EHRM, *Butt t. Noorwegen*, 4 december 2012, nr. 47017/09, §88.



c. Hoger belang van het kind

40. Het belang van het kind moet systematisch de eerste overweging zijn van actoren die betrokken zijn bij een verblijfsprocedure waarbij een kind betrokken⁴⁹ is, ook wanneer het recht op een privé- of gezinsleven (artikel 8 EVRM) wordt ingeroepen.⁵⁰ Indien de DVZ geen rekening houdt met het feit dat de verschillende concrete elementen van de situatie van een minderjarig kind in hun geheel beschouwd kunnen wijzen op een zekere kwetsbaarheid en afhankelijkheid die relevant kunnen zijn in het licht van de beoordeling van de buitengewone omstandigheden, dan werd dat onderzoek niet met de nodige zorgvuldigheid gevoerd. Zonder beoordeling van het hoger belang van het kind schendt de DVZ dan ook de beoordelingsplicht in het licht van artikel 8 EVRM.⁵¹
41. De verplichting inzake het hoger belang van het kind vloeit voort uit de Belgische grondwet en uit meerdere internationale verdragen en uit het Europees recht die voor België een bindend karakter hebben. Dit impliceert dat de impact van een beslissing, voor elke aanvraag of intrekking van een verblijf, concreet moet worden beoordeeld vanuit het belang ervan voor de kinderen (leeftijd, schoolbezoek, graad van afhankelijkheid van de ouders, omvang en hechtheid van hun culturele, sociale en linguïstische banden met zowel het land van herkomst als het gastland, duur van hun verblijf in het gastland, situatie in het land van herkomst, etc. en dat dit belang strikt moet worden afgewogen tegen de motieven van het migratiebeleid vooraleer om het even welke beslissing wordt genomen.⁵² Een fundamentele kwestie, volgens het Europees Hof, is de vraag of de betrokken kinderen een leeftijd hebben waarop zij zich nog aan een andere omgeving kunnen aanpassen (aanpassingsvermogen) en of er bij terugkeer sprake is van een 'degree of hardship'.⁵³
42. Myria stelde in 2015 een checklist⁵⁴ op die gebruikt kan worden bij de belangenafweging die de overheid moet uitvoeren indien er kinderen betrokken zijn bij een verblijfsprocedure.

B. Enkele specifieke situaties

43. In het toetsingskader worden enkele elementen en situaties benoemd waaraan de overheid specifiek belang hecht. Myria gaat hier op enkele specifieke situaties in die uiteraard niet-exhaustief zijn.
- a. Vreemdelingen bij wie de verblijfs- of asielpprocedure onredelijk lang heeft angeslept
44. Een criterium gelinkt aan de onredelijke duur van een asiel- of verblijfsprocedure kwam zowel voor in de wet van 22 december 1999⁵⁵ als in verschillende omzendbrieven, waaronder de omzendbrief van 15 december 1998⁵⁶ en de (later geannuleerde) instructie van 19 juli 2009 en werd op constante wijze toegepast door de administratie.

⁴⁹ Art. 22bis van de Belgische grondwet.

⁵⁰ EHRM (GK), *Jeunesse t. Nederland*, 3 oktober 2014, § 109.

⁵¹ RvV, nr. 232 389, 20 februari 2020, pp. 17-18.

⁵² Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2015*, p. 111.

⁵³ EHRM (GK), *Jeunesse t. Nederland*, 3 oktober 2014, §§ 117-118.

⁵⁴ [Bijlage 3](https://www.myria.be/files/Migratie-verslag-2015-checklist.pdf), Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2015*, <https://www.myria.be/files/Migratie-verslag-2015-checklist.pdf>.

⁵⁵ Art. 2, 1° van de wet van 22 december 1999 betreffende de regularisatie van het verblijf van bepaalde categorieën van vreemdelingen verblijvend op het grondgebied van het Rijk.

⁵⁶ Omzendbrief van 15 december 1998 over de toepassing van artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en de regularisatie van bijzondere situaties (BS, 19 december 1998).

