



Arrest

nr. 239 867 van 19 augustus 2020
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat V. VANNEUVILLE
Catharina Lundenhof 9/13
2660 ANTWERPEN

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Iraanse nationaliteit te zijn, op 27 maart 2020 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 27 februari 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 6 april 2020 met refertenummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 29 juli 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 18 augustus 2020.

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

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. VANDENBERGHE, die *loco* advocaat V. VANNEUVILLE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat L. BRACKE, die *loco* advocaten C. DECORDIER en T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 4 december 2002 wordt verzoeker die verklaart van Iraanse nationaliteit te zijn, door het hof van beroep te Gent veroordeeld tot een gevangenisstraf van 2 jaar en een geldboete van 100 Belgische Frank en de ontzetting van bepaalde rechten voorzien bij artikel 31 van het Strafwetboek gedurende 5 jaar.

Op 3 november 2008 wordt verzoeker veroordeeld door het hof van beroep te Gent tot een gevangenisstraf van 2 jaar en een geldboete van 100 Belgische Frank en de ontzetting van bepaalde rechten voorzien bij artikel 31 van het Strafwetboek gedurende 5 jaar.

Op 9 december 2009 dient verzoeker een aanvraag in om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet).

Op 4 maart 2010 wordt verzoeker veroordeeld door het hof van beroep te Antwerpen tot een gevangenisstraf van 2 jaar en een geldboete van 1.000 euro.

Op 7 juni 2010 wordt de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet ongegrond bevonden. Bij arrest met nummer 48 750 van 29 september 2010 verwerpt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring van deze beslissing.

Op 26 november 2010 neemt de staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid een besluit houdende terugwijzing van verzoeker met het verbod gedurende tien jaar terug te keren naar België.

Op 4 juni 2014 wordt ten aanzien van verzoeker een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies) genomen. Bij arrest met nummer 131 717 van 21 oktober 2014 verwerpt de Raad de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring van deze beslissing.

Op 27 oktober 2014 dient verzoeker een verzoek om internationale bescherming in.

Op 7 november 2014 beslist de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen tot inoverwegingname van een meervoudige asielaanvraag.

Op 30 juli 2015 beslist de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen tot weigering van de vluchtelingenstatus en van de subsidiaire beschermingsstatus.

Op 11 augustus 2015 neemt de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris ten aanzien van verzoeker een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13quinquies).

Op 1 oktober 2015 dient verzoeker een verzoek om internationale bescherming in.

Op 24 januari 2017 dient verzoeker een aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, in de hoedanigheid van echtgenoot van N.M., die de Belgische nationaliteit heeft.

Op 24 februari 2017 wordt aan verzoeker medegedeeld dat er geen aanvraag in het kader van gezinshereniging kan worden ingediend aangezien verzoeker onder de gelding valt van een ministerieel terugwijzingsbesluit dat niet werd opgeheven. Bij arrest met nummer 232 496 van 12 februari 2020 verwerpt de Raad het beroep tot nietigverklaring van deze beslissing.

Op 5 juli 2017 beslist de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen tot weigering van inoverwegingname van een meervoudige asielaanvraag.

Op 12 juli 2017 neemt de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris ten aanzien van verzoeker een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13quinquies).

Op 18 januari 2019 wordt N.D., de zoon van verzoeker geboren.

Op 12 februari 2019 dient verzoeker een aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, in de hoedanigheid van ascendent van zijn zoon N.D., die de Belgische nationaliteit heeft.

Op 8 augustus 2019 beslist de gemachtigde van de bevoegde minister tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Op 2 september 2019 dient verzoeker een tweede aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, in de hoedanigheid van ascendent van zijn zoon N.D., die de Belgische nationaliteit heeft.

Op 5 februari 2020 maakt verzoeker het voorwerp uit van een arrestatiebevel door de onderzoeksrechter. Hij wordt in verdenking gesteld uit hoofde van, als dader/mededader, mensensmokkel met verzwarende omstandigheden, waaronder deze van criminele organisatie, valsheid in geschrifte en gebruik.

Op 21 februari 2020 verstrekt de procureur des Konings een negatief advies inzake de verblijfsaanvraag van verzoeker.

Op 27 februari 2020 beslist de gemachtigde van de bevoegde minister tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing:

“(…)

BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLIJF VAN MEER DAN DRIE MAANDEN ZONDER BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

In uitvoering van 52, §4, 5^{de} lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 02/09/2019 werd ingediend door:

Naam: N. (...)

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

Nationaliteit: Iran

Geboortedatum: (...).1972

Geboorteplaats: Teheran

Identificatienummer in het Rijksregister:² xxx

Verblijvende te/: (...)

Betrokkene is ook gekend onder de volgende aliases

H. D. (...) °(...).1972

N. D. (...) °(...).1972

N. D. (...) °(...).1972

N. D. (...) °(...).1972

N. D. (...) °(...).1972

N. D. (...) °(...).1972

om de volgende reden geweigerd:³

De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van ander familielid van een burger van de Unie.

Betrokkene vraagt gezinshereniging aan in functie van zijn Belgisch kind, de genaamde N. D. (...) (RR: xxx) in toepassing van artikel 40 ter van de wet van 15/12/80.

