



Arrest

nr. 227 796 van 23 oktober 2019
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat B. LOOS
Rotterdamstraat 53
2060 ANTWERPEN

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 1 juli 2019 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 20 juni 2019 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies).

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

Gezien het administratief dossier.

Gezien het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met nr. 223 471 van 1 juli 2019.

Gelet op de beschikking van 31 juli 2019, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 25 september 2019.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die *loco* advocaat B. LOOS verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. DUBOIS, die *loco* advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoeker verklaart sedert 2003 in België te verblijven.

1.2. Verzoeker wordt meermaals opgepakt wegens drugshandel. Er worden hem meerdere bevelen om het grondgebied te verlaten afgegeven. Op 2 april 2009 is verzoeker het voorwerp van een ministerieel besluit tot terugwijzing.

1.3. Op 9 december 2011 wordt verzoeker in het bezit gesteld van een F-kaart als echtgenoot van een Belg.

1.4. Op 16 februari 2012 wordt verzoeker veroordeeld tot een gevangenisstraf van 3 jaar wegens inbreuken op de wetgeving inzake drugs. Ingevolge zijn opsluiting in de gevangenis wordt verzoeker op 18 januari 2013 uit de registers geschrapt.

1.5. Op 12 mei 2015 wordt de echtscheiding van verzoeker en zijn vrouw uitgesproken.

1.6. Op 14 januari 2016 werd verzoeker door het Hof van Beroep van Antwerpen veroordeeld tot 37 maanden gevangenisstraf wegens inbreuken op de wetgeving inzake drugs en wegens weerspanningheid.

1.7. Op 29 januari 2019 wordt aan verzoeker een inreisverbod van 10 jaar opgelegd.

1.8. Op 20 juni 2019 wordt een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering aan verzoeker afgeleverd.

Dit is de thans bestreden beslissing, waarvan de motieven luiden als volgt:

"(...)

Bevel om het grondgebied te verlaten

Aan de Heer:

Naam: S. Voornaam: A. Geboortedatum: (...)1975 Geboorteplaats: N. Nationaliteit: Marokko

alias: E. O. M., geboren te N., op (...)1975, onderdaan van Marokko

E. O. M., geboren op (...)1976, onderdaan van Egypte

F. M. geboren in 1972, onderdaan van Algerije

S. M., geboren op (...)1977, onderdaan van Algerije

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

REDEN VAN DE BESLISSING EN VAN DE AFWEZIGHEID VAN EEN TERMIJN OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN:

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

Artikel 7, alinea 1:

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

De betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort voorzien van een geldig visum.

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

Op 14/01/2016 heeft betrokkene een veroordeling opgelopen 37 maanden door het Hof van Beroep van Antwerpen voor inbreuken op de wetgeving inzake drugs; weerspanningheid.

Op 16/02/2012 heeft betrokkene een veroordeling opgelopen 3 jaar gevangenis waarvan 1 jaar gevangenis met uitstel 5 jaar door het Hof van Beroep van Antwerpen voor inbreuken op de wetgeving inzake drugs.

Gelet op de herhaling van deze feiten en gezien de maatschappelijke impact van deze feiten, kan worden afgeleid dat betrokkene door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde te kunnen schaden.

De betrokkene heeft verklaard in zijn vragenlijst hoorplicht ingevuld op 01/01/2019 dat zijn zoon in België verblijft en dat zijn zoon Belg is. Uit het administratief dossier van betrokkene blijkt dat hij een tweede Belgische kind heeft.

Het eerste kind van betrokkene verblijft momenteel in een instelling en draagt de naam van zijn vader niet. Het tweede kind verblijft bij zijn moeder. De uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn/haar (minderjarige) kinderen heeft niet dezelfde ontwrichtende impact op het leven van deze kinderen, als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin samenwoont met zijn minderjarige kinderen, zeker indien contact via telefoon en internet mogelijk blijft vanuit het land waarnaar betrokkene zal worden uitgewezen en voor de kinderen geen beletsel bestaat om deze ouder te gaan opzoeken in diens land van herkomst. Zowel betrokkene als zijn partner en kinderen, wisten verder dat het gezinsleven in België vanaf het begin precair was, gelet op de illegale verblijfssituatie van betrokkene in België. Wat het hoger belang en welzijn van de kinderen betreft, benadrukt de Raad dat hoewel het belang van het kind een primordiaal karakter heeft, het daarom nog geen absoluut karakter heeft. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een

bijzondere plaats in. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet onmogelijk om eveneens rekening te houden met andere belangen (EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse t. Nederland, par. 101; GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013).

Bovendien het feit dat de kinderen van betrokkene in België verblijven, kan niet worden behouden in het kader van de bepalingen van artikel 8§1 van het EVRM aangezien betrokkene inbreuken heeft gepleegd die de openbare orde van het land schaden zoals bepaald in artikel 8§2 van het EVRM. Uit de bepalingen van het tweede lid van art. 8 van het EVRM blijkt dat het recht op eerbieding van het privé- en gezinsleven niet absoluut is.

De betrokkene heeft geen vrees vermeld in het kader van het artikel 3 van het EVRM.

Bijgevolg heeft de gemachtigde van de Minister in zijn verwijderingsbeslissing rekening gehouden met de bepalingen van artikel 74/13.

Artikel 74/14: Reden waarom geen termijn voor vrijwillig vertrek wordt toegestaan:

□ Artikel 74/14 §3, 1°: er bestaat een risico op onderduiken.

4° Betrokkene heeft duidelijk gemaakt dat hij zich niet aan de verwijderingsmaatregel wil houden. Betrokkene heeft geen gevolg gegeven aan het bevel om het grondgebied te verlaten dat hem betekend werd op 15.01.2011, dit terwijl hij onderworpen was aan een ministerieel besluit van terugwijzing in werking getreden op 04/05/2009 en betekend op 05/05/2009. Dit Ministerieel Besluit tot terugwijzing was niet geschorst noch ingetrokken. De betrokkene heeft niet het bewijs geleverd dat hij deze beslissing heeft uitgevoerd.