45. Immers, wanneer de overheden een termijn van meerdere jaren laten verstrijken alvorens een vreemdeling een antwoord te geven op zijn verzoek tot bescherming of zijn verblijfsaanvraag, dan bouwt deze duurzame sociale banden op in de samenleving en komt het centrum van zijn affectieve, sociale en economische belangen meer en meer hier te liggen. Wanneer de staat verantwoordelijk is voor een te lange toestand van onzekerheid en afwachting⁵⁷, en daarbij het beginsel van behoorlijk bestuur met de voeten treedt, dan lijkt het billijk om een verblijfstitel toe te kennen.
46. Deze situatie stelt Myria met name vast in bepaalde dossiers met regularisatieaanvragen om medische redenen waarbij de procedure soms langer dan tien jaar kan aanslepen, na verschillende beslissingen heen en weer tussen de DVZ en de RvV.⁵⁸ In een recente zaak voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die afgehandeld werd met een minnelijke schikking, kende de Belgische Staat een verblijfstitel van onbeperkte duur en een schadevergoeding van 12.000 euro toe aan een vreemdelinge nadat haar procedure 13 jaar had aangesleept.⁵⁹
- b. Slachtoffers van mensenhandel bij wie de strafprocedure stopgezet werd door de gerechtelijke overheden
47. Bepaalde slachtoffers van mensenhandel kunnen hun verblijf verliezen in het geval dat “de gerechtelijke overheden beslist hebben om de procedure stop te zetten”⁶⁰. Dat verlies van het verblijfsrecht is mogelijk zelfs wanneer hun bereidheid om samen te werken met de overheden nooit werd betwijfeld. In eenzelfde hypothese is het nodig dat dit verblijf behouden kan worden op basis van de discretionaire bevoegdheid van de minister (of staatsecretaris) of zijn administratie, na onderzoek van de bijzondere omstandigheden eigen aan het dossier.
- c. Slachtoffers van arbeidsgerelateerde uitbuiting zonder wettig verblijf
48. De sanctierichtlijn voorziet de mogelijkheid⁶¹ dat de lidstaten de voorwaarden bepalen voor de afgifte van een verblijfsvergunning van beperkte duur – gekoppeld aan de lengte van de procedure ter invordering van het loon – wanneer de feiten gepaard gaan met een arbeidsgerelateerde uitbuiting of wanneer het de illegale tewerkstelling betreft van een minderjarige derdelander. Een aantal EU-lidstaten⁶² hebben deze mogelijkheid voorzien, België niet.

⁵⁷ De lengte van een procedure kan ook worden verklaard door redenen die niet toe te kennen zijn aan de verantwoordelijkheid van de administratie, bijvoorbeeld door een gebrek aan medewerking van de verzoeker, of door de bijzondere complexiteit eigen aan een dossier (met name wanneer er elementen voorkomen die zouden kunnen leiden tot een uitsluitingsclausule op basis van artikel 1F van de Conventie van Genève). Dat is de reden waarom deze situatie nog zou kunnen behoren tot de discretionaire bevoegdheid.

⁵⁸ Zie Myria, Tussenkoms door derden bij het EHRM in de zaak *Ngono t. België*, https://www.myria.be/files/Tierce_intervention.pdf (alleen beschikbaar in het Frans).

⁵⁹ EHRM (Besl.), *Ngono t. België*, 3 september 2020.

⁶⁰ Art. 61/4 §2, 3° van de vreemdelingenwet.

⁶¹ Art. 13, vierde lid van de richtlijn 2009/52/EG.

⁶² EMN, *Synthesis report – Illegal employment of TCNs in the European Union. 6.6. Regularisation*, 2017, pp. 34-35. [EMNSynthesisReport \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/EMNSynthesisReport)



49. In 2013 trad de wet tot vaststelling van sancties en maatregelen voor werkgevers van irregulier verblijvende derdelanders in werking.⁶³ Die wet beoogt geen specifiek statuut voor de derdelander-werknemer zonder wettig verblijf die zijn achterstallige loon wil invorderen. De wet spreekt van het ‘faciliteren van klachten’. Dat moet meer zijn dan een optreden in rechte. Het moet de werknemer ook de mogelijkheid bieden om een klacht in te dienen bij de politie zonder het risico te lopen om te worden aangehouden of naar een gesloten centrum te worden overgebracht.⁶⁴
50. Myria wees er al in 2013⁶⁵ op dat het in principe mogelijk was dat slachtoffers van arbeidsgelateerde uitbuiting in omstandigheden die in strijd zijn met de menselijke waardigheid een beroep kunnen doen op het statuut van slachtoffer van mensenhandel. Zodra slachtoffers van arbeidsgelateerde uitbuiting geen beroep kunnen doen op het statuut van slachtoffer van mensenhandel lijkt het wijs dat de minister (of staatssecretaris) binnen zijn discretionaire bevoegdheid aandacht besteedt aan deze categorie.
- d. Het verblijf kan nodig zijn om het recht op een eerlijk proces te vrijwaren (artikel 6 EVRM)
51. Toegang tot justitie, met name voor slachtoffers van misdrijven, moet worden gegarandeerd zonder discriminatie op basis van het verblijfsstatuut.⁶⁶ De vreemdelingen in onwettig verblijf kunnen geen verblijfsrecht krijgen louter op basis van het opstarten van een gerechtelijke procedure. Hun aanwezigheid is in principe niet nodig aangezien de vertegenwoordiging door een advocaat volstaat om hun verdediging te verzekeren. Een omzendbrief voorziet momenteel de mogelijkheid voor de gerechtelijke overheden om aan de DVZ te vragen niet over te gaan tot een verwijdering in het belang van het gerecht.⁶⁷
52. Echter, in sommige uitzonderlijke omstandigheden is hun aanwezigheid op het grondgebied onmisbaar opdat het onderzoek of de procedure correct kan verlopen.⁶⁸ En dat om hun recht op een rechtvaardig proces, verankerd in artikel 6 van het EVRM, te beschermen. In deze situaties is een uitstel van een verwijdering niet altijd voldoende en zou een verblijf moeten worden toegekend, tenminste voor de noodzakelijke duur van de procedure.