Om het verblijfsrecht als gezinslid te bekomen dient niet enkel voldaan te worden aan de voorwaarden van artikel 40 ter van de wet van 15.12.1980, maar ook aan het recht tot binnenkomst in België (arrest van de Raad van State n° 238.596 van 09.08.2016). Betrokkene beschikt niet over dit recht, gezien hij nog steeds onder een inreisverbod staat dewelke noch opgegeven noch geschorst is door de Belgische autoriteiten en hij zich bevindt onder artikel 3, alinea 1, 5° van de vreemdelingenwet van 15.12.1980 en als zodanig in illegaal verblijf.

Uit nazicht van het dossier blijkt dat betrokkene het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod genomen door de Belgische autoriteiten voor een periode van 10 jaar dewelke nog steeds van kracht is gezien hij nog steeds geseind staat als ontoegankelijk op het Schengengrondgebied (Art. 24 S.I.S. II) tot 20.06.2024. Betrokkene werd door België ter fine van weigering van toegangesignaleerd in de staten die

partij zijn bij de Uitvoeringsovereenkomst van het Akkoord van Schengen, ondertekend op 19 juni 1990, hetzij omdat zijn aanwezigheid een gevaar uitmaakt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, hetzij omdat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een verwijderingsmaatregel die noch ingetrokken noch opgeschort werd en die een verbod van toegang behelst wegens overtreding van de nationale bepalingen inzake de binnenkomst of het verblijf van de vreemdelingen.

Meer concreet is het inreisverbod aan betrokkene opgelegd geweest naar aanleiding van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing dat hem werd betekend op 02/12/2010. Hij zat toen opgesloten in de gevangenis. Het besluit is dan ook pas in werking getreden sedert zijn invrijheidsstelling op 21/06/2014. Het feit onderworpen te zijn aan een Ministerieel Besluit tot terugwijzing dewelke noch opgeschort noch opgeheven is en een verbod tot binnenkomst in het Rijk gedurende 10 jaar inhoudt, de aanwezigheid van betrokkene op het grondgebied niet toegestaan is, en het verwerven van enig verblijfsrecht a fortiori niet mogelijk is.

Ondertussen is betrokkene op nieuwe onder aanhoudingsmandaat geplaatst op 04/02/2020 en is hij heden opgesloten in de gevangenis van Sint-Gillis voor valsheid in geschrifte en het gebruik van valse stukken, bendevorming en mensenhandel. Feiten waarvoor hij reeds in het verleden is veroordeeld geweest in 2002, 2008 en 2010.

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

(...)"

2. Over de rechtspleging

Verzoeker heeft de Raad, overeenkomstig artikel 39/81, vierde lid van de Vreemdelingenwet, tijdig in kennis gesteld van zijn wens om geen synthesememorie neer te leggen. Dienvolgens wordt de procedure verder gezet conform artikel 39/81, eerste lid van de Vreemdelingenwet.

3. Over de ontvankelijkheid

3.1. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij volgende exceptie op:

"Verweerder stelt vast dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift een uiteenzetting geeft, op basis waarvan zij tracht aan te tonen dat de bestreden beslissing haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te berokkenen.

Louter volledigheidshalve merkt verweerder op dat conform artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet, het annulatieberoep ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen tegen een beslissing houdend de beslissing tot weigering van erkenning van een verblijfsrecht, opschortende werking heeft.

Geen maatregel van gedwongen tenuitvoerlegging kan derhalve worden genomen t.a.v. verzoekende partij hangende het beroep voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Verzoekende partij heeft er dan ook geen belang bij om de schorsing van de bestreden beslissing te verzoeken.

De vordering tot schorsing is dan ook onontvankelijk wegens gebrek aan belang."

3.2. Uit wat hierna volgt zal blijken dat het beroep tot nietigverklaring wordt ingewilligd. Het is bijgevolg niet vereist deze exceptie te beantwoorden.

4. Onderzoek van het beroep

4.1. Verzoeker voert een tweede middel aan dat luidt als volgt:

"schending van art. 8 EVRM, het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven en van art. 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, art. 3 van het Kinderrechterverdrag en een schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet

->Het totaal ontbreken van de toetsing aan art. 8 EVRM

Art. 8 EVRM stelt het volgende:

"Eenieder heeft recht op respect voor zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. "

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het belang van het kind een essentiële overweging vormt die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM.

Zo stelt het EHRM bv. in de zaak Nurjez (EHRM nr. 55.597/09 van 28 juni 2011, Nurjez v. Noorwegen): "Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions taken by public authorities concerning children."

Vrije kantoorvertaling

"In dit verband wordt ook verwezen naar artikel 3 van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind, waarin staat dat bij alle handelingen van overheidsinstanties met betrekking tot kinderen het belang van het kind voorop staat."

In het arrest Sarközi en Mahran formuleert het EHRM het als volgt (EHRM nr. 27.945/10 van 2 april 2015):

"On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance. Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight."

Vrije kantoorvertaling

"Op dit specifieke punt herhaalt het Hof dat er een brede consensus bestaat, ook in het internationale recht, over het concept dat bij alle beslissingen met betrekking tot kinderen het belang van het kind van cruciaal belang is. Hoewel zij alleen niet doorslaggevend kunnen zijn, moet aan dergelijke belangen zeker een aanzienlijk gewicht worden toegekend".