□ Artikel 74/14 §3, 3°: de onderdaan van een derde land is een gevaar voor de openbare orde

Op 14/01/2016 heeft betrokkene een veroordeling opgelopen 37 maanden door het Hof van Beroep van Antwerpen voor inbreuken op de wetgeving inzake drugs; weerspanningheid.

Op 16/02/2012 heeft betrokkene een veroordeling opgelopen 3 jaar gevangenis waarvan 1 jaar gevangenis met uitstel 5 jaar door het Hof van Beroep van Antwerpen voor inbreuken op de wetgeving inzake drugs. Gelet op de herhaling van deze feiten en gezien de maatschappelijke impact van deze feiten, kan worden afgeleid dat betrokkene door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde te kunnen schaden.

Tussen 04.05.2009 en 03.05.2019 was betrokkene onderworpen aan een ministerieel besluit van terugwijzing dat nooit geschorst noch ingetrokken is geweest. De aanhouding van betrokkene op 08.06.2015 voor nieuwe drugsfeiten bewijst dat betrokkene geen rekening houdt met de maatregel en dat er een reëel risico is dat betrokkene opnieuw in de illegaliteit verdwijnt wanneer hij aan het gerecht zal hebben voldaan.

De betrokkene is onderworpen aan een inreisverbod van 10 jaar, hem betekend op 29/01/2019.

Terugleiding naar de grens

REDEN VAN DE BESLISSING TOT TERUGLEIDING NAAR DE GRENS:

Met toepassing van artikel 7, tweede lid, van de wet van 15 december 1980, is het noodzakelijk om de betrokkene zonder verwijl naar de grens te doen terugleiden, met uitzondering van de grens van de staten die het Schengenacquis ten volle toepassen om de volgende redenen:

Betrokkene kan met zijn eigen middelen niet wettelijk vertrekken. Betrokkene is niet in het bezit van de vereiste reisdocumenten.

Betrokkene weigert manifest om op eigen initiatief een einde te maken aan zijn onwettige verblijfssituatie zodat een gedwongen verwijdering zich opdringt.

Op 14/01/2016 heeft betrokkene een veroordeling opgelopen 37 maanden door het Hof van Beroep van Antwerpen voor inbreuken op de wetgeving inzake drugs; weerspanningheid.

Op 16/02/2012 heeft betrokkene een veroordeling opgelopen 3 jaar gevangenis waarvan 1 jaar gevangenis met uitstel 5 jaar door het Hof van Beroep van Antwerpen voor inbreuken op de wetgeving inzake drugs.

Gelet op de herhaling van deze feiten en gezien de maatschappelijke impact van deze feiten, kan worden afgeleid dat betrokkene door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde te kunnen schaden.

Er bestaat een risico tot nieuwe schending van de openbare orde.

Reden waarom geen termijn voor vrijwillig vertrek:

4° Betrokkene heeft duidelijk gemaakt dat hij zich niet aan de verwijderingsmaatregel wil houden.

Betrokkene heeft geen gevolg gegeven aan het bevel om het grondgebied te verlaten dat hem betekend werd op 15.01.2011, dit terwijl hij onderworpen was aan een ministerieel besluit van terugwijzing in werking getreden op 04/05/2009 en betekend op 05/05/2009. Dit Ministerieel Besluit tot terugwijzing was niet geschorst noch ingetrokken. De betrokkene heeft niet het bewijs geleverd dat hij deze beslissing heeft uitgevoerd.

De betrokkene heeft verklaard in zijn vragenlijst hoorplicht ingevuld op 01/01/2019 geen redenen te hebben om een terugkeer naar zijn land van oorsprong te vrezen. Artikel 3 van het EVRM wordt dus niet geschonden.

Vasthouding

REDEN VAN DE BESLISSING TOT VASTHOUDING:

Met de toepassing van artikel 7, derde lid van de wet van 15 december 1980, dient de betrokkene te dien einde opgesloten te worden, aangezien zijn/haar terugleiding naar de grens niet onmiddellijk kan uitgevoerd worden en op basis van volgende feiten:

4° Betrokkene heeft duidelijk gemaakt dat hij zich niet aan de verwijderingsmaatregel wil houden.

Betrokkene heeft geen gevolg gegeven aan het bevel om het grondgebied te verlaten dat hem betekend werd op 15.01.2011, dit terwijl hij onderworpen was aan een ministerieel besluit van terugwijzing in werking getreden op 04/05/2009 en betekend op 05/05/2009. Dit Ministerieel Besluit tot terugwijzing was niet geschorst noch ingetrokken. De betrokkene heeft niet het bewijs geleverd dat hij deze beslissing heeft uitgevoerd.

Gelet op al deze elementen, kunnen we dus concluderen dat hij/zij de administratieve beslissing die genomen wordt te zijnen/haren laste niet zal opvolgen. We kunnen ook concluderen dat er sterke vermoedens zijn dat hij/zij zich aan de verantwoordelijke autoriteiten zal onttrekken. Hieruit blijkt dat betrokkene ter beschikking moet worden gesteld van Dienst Vreemdelingenzaken.

Het is noodzakelijk om betrokkene ter beschikking van Dienst Vreemdelingenzaken te weerhouden om hem aan boord te laten gaan van de eerst volgende vlucht met bestemming Marokko.(...)"

2. Over de rechtspleging

Overeenkomstig artikel 39/81, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de vreemdelingenwet) bezorgt de verwerende partij de griffier, binnen acht dagen na de kennisgeving van het beroep, het administratief dossier, waarbij ze een nota met opmerkingen kan voegen.

In het schrijven aan de verwerende partij van 5 juli 2019 van de griffie van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) wordt het volgende gesteld:

"(...) Hierbij beteken ik u een afschrift van het verzoekschrift tot nietigverklaring dat de verzoekende partij op 26 juni 2019 heeft ingediend.

Met toepassing van artikelen 39/81 tweede lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, bezorgt de verwerende partij de griffier binnen de acht dagen na de kennisgeving van het beroep het administratief dossier, waarbij ze een nota met opmerkingen kan voegen.