IV. Enkele opmerkingen op de tekst van het wetsvoorstel

53. Myria steunt de bereidheid om meer rechtszekerheid, transparantie en duidelijkheid te creëren maar, rekening houdend met wat hierboven gezegd werd, vraagt het zich af of dit voorstel wel de beste manier vormt om daartoe te komen. Dit advies beperkt zich tot enkele opmerkingen zonder een exhaustieve analyse van de tekst uit te voeren.

⁶³ Wet tot vaststelling van sancties en maatregelen voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, 11 februari 2013, BS 22 februari 2013. Dit als omzetting van de richtlijn 2009/52/EG van 19 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen (hierna: de sanctierichtlijn). Voor meer informatie, zie ook: Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *Jaarverslag mensenhandel en Mensensmokkel 2012, Bouwen aan vertrouwen*, pp. 47-49; *Jaarverslag Migratie 2012*, p. 116.

⁶⁴ *Jaarverslag Migratie 2013*, pp. 139-145.

⁶⁵ *Jaarverslag Migratie 2013*, pp. 144-145.

⁶⁶ EHRM, *Anakomba Yula t. België*, 10 maart 2009, § 31-39; Richtlijn 2012/29/EU van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, art. 1, § 1, al. 2.

⁶⁷ Gemeenschappelijke omzendbrief van de minister van Justitie, de staatssecretaris belast met het migratie- en asielbeleid en het College van procureurs-generaal betreffende de gegevensstromen tussen het Openbaar Ministerie en de Dienst Vreemdelingenzaken, COL 13/2010, 8 juni 2010.

⁶⁸ Arb. Brussel Franstalig, 1 februari 2019, rolnummer 18/4912/A.

54. Vooreerst moet er worden opgemerkt dat het voorstel sommige categorieën van vreemdelingen opnoemt die worden opgenomen in een opsomming van criteria die buitengewone omstandigheden zouden uitmaken. Dit betekent alleen dat het recht om een verblijfsaanvraag in België in te dienen gegarandeerd zou zijn (ontvankelijkheidsvoorwaarde) maar niet dat hun een verblijfsrecht zou worden toegekend (voorwaarde ten gronde). Bijgevolg worden deze categorieën van personen behouden in het regularisatieparcours, dus in kader van de discretionaire bevoegdheid. Terwijl bepaalde van deze groepen zouden moeten kunnen beschikken over een echt verblijfsstatuut met voorwaarden die het verblijfsrecht vastleggen, een duidelijke procedure met termijnen, enz. zoals hierboven uiteengezet. Deze elementen ontbreken in het voorstel.

Daarnaast lijken deze criteria tijdelijk te zijn, aangezien de tekst (artikel 4) voorziet dat de verzoeken ingediend kunnen worden binnen een termijn van drie weken na de inwerkingtreding van de toekomstige wet. Nochtans zullen de hierboven genoemde categorieën en de uitzonderlijke situaties die afhangen van de discretionaire bevoegdheid niet verdwijnen na deze termijn.

55. Tot slot moet er aandachtig worden gekeken naar de kwaliteit van de tekst op legistiek vlak en moet er worden vermeden dat er onvrijwillige, nadelige gevolgen voor de betrokken vreemdelingen uit voortkomen.

Het voorstel voorziet immers limitatieve criteria in artikel 2, een verplichte indieningstermijn van drie weken in artikel 4 en een vervanging van het huidige artikel 9*bis*. De combinatie van deze bepalingen, in de huidige vorm, zou als gevolg kunnen hebben dat 1) het onmogelijk zou worden om verblijfsaanvragen voor humanitaire redenen – die strikt gezien niet onder de vastgelegde criteria vallen – in te dienen en dat 2) aanvragen die al dan niet aan de vastgelegde criteria voldoen ingediend zouden worden buiten de voorziene – strikte – termijn.