In de bestreden beslissing is geen enkel spoor van motivering terug te vinden rond het belang van het kind en wordt op geen enkel moment het belang van het Belgisch minderjarig kind van verzoeker in overweging genomen evenmin als de afhankelijkheidsrelatie tussen de vader en zijn zoon, D. N. (...), van Belgische nationaliteit en geboren op 18 januari 2019 en dit ondanks de aanvraag gezinshereniging werd ingediend in functie van het Belgisch minderjarig kind.

->Schending art. 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie betreffende de rechten van het kind bepaalt als volgt (eigen onderlijning):

Artikel 24 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.

3. Ieder kind heeft het recht, regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.

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, (cf. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303,17.):

"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."

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 dienen 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.

->Schending artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag

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).

Vrije kantoorvertaling

"Artikel 3, lid 1: het belang van het kind als eerste overweging bij alle handelingen betreffende kinderen. Het artikel verwijst naar acties die worden ondernomen door "openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechtbanken, administratieve autoriteiten of wetgevende organen". Het beginsel vereist actieve maatregelen in de hele regering, het parlement en de rechterlijke macht. Elk wetgevend, administratief en gerechtelijk orgaan of instelling is verplicht het beginsel van het belang van het kind toe te passen door systematisch na te gaan hoe de rechten en belangen van kinderen worden of zullen worden beïnvloed door hun beslissingen en acties - bijvoorbeeld door een voorgestelde of bestaande wet of beleids- of administratieve actie of gerechtelijke beslissing, met inbegrip van die welke niet direct betrekking hebben op kinderen, maar die indirect van invloed zijn op kinderen", (cf. VN-Comité voor de rechten van het kind, Algemeen Commentaar nr. 5 (2003), Algemene maatregelen ter uitvoering van het Verdrag inzake de rechten van het kind, 27 november 2003, CRC/GC/2003/par. 12). «

De specifieke individuele context van elk kind dient in overweging genomen te worden bij het beoordelen van het belang van het kind in kwestie.

"5. The full application of the concept of the child's best interests requires the development of a rightsbased approach, engaging all actors, to secure the holistic physical, psychological, moral and spiritual integrity of the child and promote his or her human dignity."

Vrije kantoorvertaling

"5. De volledige toepassing van het concept van het belang van het kind vereist de ontwikkeling van een op rechten gebaseerde aanpak, waarbij alle actoren worden betrokken, om de holistische fysieke, psychologische, morele en spirituele integriteit van het kind te waarborgen en zijn of haar menselijke waardigheid te bevorderen".

Een holistische beoordeling die rekening houdt met de ontwikkeling en integriteit van het kind dringt zich op.

"6. The Committee underlines that the child's best interests is a threefold concept: RvV X Pagina 5 (a) A substantive right: (...) (b) A fundamental interpretative legal principle: If a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen. The rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation."

Vrije kantoorvertaling

"6. Het Comité onderstreept dat het belang van het kind een drieledig concept is: RvV X Pagina 5 a) Een inhoudelijk recht: (...) b) Een fundamenteel interpretatief rechtsbeginsel: indien een wettelijke bepaling voor meer dan één interpretatie vatbaar is, moet de interpretatie worden gekozen die het belang van het kind het best dient. De rechten die in het verdrag en de facultatieve protocollen daarbij zijn vastgelegd, vormen het kader voor de uitlegging. «

Het belang van het kind is niet enkel een substantieel recht, maar ook een fundamentele interpretatiewijze van wettelijke bepalingen.

"52. The concept of the child's best interests is complex and its content must be determined on a caseby-case basis. It is through the interpretation and implementation of article 3, paragraph 1, in line with the other provisions of the Convention, that the legislator, judge, administrative, social or educational authority will be able to clarify the concept and make concrete use thereof. Accordingly, the concept of the child's best interests is flexible and adaptable. It should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, Situation and needs. For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child"

Vrije kantoorvertaling

"52. Het concept van het belang van het kind is complex en de inhoud ervan moet geval per geval worden bepaald. Het is door de interpretatie en implementatie van artikel 3, lid 1, in overeenstemming met de andere bepalingen van het Verdrag, dat de wetgever, de rechter, de administratieve, sociale of educatieve autoriteit het begrip kan verduidelijken en er concreet gebruik van kan maken. Het begrip "belang van het kind" is bijgevolg flexibel en aanpasbaar.

Het moet op individuele basis worden aangepast en gedefinieerd, afhankelijk van de specifieke situatie van het betrokken kind of de betrokken kinderen, rekening houdend met hun persoonlijke context, situatie en behoeften. Voor individuele beslissingen moet het belang van het kind worden beoordeeld en bepaald in het licht van de specifieke omstandigheden van het kind in kwestie."

Opnieuw wordt de nood aan een specifieke benadering die rekening houdt met alle relevante omstandigheden van het kind benadrukt.

"42. States must create an environment that respects human dignity and ensures the olistic development of every child. In the assessment and determination of the child's best interests, the State must ensure full respect for his or her inherent right to life, survival and development."

Vrije kantoortaling

"42. Staten moeten een omgeving creëren die de menselijke waardigheid respecteert en de holistische ontwikkeling van elk kind waarborgt. Bij de beoordeling en bepaling van de belangen van het kind moet de staat ervoor zorgen dat zijn of haar inherente recht op leven, overleven en ontwikkeling volledig wordt geëerbiedigd".