Aangezien het administratief dossier reeds werd overgemaakt in het kader van de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, staat het u vrij om aangaande dit dossier enkel de eventuele aanvullende stukken over te maken aan de Raad. (...)"

De verwerende partij heeft geen nota met opmerkingen ingediend.

Ter terechtzitting van 25 september 2019 gewezen op het feit dat geen nota met opmerkingen werd ingediend, verwijst de verwerende partij naar de nota met opmerkingen die in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd ingediend.

In het schrijven van 5 juli 2019 wordt uitdrukkelijk aangegeven dat het de kennisgeving van dit op 26 juni 2019 ingediende verzoekschrift tot nietigverklaring betreft, en dat het daarbij gaat om een ander verzoekschrift en een andere procedure dan het "verzoekschrift strekkende tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid" dat de verzoekende partij eveneens op 26 juni 2019 indiende.

Bovendien nodigt het voormelde schrijven de verwerende partij uitdrukkelijk uit om overeenkomstig artikel 39/81, tweede lid, van de vreemdelingenwet het administratief dossier en desgevallend een nota met opmerkingen in te dienen, waarbij nog wordt verduidelijkt dat het haar vrijstaat enkel de eventuele aanvullende stukken over te maken, aangezien het administratief dossier al werd voorgelegd in het kader van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Vervolgens wordt in het schrijven van 5 juli 2019 nog uitdrukkelijk verwezen naar twee modaliteiten met betrekking tot het indienen van de nota met opmerkingen. Op grond van de duidelijke inhoud van het voormelde schrijven van 5 juli 2019 kan de verwerende partij niet voorhouden dat zij niet uitgenodigd is geworden om in

antwoord op het thans voorliggende verzoekschrift tot nietigverklaring van 26 juni 2019 desgewenst een nota met opmerkingen in te dienen.

Bijgevolg kan de Raad slechts vaststellen dat in het kader van het huidige beroep tot nietigverklaring geen nota met opmerkingen werd ingediend. Met de verwijzing naar de nota met opmerkingen die werd ingediend in antwoord op het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan geen rekening worden gehouden.

3. Onderzoek van het beroep

3.1. Verzoeker voert een enig middel aan dat luidt als volgt:

“III. Middelen in rechte

Eerste en enig middel: schending van artikel 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM), schending van artikel 24.2 van het Handvest van grondrechten van de unie, schending van 74/13 van de Vreemdelingenwet, en schending van de motiveringsplicht vervat in artikel 62 Vreemdelingenwet en artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, evenals van de beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de zorgvuldigheidsplicht en motiveringsplicht.

Eerste onderdeel

1.1 Artikel 8 EVRM bepaalt dat:

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

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

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

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

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

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

Wat het bestaan van een familie- en gezinsleven betreft, moet vooreerst worden nagegaan of er sprake is van een familie of een gezin. Vervolgens moet blijken dat in de feiten de persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden voldoende hecht is (cf. EHRM 12 juli 2001, K. en T.I Finland, § 150).

1.2. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, şerife Yiğit/Turkije (GK), § 94). Enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou men kunnen aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven (EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28). Er blijken in casu geen dergelijke uitzonderlijke omstandigheden te zijn, integendeel.

Verzoeker heeft dagelijks telefonisch contact met zijn zoon.

Verder kwam zijn zoon de laatste jaren ook minstens 1 keer maand op bezoek in de gevangenis bij zijn vader.

De begeleiders bij '(...)' beschrijven verzoeker als 'een zeer liefdevolle en betrokken papa in de interactie met zijn zoon Verder is verzoeker volgens de begeleiding 'een betrokken papa in de schoolse activiteiten'. Verzoeker heeft wekelijks contact met de school om zijn zoon mee op te volgen (stuk 2).

Verzoekers zoon, die vandaag 12 jaar oud is geworden, heeft afgezien van verzoeker geen ander zorgfiguur in België. Wegens de privacy van de minderjarige is het uiterst moeilijk om hiervan een bevestiging te verkrijgen van een officiële instantie. Illustratief voor het feit dat verzoekers zoon niet bij zijn Belgische moeder terecht kan (of een ander familielid), is het feit dat hij al een aantal jaar in een instelling verblijft (stuk 2). Doordat verzoeker zelf in de gevangenis zat, kon hij jammer genoeg de zorg niet op zich nemen.

Momenteel plant de begeleiding van verzoekers zoon een bezoek aan het gesloten centrum van Merksplas op 4 juli 2019 (stuk 2 en 4).

De begeleiding van '(...)' concludeert als volgt: "A: kan u zeggen dat wij op dit moment zien dat de fysieke aanwezigheid van S. A. zeer belangrijk is voor zijn zoon. " (eigen onderlijning - stuk 2)

Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt verder dat verwerende partij expliciet erkent dat verzoeker zich kan beroepen op een gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM, aangezien verwerende partij aanhaalt dat het recht op een gezinsleven in artikel 8§1 EVRM niet absoluut is, gezien de inbreuken op de openbare orde van het land.

Tot slot haalt verwerende partij aan dat verzoekers zoontje zijn achternaam niet draagt. Zoals in het feitenoverzicht reeds werd aangehaald, valt dit te verklaren doordat verzoeker pas na de geboorte van zijn zoon huwde met de moeder, waardoor de zoon niet automatisch zijn achternaam kreeg. Verzoeker is officieel de vader. Het feit dat zijn zoon niet zijn achternaam draagt, doet op geen enkele manier afbreuk aan hun band. Dit argument van verwerende partij is dan ook niet relevant.

1.3. Ten overvloede wenst verzoeker op te merken dat verwerende partij op de hoogte was van dit gezinsleven, aangezien de bestreden beslissing zelf spreekt over verzoekers Belgische zoon die in een instelling verblijft. Verzoeker gaf dit ook duidelijk aan in de vragenlijst dd. 01/01/2019.

1.4. Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/Belgie, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan hij kennis heeft of zou moeten hebben.

Dit onderzoek van verwerende partij schiet echter ernstig tekort.

Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid, van het EVRM voortvloeien te bepalen, worden in het kader van een billijke afweging een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken bij verwijdering naar het land van bestemming, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet.

Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 70).

1.5. In casu zal het gezinsleven op zeer ernstige wijze verbroken worden tussen verzoeker en zijn Belgische zoon, en zijn er serieuze hinderpalen om het gezinsleven verder te zetten in Marokko.

Verwerende partij ziet een aantal cruciale elementen over het hoofd en schat een aantal zaken verkeerd in, waardoor ze niet tot een billijke afweging kon komen.

1.5.1. Zo stelt verwerende partij om te beginnen dat de uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn/haar minderjarig kind, niet dezelfde ontwrichtende impact heeft op het leven van deze kinderen, als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin samenwoont met zijn minderjarige kinderen.

Verwerende partij gaat hier voorbij aan het feit dat verzoekers zoon ook omwille van psychologische problemen wordt opgevangen in een instelling. Verzoeker woonde noodgedwongen niet samen met zijn zoon, gezien zijn gevangenisstraf, én gezien het feit dat zijn zoon gespecialiseerde begeleiding nodig heeft. Net gezien deze psychologische problemen is een regelmatig fysiek contact met de vader cruciaal voor de jongere.

Dit blijkt ook uit de informatie die binnen de korte beroepstermijn van 5 dagen kon verkregen worden van de instelling waar verzoekers zoon verblijft: "Ik kan u zeggen dat wij op dit moment zien dat de fysieke aanwezigheid van S. A. zeer belangrijk is voor zijn zoon. " (eigen onderlijning - stuk 2)

1.5.2. Verzoeker woonde dan wel noodgedwongen niet samen met zijn zoon, er was wel degelijk fysiek contact. Zo bezocht verzoekers zoon hem de afgelopen jaren minstens 1 keer per maand in de gevangenis, en zal het zoontje ook in het gesloten centrum te Merksplas op bezoek komen om zijn vader te zien (stuk 2 en 4).

Verzoeker hoopte dat hij, nu hij zijn gevangenisstraf heeft uitgezeten, veel regelmatig zijn zoon kan bezoeken en samen tijd doorbrengen.

Doordat het zoontje niet terecht kan bij zijn moeder, is het fysieke contact met de vader extra belangrijk.

Dit fysieke contact zal verbroken worden door de bestreden beslissing.

1.5.3. Verder haalt verwerende partij aan dat 'voor de kinderen geen beletsel bestaat om deze ouder te gaan opzoeken in diens land van herkomst'. Hier slaat verwerende partij de bal helemaal mis.

Hoe realistisch is het om te verwachten dat verzoekers zoontje, die net 12 jaar is geworden, met psychologische problemen kampt en in een instelling verblijft, zijn vader gaat opzoeken in Marokko? Verwerende partij kan niet ernstig menen dat er 'geen beletsel' bestaat voor zo'n bezoek. Verzoekers zoon heeft niemand om hem te begeleiden op zo'n reis naar Marokko.

Van de begeleiding van de instelling, die het zoontje steeds mee hebben vergezeld tijdens de bezoeken in de gevangenis en binnenkort ook in het gesloten centrum te Merksplas, kan men dit niet redelijkerwijze verwachten. Dit behoort niet tot hun taakomschrijving. Van verzoekers ex-vrouw, die trouwens geen contact meer heeft met de zoon, kan men ook moeilijk verwachten dat ze op vakantie gaat naar haar ex-man.

Verwerende partij poneert dat er voor verzoekers zoon geen enkel beletsel bestaat om op bezoek te gaan bij zijn vader in Marokko, maar laat het na om te concretiseren hoe dit dan in zijn werk zou moeten gaan. Enkele ernstige beletsels waarvan verwerende partij op de hoogte diende te zijn (het verblijf in een instelling? De zeer jonge leeftijd?) springen nochtans direct in het oog.

1.5.4. Voorts stelt verwerende partij het volgende: "Zowel betrokkene als zijn partner en de kinderen, wisten verder dat het gezinsleven in België vanaf het begin precair was, gelet op de illegale verblijfssituatie van betrokkene in België. Ook deze stelling vindt geen weerslag in het dossier, en dit omwille van twee redenen.

Ten eerste heeft verzoeker wél een periode een verblijfsrecht in België gehad. Het gezinsleven is dus niet enkel vanuit illegaal verblijf opgebouwd. Dit blijkt onder meer uit het inreisverbod dat op 29 januari 2019 aan verzoeker werd betekend, en waarin verwerende partij aangeeft 'dat betrokkene recht op verblijf in België [heeft] gehad. Sinds 18/01/2013 is hij afgevoerd van ambtswege. ' (stuk 5)

Ten tweede is het nogal absurd om te beweren dat 'de kinderen wisten dat het gezinsleven vanaf het begin precair was', gelet op de illegale verblijfssituatie van verzoeker. Hoe kan men verwachten dat verzoekers zoon, die nog maar net 12 jaar is geworden, vanaf het begin zou weten dat zijn gezinsleven met zijn vader precair was, omdat deze vader geen verblijfsrecht zou hebben? Verwerende partij toont hier een gebrek aan realiteitszin.

1.5.5. Ten overvloede (verwerende partij maakt hierover geen melding in de bestreden beslissing) wenst verzoeker nog aan te tonen dat zijn zoon ook niet mee kan verhuizen naar Marokko.

Verzoekers zoon verblijft immers in een instelling waar hij gespecialiseerde begeleiding krijgt. Een vertrek naar Marokko zou een stopzetting van deze gespecialiseerde zorgen betekenen, met alle gevolgen van dien voor zijn psychologisch welzijn. De zoon heeft de Belgische nationaliteit, en is in België geboren en getogen. België is het enige land dat hij kent. Verder loopt hij school hier (zie stuk 2) in de Nederlandse taal, en kan men niet verwachten dat hij deze opleiding stopzet. Verzoekers zoon spreekt wel een beetje Arabisch, maar zeker niet perfect. Zo spreekt verzoeker met zijn zoon hoofdzakelijk Nederlands. De zoon kan geen Arabisch lezen of schrijven, waardoor hij niet vlot kan inschakelen in het onderwijs in Marokko. Het Arabisch geschrift leren vraagt een langdurige inspanning. Men kan bijgevolg niet redelijkerwijze van de zoon verwachten dat hij België, het land waar hij de laatste 12 jaar heeft verbleven en waar hij een privéleven zoals beschermd door artikel 8 EVMR heeft uitgebouwd, zal verlaten.