Het VN Kinderrechtencomité stelde een niet-exhaustieve lijst op met elementen en omstandigheden waarmee rekening gehouden moet worden o.a. de kwetsbaarheid van een kind, de identiteit van het kind, behouden van relaties.

"50. The Committee considers it useful to draw up a non-exhaustive and nonhierarchical list of elements that could be included in a best-interests assessment by any decision-maker having to determine a child's best interests. The non-exhaustive nature of the elements in the list implies that it is possible to go beyond those and consider other factors relevant in the specific circumstances of the individual child or group of children. All the elements of the list must be taken into consideration and balanced in light of each situation. The list should provide concrete guidance, yet flexibility."

Vrije kantoortaling

"50. Het Comité acht het nuttig om een niet-exhaustieve en niet-hiërarchische lijst op te stellen van elementen die kunnen worden opgenomen in een beoordeling van het belang van het kind door elke besluitvormer die het belang van het kind moet bepalen. Het niet-uitputtende karakter van de elementen in de lijst impliceert dat het mogelijk is om verder te gaan dan deze elementen en rekening te houden met andere factoren die relevant zijn in de specifieke omstandigheden van het individuele kind of de groep van kinderen. Alle elementen van de lijst moeten in aanmerking worden genomen en in het licht van elke situatie worden afgewogen. De lijst moet een concrete maar toch flexibele leidraad zijn. "

Bij het onderzoek naar het belang van het kind moet niet alleen rekening gehouden worden met de specifieke elementen en omstandigheden van het kind op heden maar moet ook naar de toekomst van het kind gekeken worden. Elk beslissing moet rekening houden met de continuïteit en de stabiliteit van het kind op heden en in de toekomst:

"84. In the best-interests assessment, one has to consider that the capacities of the child will evolve. Decision-makers should therefore consider measures that can be revised or adjusted accordingly, instead of making definitive and irreversible decisions. To do this, they should not only assess the physical, emotional, educational and other needs at the specific moment of the decision, but should also consider the possible scenarios of the child's development, and analyse them in the short and long term. In this context, decisions should assess continuity and stability of the child's present and future situation."

Vrije kantoortaling

"84. Bij de beoordeling van de belangenafweging moet men er rekening mee houden dat de capaciteiten van het kind zullen evolueren. Besluitvormers moeten daarom maatregelen overwegen die bijgevolg kunnen worden herzien of aangepast, in plaats van definitieve en onomkeerbare beslissingen te nemen. Daartoe moeten zij niet alleen de fysieke, emotionele, educatieve en andere behoeften op het specifieke moment van de beslissing beoordelen, maar ook rekening houden met de mogelijke scenario's van de ontwikkeling van het kind en deze op korte en lange termijn analyseren. In deze context moeten beslissingen de continuïteit en stabiliteit van de huidige en toekomstige situatie van het kind beoordelen. » Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in. Op geen enkel moment wordt in de bestreden beslissing verwezen naar het belang van het minderjarige kind van verzoeker of wordt er een afweging gemaakt van de verschillende belangen die hier spelen. Uit de argumentatie hierboven kan nochtans opgemaakt worden dat er een onderzoeksplicht bestaat naar en er rekening moet gehouden worden met het hoger belang van het kind.

Cf. het VN-Kinderrechtencomité is het belang van het kind een drievoudig concept (M. MAES, A. WIJNANTS, Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: een nieuwe speler in het vreemdelingenrecht, T.Vreemd. 2016, nr. 1):

Het beginsel houdt niet enkel een materieel recht in voor een kind om zijn belangen (d.i. in wezen het welzijn van het kind) in overweging te zien genomen worden maar is tevens een interpretatief rechtsbeginsel en een procedureregulering. Wat dit laatste betreft, kan het beginsel van het belang van het kind als een onderzoekplicht worden opgevat. Wat dit laatste betreft, kan het beginsel van het belang van het kind als een onderzoekplicht worden opgevat. Telkens wanneer een maatregel (d.i. een beslissing, handeling, gedrag, voorstel, dienst, procedure, een nalatigheid of andere maatregel) wordt

genomen die gevolgen heeft voor een kind, moeten tijdens het besluitvormingsproces nauwgezet de mogelijke negatieve en positieve effecten van een eventuele beslissing op het kind worden onderzocht, zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het kind in een specifiek geval vereisen.

Wanneer de verschillende relevante belangen tegen elkaar worden afgewogen, moeten de belangen van het kind primair in overweging worden genomen. Tijdens de belangenafweging moet op basis van evenredigheid worden nagegaan of andere overwegingen van die aard zijn, bv. inzake migratiecontrole, dat ze toch primeren op de belangen van het kind als een eerste overweging.

Hieruit volgt dat het beginsel van het belang van het kind niet enkel speelt bij het nemen van maatregelen die rechtstreeks betrekking hebben op kinderen. Ook maatregelen die kinderen onrechtstreeks beïnvloeden, vallen onder de werkingssfeer van artikel 3.1. van het VN-Kinderrechtenverdrag en dus bij uitbreiding onder artikel 24 van het Handvest. In andere woorden, van zodra een kind, rechtstreeks of onrechtstreeks, kan worden getroffen door een maatregel dient zijn belang in overweging te worden genomen."