1.5.6. Uit het bovenstaande bleek reeds dat volgens de gespecialiseerde instelling waar verzoekers zoon verblijft, het fysieke contact tussen de vader en zoon 'zeer belangrijk' is (stuk 2). Verder werd aangetoond, in tegenstelling tot hetgeen verwerende partij beweert, dat het niet realistisch is om te verwachten dat verzoekers zoon op bezoek komt in Marokko. Voorts kan verzoekers zoon niet mee verhuizen naar Marokko.

In de belangenafweging tussen verzoekers recht op een gezinsleven met zijn Belgische zoon en het belang van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde, verloor verwerende partij nog een belangrijke factor uit het oog, namelijk het inreisverbod van maar liefst tien jaar.

Aan verzoeker werd een inreisverbod van tien (10) jaar werd opgelegd. De uitvoering van de bestreden beslissing zal tot gevolg hebben dat verzoeker gerepatrieerd zal worden, waarna hij gedurende maar liefst tien jaar niet meer terug zal kunnen keren naar België, en gedurende die tijd effectief gescheiden zal blijven van zoon. Verzoeker zal zijn zoon niet zien opgroeien. Voor kinderen is de zorg en nabijheid van de ouder(s) echter cruciaal voor hun ontwikkeling.

Communicatie via het internet biedt geenszins dezelfde warmte en geborgenheid die cruciaal zijn voor de ontwikkeling van kinderen. Het belang van de fysieke nabijheid van verzoeker werd expliciet bevestigd door de gespecialiseerde instelling waar de zoon verblijft.

Dit inreisverbod van 10 jaar zorgt ervoor dat de impact van de bestreden beslissing op het gezinsleven van verzoeker met zijn zoon, enorm is. De tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zal daardoor het gezinsleven op zeer ernstige wijze verbreken.

Nergens uit de bestreden beslissing blijkt dat verwerende partij rekening heeft gehouden met de impact op het gezinsleven cfr. artikel 8 EVRM van dit inreisverbod van 10 jaar.

Er bestaat weliswaar de mogelijkheid tot opschorting of opheffing van het inreisverbod, maar deze is theoretisch van aard, en indien de beslissing vier maanden uitblijft wordt deze geacht negatief te zijn. Er is geen enkele garantie dat het inreisverbod ook effectief zal worden ingetrokken.

1.6. De hierboven uiteengezette omstandigheden zijn van die aard dat ze het verzoeker en zoon onmogelijk maken om het gezinsleven voort te zetten.

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/Belgie, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan hij kennis heeft of zou moeten hebben.

Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid, van het EVRM voortvloeien te bepalen, worden in het kader van een billijke afweging een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken bij verwijdering naar het land van bestemming, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat,

alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Verwerende partij schat de mate waarin het gezinsleven wordt verbroken compleet verkeerd in, en ziet een aantal onoverkomelijke hinderpalen tot het verderzetten van het gezinsleven over het hoofd. Hierdoor kon verwerende partij niet tot een billijke afweging komen.

Door na te laten een zo grondig mogelijk onderzoek te voeren naar het bestaan van verzoekers gezinsleven en vervolgens naar de toelaatbaarheid van een inmenging in dit gezinsleven overeenkomstig artikel 8 EVRM voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing, begaat verwerende partij - naast van een schending van artikel 8 EVMR en de zorgvuldigheidsplicht - een schending van alle bovenvermelde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen.

Tweede onderdeel

2.1. Uit niets blijkt dat verwerende partij ook effectief rekening heeft gehouden met het hoger belang van het kind. Verwerende partij bekeek enkel de situatie van verzoeker zelf, en hield (afgezien van een theoretische beschouwing over het hoger belang van het kind) geen enkele rekening met zijn kind, hoewel dit kind ook getroffen wordt door de bestreden beslissing. Dit is in flagrante strijd met hetgeen artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet voorschrijft.

Deze bepaling vormt de omzetting van artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, op 16 december 2008 door het Europees Parlement en de Raad vastgesteld (de Terugkeerrichtlijn).

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

"De rechten van het kind

1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden wordt in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang gehecht.
2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging. ..."

Artikel 51 van het Handvest verduidelijkt dat het Handvest van toepassing is wanneer lidstaten bepalingen van Unierecht ten uitvoer brengen: "7. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegeedeeld. (...)"

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

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

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

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

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

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

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

"Article 3(1): the best interests of the child as a primary consideration in all actions concerning children. The article refers to actions undertaken by "public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies". The principle requires active measures throughout Government, parliament and the judiciary. Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children's rights and interests are or will be affected by their decisions and actions — by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children. " (cf. UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 5 (2003), General Measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 november 2003, CRC/GC/2003/par. 12).

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

2.2. In de bestreden beslissing erkent verwerende partij dat het hoger belang van het kind een primordiaal karakter heeft. Hierover bestaat geen discussie.

Verwerende partij voert vervolgens aan dat het belang van het kind geen absoluut karakter heeft. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in. Verwerende partij voegt daaraan toe dat 'die bijzondere plaats het evenwel niet onmogelijk [maakt] om eveneens rekening te houden met andere belangen'.

Verwerende partij beperkt zich tot deze theoretisch beschouwingen over het hoger belang van het kind, maar gaat op geen enkel moment over tot een concrete afweging van de verschillende belangen die op het spel staan.

Er moet nochtans op gewezen te worden dat artikel 24.2 van het Handvest en het hoger belang van het kind een onderzoeksplicht met zich meebrengen.