Verwerende partij is bijgevolg verplicht om de mogelijke negatieve en positieve effecten van een eventuele beslissing op de minderjarig zoon van verzoeker te onderzoeken zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het Belgische minderjarige kind van verzoeker in dit specifieke geval vereisen. Dit onderzoek ontbreekt volledig in de bestreden beslissing.

In zijn arrest K.A. (HvJ C-82/16, K.A. e.a. tegen de Belgische staat van 8 mei 2018) merkt het Hof van Justitie op dat (eigen onderlijning):

wanneer de burger van de Unie minderjarig is, bij de beoordeling of van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, in het belang van het kind rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft, en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsbond bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan.

In hetzelfde arrest verklaart het Hof van Justitie voor recht dat artikel 20 VwEU als volgt moet worden uitgelegd dat:

- het zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een dergelijke aanvraag niet in aanmerking wordt genomen op die enkele grond, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen die Unieburger en genoemde derdelander dat de weigering om aan laatstgenoemde een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt onzegd;

■ [...]

- het niet van belang is dat de afhankelijkheidsverhouding waarop de derdelander zich ter ondersteuning van zijn verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging beroept, is ontstaan nadat ten aanzien van hem een inreisverbod was vastgesteld;

■ [...].

-> schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet

Tot slot, luidt artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet als volgt:

"Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. »

Besluit

De verwerende partij maakt zich met de bestreden beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten, ter kennis gebracht aan verzoeker op 27 februari 2020, schuldig aan schending van art. 40ter §2, art. 62 en artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel en van artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van art. 8 EVRM, art. 24 van het Handvest van de Europese Unie en art. 3 van het Kinderrechtenverdrag.

Bijgevolg is dit middel ernstig."

4.2. In de nota met opmerkingen repliceert de verwerende partij als volgt:

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

- artikel 8 EVRM

- artikel 24 van het Handvest betreffende de grondrechten van de grondrechten van de Europese Unie

- artikel 3 van het IVRK

- artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet

De verzoekende partij acht de voormelde rechtsregels geschonden, doordat in de overwegingen van de bestreden beslissing een toetsing aan artikel 8 EVRM ontbreekt.

Vooreerst laat de verweerder gelden dat verzoekende partij niet ernstig kan voorhouden dat de gemachtigde van de Minister van Sociale Zaken, Volksgezondheid, Asiel en Migratie uitdrukkelijk diende te motiveren nopens een mogelijke schending van art. 8 EVRM.

Artikel 8 EVRM bevat immers geen dergelijke motiveringsplicht.

“Verzoeker kan niet worden gevolgd waar hij van mening is dat artikel 8 zou vereisen dat uit de motieven van de bestreden beslissing moet blijken dat de overheid tot een onderzoek van de eventuele schending van artikel 8 EVRM is overgegaan. Het volstaat dat de overheid dit impliciet heeft gedaan. Artikel 8 omvat geen dergelijke motiveringsplicht” (RVV, nr. 8.469, 07.03.2008).

Ook:

“dat artikel 8 van het E.V.R.M. geen volledige formele motiveringsplicht inhoudt maar dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter wel nagaat of de minister niet op kennelijk onredelijke wijze of in strijd met de voorhanden zijnde feitelijke gegevens van de zaak tot zijn beslissing is gekomen; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het bestreden arrest niet op onwettige wijze heeft beslist dat op grond van die gegevens, en omdat andere gegevens slechts nadien werden aangebracht, geen schending van artikel 8 van het E.V.R.M. blijkt; dat het eerste onderdeel van het tweede middel ongegrond is;

Overwegende dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met de voormelde beoordeling niet zijn in artikel 39/2 van de Vreemdelingenwet omschreven annulatiebevoegdheid heeft overschreden; dat de annulatierechter, anders dan de cassatierechter, kennis van de feiten kan nemen om althans een marginale toetsing uit te voeren; dat het tweede onderdeel van het tweede middel ongegrond is;” (Raad van State nr. 205.942 van 29 juni 2010, www.raadvst-consetat.be, onderlijning toegevoegd).

De door verzoekende partij ingeroepen schending van art. 8 EVRM is hoe dan ook weinig ernstig, gelet op het feit dat de bestreden beslissing de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden, zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) betreft.

Het kan immers niet worden ingezien hoe een beslissing die geen beëindiging van een verblijfsrecht, noch een verwijderingsmaatregel inhoudt, een breuk van de gezinsrelaties tot gevolg zou kunnen hebben.

Zie ook:

“Er wordt herhaald dat door een gebrek aan verwijderingsmaatregel een schending van het gezins- en/of privéleven niet aan de orde is en beschouwingen daaromtrent aldus niet dienstig zijn.” (R.v.V. nr. 88 895 van 3 oktober 2012)

Ondergeschikt laat verweerder gelden dat artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

“(…)”

De verweerder laat gelden dat in casu geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM dient te gebeuren. Immers heeft de verzoekende partij voor de eerste keer om toelating verzocht en betreft de bestreden beslissing geen weigering van een voortgezet verblijf.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna afgekort EHRM) is van oordeel dat er geen inmenging is en derhalve geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM dient te gebeuren indien het om een eerste toelating gaat.

In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37).

“Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeien te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM.”