Zoals M. Maes en A. Wijnants schrijven: "Het VN-Kinderrechtencomité voegde hieraan toe dat het beginsel van het belang van het kind een drievoudig concept is. Het beginsel houdt niet enkel een materieel recht in voor een kind om zijn belangen (d.i. in wezen het welzijn van het kind) in overweging te zien genomen worden¹²², maar is tevens een interpretatief rechtsbeginsel en een procedureregulering. Wat dit laatste betreft, kan het beginsel van het belang van het kind als een onderzoeksplicht worden opgevat. Telkens wanneer een maatregel (d.i. een beslissing, handeling, gedrag, voorstel, dienst, procedure, een nalatigheid of andere maatregel) wordt genomen die gevolgen heeft voor een kind, moeten tijdens het besluitvormingsproces nauwgezet de mogelijke negatieve en positieve effecten van een eventuele beslissing op het kind worden onderzocht, zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het kind in een specifiek geval vereisen. Wanneer de verschillende relevante belangen tegen elkaar worden afgewogen, moeten de belangen van het kind primair in overweging worden genomen. Tijdens de belangenafweging moet op basis van evenredigheid worden nagegaan of andere overwegingen van die aard zijn, bv. inzake migratiecontrole, dat ze toch primeren op de belangen van het kind als een eerste overweging" (M. MAES, A. WIJNANTS, Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: een nieuwe speler in het vreemdelingenrecht, T.Vreemd. 2016, nr. 1).

Verwerende partij is verplicht om de mogelijke negatieve en positieve effecten van een eventuele beslissing op de minderjarige zoon van verzoeker te onderzoeken zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het kind in een specifiek geval vereisen. Dit onderzoek ontbreekt echter compleet.

Verwerende partij maakt er zich snel vanaf met een theoretische beschouwing over het afwegen van verschillende belangen, maar gaat op geen enkel moment over tot een concrete afweging van de belangen die in casu spelen.

Het is absoluut noodzakelijk om onderzoek te voeren naar de gevolgen van de scheiding van het kind van zijn vader (en dit gedurende maar liefst 10 jaar gezien het inreisverbod), de impact hiervan op het hoger belang en het welzijn van de 12 jarige zoon die in een instelling verblijft en met psychologische problemen kampt, het gebrek aan mogelijkheden voor de zoon om zijn vader te bezoeken in Marokko om het noodzakelijk fysieke contact voort te zetten; het feit dat de zoon zal moeten opgroeien de komende tien jaar zonder de steun en nabijheid van zijn vader; het gebrek aan andere steunfiguren in België, etc.

Dit alles gebeurde niet, waardoor verwerende partij de op haar rustende onderzoeksplicht cfr. artikel 24.2 van het Handvest niet naleefde.

Wanneer de verschillende relevante belangen tegen elkaar worden afgewogen, moeten de belangen van het kind primair in overweging worden genomen. Verwerende partij laat het na om te motiveren waarom het belang van het kind hier aan de kant werd geschoven.

De impact van de bestreden beslissing op het kind van verzoeker, zijn welzijn, ontwikkeling en zijn veiligheid dient grondig onderzocht te worden.

Nergens uit de bestreden beslissing of het administratief dossier blijkt dat verwerende partij ook maar enigszins rekening heeft gehouden met de belangen van verzoekers' kind (op een theoretische stijlformule na), hoewel de bestreden beslissing ook dit kind beïnvloedt. Verzoekers zoon zal immers voor zeer lange tijd (tot 10 jaar of langer) gescheiden worden van zijn vader, een zeer belangrijk steunfiguur waarmee hij een sterke band heeft (stuk 2). Verwerende partij liet het na om het hoger belang van verzoekers kind concreet mee in rekening te brengen.

Hierdoor werd artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, artikel 24.2 van het Handvest en de zorgvuldigheidsplicht geschonden. Voorts kan de motivering van de bestreden beslissing deze beslissing niet schragen, waardoor de motiveringsplicht werd geschonden. Tot slot beging verwerende partij een schending van alle bovenvermelde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen.

Het verzoek tot nietigverklaring dient dan ook ontvankelijk en gegrond verklaard te worden."

3.2.1. In een enig middel voert verzoeker de schending aan van artikel 8 van het EVRM, van artikel 24.2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, van artikel 62 van de vreemdelingenwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht. Verzoekers zoon is momenteel 12 jaar oud. Hij werd geplaatst in een instelling voor bijzondere jeugdzorg en heeft geen andere zorgfiguur in België dan zijn vader. De moeder zou niet meer naar hem omzien. Verzoeker voert aan dat hij dagelijks telefonisch contact heeft met zijn zoon en dat zijn zoon hem het afgelopen jaar minstens één keer per maand heeft bezocht in de gevangenis.

Verzoeker voert aan dat het gezinsleven tussen ouders en hun minderjarige kinderen wordt verondersteld, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden. Hij wijst erop dat het feit dat verzoekers zoon de naam van de moeder draagt, te wijten is aan het feit dat hij pas huwde met de moeder na de geboorte van hun zoon. Dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat hij de vader is. Verzoeker betoogt dat het privéleven daadwerkelijk zal worden verbroken bij een repatriëring en dat de situatie van zijn zoon dient te worden beschouwd als een onoverkomelijke hinderpaal om het gezinsleven verder te kunnen zetten in Marokko. Verzoeker benadrukt dat het gegeven dat hij niet samenwoont met zijn zoon te wijten is aan het feit dat zijn zoon in een jeugdinstelling verblijft, terwijl verzoeker zelf in de gevangenis verblijft. Dit doet geen afbreuk aan het feit dat er wel degelijk contact is tussen hen en dat zij elkaar geregeld zien. Nu verzoekers gevangenisstraf is afgelopen, zullen ze elkaar veel vaker zien.