(zie onder andere R.v.V. nr. 71 430 van 7 december 2011)

In casu toont de verzoekende partij niet aan dat zij het voorgehouden gezinsleven niet elders kan leiden. Minstens blijft de verzoekende partij in gebreke om aannemelijk te maken dat een gebeurlijke tijdelijke scheiding van haar Belgisch kind een schending van artikel 8 EVRM zou impliceren.

Dienstig kan in dit kader worden benadrukt dat de verzoekende partij op heden opgesloten is in de gevangenis, omwille van nieuwe zwaarwichtige feiten waarvoor de verzoekende partij maar liefst reeds driemaal eerder werd veroordeeld.

Er kan aldus niet dienstig anders worden vastgesteld dan dat de verzoekende partij op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing geen gezinscel met haar minderjarig kind vormde, dit nog afgezien van het feit dat de bestreden beslissing geen bevel om het grondgebied te verlaten bevat en als dusdanig dan ook geen invloed kan hebben op het gezinsleven van de verzoekende partij in België. Zelfs indien de verzoekende partij gedwongen zou worden om het Belgische grondgebied te verlaten (hetgeen in elk geval niet het gevolg zal zijn van de in casu bestreden beslissing), dan nog moet worden opgemerkt dat nauw contact met de in België verblijvende familieleden zal kunnen worden onderhouden via moderne communicatiekanalen.

Zie ook:

“In casu wijst de verzoeker slechts op het gegeven dat hij ‘inmiddels een duurzame relatie onderhoudt met de Belgische onderdaan mevrouw H.S.D., met wie hij reeds geruime tijd samenwoont’, doch laat hij na concrete hinderpalen aan te voeren voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven met zijn Belgische partner elders.

(...)

De bestreden beslissing verhindert niet dat zijn partner hem bezoekt in het land van herkomst of elders. Verder kunnen moderne communicatietechnologieën de verzoeker in staat stellen om tijdens de scheiding in nauw contact te blijven met zijn partner en de banden met haar verder te onderhouden (EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, M.E. v. Zweden, par. 100)” (R.v.V. nr. 141.063 dd. 16.03.2015)

En ook:

“Voorts werpt de verzoeker in het eerste middelonderdeel op dat de overweging in de bestreden beslissing dat hij “via de zogenaamde ‘sociale media’ tijdens zijn afwezigheid contact kan houden met zijn kind” bezwaarlijk kan gelden ten aanzien van zijn kind, dat pas in april 2017 naar de kleuterschool zal gaan. Hij stelt dat het “moeilijk (valt) in te zien op welke wijze via de zogenaamde ‘sociale media’ nuttige en waardevolle contacten kunnen worden onderhouden met een dergelijk jong kind”. Met een dergelijk algemeen betoog maakt de verzoeker niet aannemelijk dat in de bestreden beslissing op grond van onjuiste feitelijke gegevens of op kennelijk onredelijke wijze wordt overwogen dat er “in deze tijden (...) bovendien afdoende mogelijkheden (zijn) om via sociale media contact te houden tijdens de afwezigheid van meneer”. Hij brengt geen enkel gegeven aan waaruit zou blijken dat hij en zijn kind elkaar (met behulp van zijn partner) via sociale media niet zouden kunnen horen of zien of waaruit blijkt dat dergelijke contacten voor (één van) beiden niet nuttig of waardevol zouden zijn.” (RvV nr. 185.738 dd. 21.04.2017)

Aldus kan de opgeworpen schending van artikel 8 EVRM niet worden aangenomen.

Voorts, en dit geheel ten overvloede merkt de verweerder op dat het EHRM inzake immigratie er bij diverse gelegenheden aan heeft herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43).

Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67).

De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).

Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).

Zie ook:

“Zij heeft haar gezinsleven in België volledig uitgebouwd in illegaal verblijf. Verzoekster kan niet verwachten dat de Belgische Staat in die omstandigheden een positieve verplichting zou hebben om haar toe te laten verder op het grondgebied te verblijven. Het Europees Hof toont zich streng t.a.v. vreemdelingen die tijdens een onregelmatig of precair verblijf een relatie hebben aangegaan of een gezinsleven hebben opgebouwd.” (R.v.V. nr. 135.172 dd. 17.12.2014)

Bovendien werd reeds geoordeeld dat zelfs een tijdelijke verwijdering om reden dat de vreemdeling niet in het bezit is van die documenten geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr. 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.)

De bestreden beslissing houdt geen absoluut verbod in om het Belgisch grondgebied binnen te komen en er te verblijven, de verzoekende partij dient evenwel te voldoen aan de door de Vreemdelingenwet opgelegde binnenkomst- en verblijfsvereisten (zie ook R.v.St. nr.170.806 dd. 04.05.2007, R.v.V. nr. 4.070 dd. 27.11.2007).

“Het bestreden bevel leidt niet noodzakelijk tot een definitieve verwijdering. Het heeft enkel tot gevolg dat verzoeker tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid terug te keren op het ogenblik dat voldaan is aan in de vreemdelingenwet bepaalde vereisten. Het bestreden bevel sluit niet uit dat de verzoeker de opheffing van het hiermee gepaarde inreisverbod vraagt op grond van artikel 74/12 van de vreemdelingenwet en vervolgens een visum aanvraagt met het oog op eventuele gezinshereniging in België.

De tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, verstoort het gezinsleven van de verzoeker niet in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM.” (R.v.V. nr. 150.973 dd. 18.08.2015)

De schending van art. 8 EVRM wordt dan ook niet aannemelijk gemaakt.