Verzoeker wijst er vervolgens op dat van een kind dat twaalf jaar oud is en psychologische problemen heeft, niet redelijkerwijze kan worden verwacht dat hij zelfstandig zijn vader gaat bezoeken in Marokko. Zijn zoon kan hem ook niet vergezellen naar Marokko. Deze zou dan als Belg België moeten verlaten en dit zou een stopzetting van de jeugdzorg betekenen. Verzoeker uit verdere kritiek op het motief waarbij

wordt gesteld dat de kinderen wisten dat het gezinsleven precair was. Verzoeker wijst erop dat hij in het verleden wel degelijk gemachtigd was tot verblijf, tot hij op 18 januari 2013 werd afgevoerd van ambtswege.

In een tweede onderdeel voert verzoeker aan dat geen rekening werd gehouden met het hoger belang van het kind.

Naar aanleiding van de terechtzitting van 25 september 2019 legt verzoeker nog een afschrift neer van het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 11 mei 2010, waarbij verzoeker wordt gemachtigd zijn zoon te erkennen.

3.2.2. Het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten is gebaseerd op, enerzijds, de vaststelling dat verzoeker op het grondgebied verblijft zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten (artikel 7, eerste lid, 1°, van de vreemdelingenwet) en, anderzijds, op de overweging dat hij geacht wordt de openbare orde of nationale veiligheid te kunnen schaden (artikel 7, eerste lid, 3°, van de vreemdelingenwet). Met betrekking tot dit motief wordt verwezen naar het feit dat verzoeker op 14 januari 2013 door het Hof van Beroep van Antwerpen werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 37 maanden wegens inbreuken op de wetgeving inzake drugs en weerspanningheid en op 16 februari 2012 werd veroordeeld tot 3 jaar gevangenisstraf wegens inbreuken op de wetgeving inzake drugs. De bestreden beslissing motiveert dat omwille van het herhaald karakter en de maatschappelijke impact van deze feiten, verzoeker door zijn gedrag wordt geacht de openbare orde te kunnen schaden. Het wordt in de huidige zaak niet betwist dat verzoeker zich meermaals schuldig maakte aan handel in verdovende middelen. De Raad betwist niet dat dergelijke feiten een verwijderingsmaatregel kunnen verantwoorden (zie o.a. HvJ, 23 november 2010, *Tsakouridis*, C- 145/09). Dit stelt het bestuur er echter niet van vrij om, overeenkomstig artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, rekening te houden met, onder meer, het gezinsleven en het hoger belang van het kind.

De bestreden beslissing motiveert hierover:

“De betrokkene heeft verklaard in zijn vragenlijst hoorplicht ingevuld op 01/01/2019 dat zijn zoon in België verblijft en dat zijn zoon Belg is. Uit het administratief dossier van betrokkene blijkt dat hij een tweede Belgische kind heeft.

*Het eerste kind van betrokkene verblijft momenteel in een instelling en draagt de naam van zijn vader niet. Het tweede kind verblijft bij zijn moeder. De uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn/haar (minderjarige) kinderen heeft niet dezelfde ontwrichtende impact op het leven van deze kinderen, als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin Samenwoont met zijn minderjarige kinderen, zeker indien contact via telefoon en internet mogelijk blijft vanuit het land waarnaar betrokkene zal worden uitgewezen en voor de kinderen geen beletsel bestaat om deze ouder te gaan opzoeken in diens land van herkomst. Zowel betrokkene als zijn partner en kinderen, wisten verder dat het gezinsleven in België vanaf het begin precair was, gelet op de illegale verblijfssituatie van betrokkene in België. Wat het hoger belang en welzijn van de kinderen betreft benadrukt de Raad dat hoewel het belang van het kind een primordiaal karakter heeft, het daarom nog geen absoluut karakter heeft. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet onmogelijk om eveneens rekening te houden met andere belangen (EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse t. Nederland*, par. 101; GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013).*

Bovendien het feit dat de kinderen van betrokkene in België verblijven, kan niet worden behouden in het kader van de bepalingen van artikel 8§1 van het EVRM aangezien betrokkene inbreuken heeft gepleegd die de openbare orde van het land schaden zoals bepaald in artikel 8§2 van het EVRM. Uit de bepalingen van het tweede lid van art. 8 van het EVRM blijkt dat het recht op eerbieding van het privé- en gezinsleven niet absoluut is.”

Verzoeker betoogt dat deze motivering voorbijgaat aan de specifieke situatie waarin hij en zijn zoon zich bevinden. Hij wijst erop dat zijn zoon geplaatst werd in een instelling voor bijzondere jeugdzorg omdat de moeder het contact heeft verbroken. Gelet op verzoekers verblijf in de gevangenis, is het samenleven tussen hen ook onmogelijk. Verzoeker wijst er ook op dat het feit dat zijn zoon enkel de naam van de moeder draagt, niet betekent dat hij de vader niet zou zijn of er geen gezinsband mee zou hebben. Hij zou het kind immers hebben erkend.

Uit de aanvullende stukken bij het verzoekschrift blijkt dat de jeugdbegeleiders van zijn zoon verzoeker inderdaad beschouwen als de vader. De begeleiders bevestigen dat verzoeker dagelijks met zijn zoon

belt en dat zijn zoon hem minstens een keer per maand bezoekt in de gevangenis. Verzoeker brengt aldus een begin van bewijs aan van een gezinsleven met zijn zoon.

Het motief dat verzoekers zoon hem kan bezoeken in Marokko, houdt geen rekening met het feit dat de zoon geplaatst werd in een instelling. Ook het motief dat verzoeker en zijn zoon dienden te weten dat het verblijf precair was, is onjuist, vermits verzoeker in het verleden wel degelijk, tot op het ogenblik van zijn ambtshalve schrapping, in het bezit was van een geldige F-kaart. In uitoefening van hun prerogatief inzake migratiecontrole en het bewaken van de openbare orde, hebben de Verdragsluitende staten de bevoegdheid om een vreemdeling die veroordeeld is omwille van misdrijven uit te wijzen. Deze beslissing moet, indien het een inmenging uitmaakt op het recht op eerbiediging van het gezins-/privéleven, bij wet voorzien zijn en noodzakelijk is in een democratische samenleving, dit is gerechtvaardigd door een dwingende sociale behoefte en proportioneel met het nagestreefde legitieme doel.

Artikel 8 van het EVRM verleent geen enkele categorie vreemdelingen een absoluut recht op niet-uitwijzing. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt desalniettemin dat de uitwijzing van een vreemdeling in bepaalde omstandigheden in strijd is met artikel 8 van het EVRM. Het EHRM heeft in zijn arrest *Boultif* (EHRM 2 augustus 2001, zaak 54273 *Boultif t/ Zwitserland*) de criteria opgesomd die moeten worden gehanteerd om te beoordelen of een verwijderingsmaatregel nodig was in een democratische samenleving en in verhouding was tot het legitieme nagestreefde doel. Deze criteria – die worden weergegeven in paragraaf 48 van het arrest – zijn de volgende:

- de aard en ernst van het gepleegde misdrijf;
- de duur van het verblijf in het gastland;
- het tijdsverloop sinds het misdrijf en het gedrag van betrokkene tijdens die periode;
- de nationaliteit van alle betrokkenen;
- de gezinssituatie van de verzoeker, zoals duur van het huwelijk alsook andere factoren die getuigen van een daadwerkelijk gezinsleven;
- de vraag of de (huwelijks)partner op de hoogte was van het misdrijf bij de totstandkoming van de gezinsband (bv. toen hij/zij met de vreemdeling in het huwelijk trad of een relatie aanging);
- de vraag of er kinderen zijn geboren uit dit huwelijk en, als dit het geval is, hun leeftijd;
- de ernst van de moeilijkheden die de huwelijks(partner) zal ondervinden indien hij/zij de vreemdeling zou volgen naar het land van herkomst/bestemming, dit zijn er belemmeringen die terugkeer naar het land van herkomst moeilijk maken. In de woorden van het EHRM kan sprake zijn van een '*certain degree of hardship*';
- bijzondere omstandigheden, zoals medische elementen.

Uit de uitspraak van het EHRM inzake *Üner* (EHRM 18 oktober 2006, zaak 46410/99 *Üner t/Nederland*) volgt dat, naast de *Boultif*-criteria, ook in de belangenafweging moet worden betrokken, voor zover van toepassing op de voorliggende zaak:

- het belang en welzijn van de kinderen, in het bijzonder de ernst van de problemen die kinderen waarschijnlijk zouden ondervinden in het land van herkomst van de vreemdeling; en
- de hechtheid van de sociale, culturele en familiebanden van de vreemdeling met het gastland en met zijn land van herkomst (EHRM 18 oktober 2006, *Üner/Nederland (GK)*, § 55, 57 en 58).

Het Hof zal nagaan welke impact de verwijdering heeft op de (huwelijks)partner en de eventuele kinderen. Er wordt onderzocht of van de gezinsleden redelijkerwijze kan worden verwacht dat ze het betrokken gezinslid volgen naar het land van verwijdering. Daarvoor wordt onder meer hun aanpassingsvermogen ('*adaptability*') beoordeeld (bijvoorbeeld wat betreft het aanleren van een nieuwe taal), alsook de mogelijke ernstige moeilijkheden met betrekking tot godsdienst, gezondheid, tewerkstelling, onderwijs, of andere sociale en culturele gegevens in het land waartoe de vreemdeling wordt verwijderd. Het feit dat de verwijderingsmaatregel en het daarbij horende inreisverbod wel of niet is beperkt in de tijd, wordt eveneens in rekening gebracht. Het gewicht dat aan elk van de criteria wordt toegekend, varieert naargelang de bijzondere omstandigheden van de individuele zaak. Als aspecten van openbare orde dus een rol spelen in de bestreden beslissing, dan moet uit de bestreden beslissing blijken dat in de belangenafweging de zgn. '*guiding principles*' (algemene richtlijnen) uit de arresten *Boultif/Üner* werden meegenomen, voor zover van toepassing op de voorliggende zaak. Het is op basis van deze criteria dat de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de verwijdering van een vreemdeling

op grond van de openbare of nationale veiligheid dient te worden beoordeeld. In de huidige zaak maakt verzoeker aannemelijk dat hij een gezinsband heeft met zijn zoon.

Hoewel daarover in de bestreden beslissing twijfels worden geopperd, blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat verzoeker steeds heeft verklaard een zoon te hebben met wie hij contacten onderhoudt. De Raad wijst er ook op dat de band tussen een kind en zijn ouder ontstaat uit het feit van de geboorte zelf. De band tussen een ouder en een minderjarig kind zal slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden als verbroken kunnen worden beschouwd (EHRM 19 februari 1996, *Gül/Zwitserland*, § 32; EHRM 21 december 2001, *Sen/Nederland*, § 28). De natuurlijke gezinsband tussen ouder en kind wordt niet beëindigd door het feit dat de ouders (echt)scheiden met als gevolg dat het kind niet langer samenleeft met één van zijn ouders (EHRM 11 juli 2000, *Ciliz/Nederland*, § 59). Het gezinsleven eindigt evenmin indien een kind in de pleegzorg wordt opgenomen (EHRM 27 juni 1996, nr. 17383/90, *Johansen v. Noorwegen*, par. 52). Uit de door verzoeker neergelegde stukken blijkt bovendien dat verzoeker ook door de begeleiders van de jeugdinstelling waar zijn zoon verblijft wordt beschouwd als de vader. Verzoeker maakt ook aannemelijk dat hij als enige contact houdt met zijn zoon en dat dit contact van groot belang is voor het welzijn van zijn zoon. Dit wordt ook geattesteerd door de medewerkers van de jeugdinstelling. De Raad acht het geenszins vanzelfsprekend dat verzoekers twaalfjarige zoon, die in een instelling werd geplaatst, hem zomaar zal kunnen bezoeken in Marokko. Daarnaast wordt ook geen rekening gehouden met het feit dat de aanwezigheid van verzoeker en de regelmatige contacten met zijn zoon van groot belang zijn voor het welzijn van het kind. Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat aan deze elementen werd voorbijgegaan.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 20 juni 2019 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies) wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op drieëntwintig oktober tweeduizend negentien door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken.

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

C. VERHAERT