Betreffende de vermeende schending van artikel 3 van het Internationaal Verdrag dd. 20.11.1989 voor de Rechten van het Kind, laat verweerder gelden dat dit Verdrag geen directe werking heeft en dat de verzoekende partij zich er derhalve niet met gunstig gevolg kan op beroepen (zie ook R.v.St. nr. 100.509 dd. 31.10.2001).

Immers volstaan de verdragsbepalingen op zichzelf niet om toepasbaar te zijn zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is.

De verdragsbepalingen zijn geen duidelijke en juridisch volledige bepalingen die de verdragspartijen hetzij een onthoudingsplicht hetzij een plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, oplegt. Aan het Verdrag dient derhalve een directe werking te worden ontegd.

In de mate dat de verzoekende partij voorhoudt dat bij het nemen van de bestreden beslissing rekening diende te worden gehouden met het hoger belang van het minderjarige kind, merkt verweerder op dat de verzoekende partij zich uitsluitend beperkt tot algemeen-theoretische beschouwingen, zonder ook maar enigszins te verduidelijken op welke wijze de bestreden beslissing een negatieve impact zou hebben op het hoger belang van het minderjarige kind.

Integendeel moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij zich zelf kennelijk allerm minst heeft bekommerd om het belang van haar kind, daar waar de verzoekende partij in februari 2020 opnieuw onder aanhoudingsmandaat werd geplaatst omwille van de betrokkenheid bij nieuwe zwaarwichtige strafbare feiten, waarvoor de verzoekende partij reeds driemaal eerder strafrechtelijk werd veroordeeld.

Daar waar de verzoekende partij door haar eigen gedrag opnieuw opgesloten werd in de gevangenis, kan enkel worden benadrukt dat zij het uitsluitend aan zichzelf te wijten heeft dat het gezinsleven met haar minderjarig kind niet verder kan worden beleefd, daar waar de bestreden beslissing hieromtrent als dusdanig geen invloed zou gehad hebben, nu de bestreden beslissing werd genomen zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

Verweerder besluit dat de gemachtigde van de Minister van Sociale Zaken, Volksgezondheid, Asiel en Migratie terecht, in alle redelijkheid, en in het licht van alle aangevoerde stukken en gekende feiten, heeft kunnen oordelen dat de vrijwaring van de openbare orde ter zake moet primeren over het familiale en persoonlijke belang van de betrokkene.

In de mate dat de verzoekende partij nog een schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet aanvoert, benadrukt verweerder tot slot nog dat de bestreden beslissing werd genomen zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

Er kan aldus niet dienstig worden ingezien op welke wijze artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet in casu toepassing zou kunnen vinden, vermits geen verwijderingsmaatregel ten aanzien van de verzoekende partij werd genomen.

Zie naar analogie:

“Het door verzoekster geschonden geachte artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet legt verweerder de verplichting op om bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening te houden met het belang van het kind, met het gezins- en familieleven en met de gezondheidstoestand van de onderdaan van een derde land. De in casu bestreden beslissing is echter geen verwijderingsmaatregel, zodat niet dienstig naar voormelde bepaling kan worden verwezen. Hierbij moet worden benadrukt dat artikel 1, 6° van de Vreemdelingenwet bepaalt dat een beslissing tot verwijdering een beslissing is die de illegaliteit van het verblijf van een vreemdeling vaststelt en een terugkeerverplichting oplegt en dat een dergelijke beslissing duidelijk moet worden onderscheiden van een inreisverbod dat in artikel 1,8° van de Vreemdelingenwet wordt gedefinieerd als een beslissing waarbij de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn wordt verboden, die kan samengaan met een beslissing tot verwijdering. Verzoekster kan dan ook niet worden gevolgd in haar standpunt dat een inreisverbod een verwijderingsmaatregel is.” (R.v.V. nr. 149 151 van 6 juli 2015)

De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Minister geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat diende te worden besloten tot de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden, zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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

Het tweede middel kan evenmin worden aangenomen."

4.3.1. Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955 (hierna: EVRM) luidt als volgt:

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

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

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

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

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat de Raad na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de verwerende partij zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het privé- en familie- en gezinsleven hier te lande, en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

4.3.2. Het waarborgen van een recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven, veronderstelt het bestaan van een privé- en/of familie- en gezinsleven, dat beschermenswaardig is onder artikel 8 van het EVRM.

Dit privé- en/of familie- en gezinsleven dient te bestaan op het moment van de bestreden beslissing.

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

Verzoeker wijst op het gezinsleven met zijn minderjarige zoon D.N., die de Belgische nationaliteit heeft en geboren werd in 2019.

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind in principe wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije (GK), § 94). In beginsel ontstaat vanaf de geboorte tussen een minderjarig kind en zijn ouder een natuurlijke band die gelijkstaat met een gezinsleven. Het is daarbij niet noodzakelijk dat het kind binnen een huwelijk of binnen een andere samenlevingsvorm werd geboren. Om het bestaan van een beschermenswaardig 'gezinsleven' vast stellen, is de samenwoning van de ouder met het minderjarig kind niet noodzakelijk; wel moeten factoren aanwezig zijn die maken dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind voldoende standvastig is om *de facto* gezinsbanden te creëren (EHRM 8 januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30). 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). Samenwoning is geen absolute vereiste voor het vaststellen van een gezinsleven tussen ouder en kind (EHRM 21 juli 1988, Berrehab/Nederland, § 21; EHRM 8 januari 2009, nr. 10606/07, Joseph Grant v. Verenigd Koninkrijk, § 30).

Er dient vastgesteld te worden dat het bestuur wel degelijk op de hoogte was van het bestaan van de Belgische minderjarige zoon. De bestreden beslissing vormt immers het antwoord op een aanvraag van verzoeker om gezinshereniging te verkrijgen met zijn Belgische minderjarige zoon. Bovendien is de huidige aanvraag van 2 september 2019 niet de eerste maal dat verzoeker een aanvraag heeft ingediend voor een verblijfskaart (bijlage 19ter) in functie van zijn Belgische minderjarige zoon. Ook op 12 februari 2019 diende verzoeker dergelijke aanvraag in.

In de bestreden beslissing wordt niet ingegaan op de relatie van verzoeker met zijn minderjarige zoon. Er wordt kort gesteld dat verzoeker zich beroept op artikel 40ter van de Vreemdelingenwet om gezinshereniging te verkrijgen als ouder van D.N. die de Belgische nationaliteit bezit, maar er wordt in de rest van de bestreden beslissing niet naar hem verwezen, noch wordt er ingegaan op zijn band en gezinsleven met verzoeker.

De motieven van de bestreden beslissing gaan over het ministerieel terugwijzingsbesluit waaronder verzoeker staat. Er wordt eerst gesteld dat verzoeker niet enkel voldoet aan de voorwaarden van artikel 40ter van de Vreemdelingenwet, maar ook aan het recht tot binnenkomst in België. De verwerende partij wijst erop dat verzoeker tijdelijk van dit recht ontszegd is, nu hij het voorwerp uitmaakt van een ministerieel terugwijzingsbesluit van tien jaar. Hierna wordt ingegaan op waarom verzoeker onder een ministerieel terugwijzingsbesluit staat en welke gevolgen dit ministerieel terugwijzingsbesluit kent.

Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat uit het administratief dossier blijkt dat het ministerieel terugwijzingsbesluit dateert van 26 november 2010 en dat in dit terugwijzingsbesluit niet kon worden ingegaan op het gezinsleven van verzoeker met zijn minderjarige zoon, nu zijn zoon pas in januari 2019 werd geboren.

De gemachtigde van de minister had op het moment van het nemen van de bestreden beslissing kennis van bovenvermelde relevante feiten -omstandigheden aangaande het gezinsleven van verzoeker met zijn Belgische minderjarige zoon- en ook van het feit dat er nog geen afweging kon zijn gebeurd aangaande het gezinsleven en het hoger belang van het kind in het ministerieel terugwijzingsbesluit van 26 november 2010. De Raad kan niet anders dan vaststellen dat uit de motieven van de bestreden beslissing nergens of uit de stukken van het administratief dossier enige afweging of enig onderzoek blijkt naar deze relevante feiten en omstandigheden in het licht van artikel 8 van het EVRM. Er blijkt niet dat de gemachtigde van de minister bij het nemen van de bestreden beslissing rekening heeft gehouden met de specifieke feitelijke situatie van verzoeker waarvan hij kennis had, hoewel het gezinsleven van verzoeker met zijn zoon als dusdanig niet wordt betwist.

De Raad betwist niet dat het feit dat verzoeker onder een ministerieel besluit tot terugwijzing staat en hij achteraf opnieuw onder aanhoudingsmandaat werd geplaatst op 4 februari 2020 voor valsheid in geschrifte, het gebruik van valse stukken, bendevoering en menshandel, zeer zwaarwichtige elementen zijn. Een belangenafweging veronderstelt echter dat alle relevante elementen, en dus ook diegene die betrekking hebben op het gezinsleven van verzoeker en het hoger belang van het kind, in de weegschaal worden gelegd. Dit is in de voorliggende zaak niet op voldoende zorgvuldige wijze gebeurd.

De Raad verwijst hierbij ten overvloede nog naar het arrest K.A. tegen de Belgische Staat van 8 mei 2018, C-82/16 – arrest waar verzoeker in zijn verzoekschrift ook op wijst - waarin het Hof in § 104 heeft

gesteld: “Artikel 5 van richtlijn 2008/115 verzet zich bijgevolg ertegen dat een lidstaat een terugkeerbesluit vaststelt zonder rekening te houden met de relevante aspecten van het familie- en gezinsleven van de betrokken derdelander die deze, zij het ter ondersteuning van een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging, heeft aangevoerd om zich tegen de vaststelling van een dergelijk besluit te verzetten, ook al is tegen die derdelander reeds een met een inreisverbod gepaard gaand terugkeerbesluit uitgevaardigd.” Dit arrest had betrekking op personen die onder een inreisverbod staan en niet onder een ministerieel besluit tot terugwijzing, maar beide soorten maatregelen houden analoge gevolgen in (GwH 24 oktober 2019, nr. 151/2019, B.5).

4.3.3. In de mate dat artikel 8 van het EVRM een concrete beoordeling en billijke afweging vereist van alle relevante feiten en omstandigheden, is deze bepaling geschonden (EHRM 11 juli 2000, *Ciliz/Nederland*, § 66; EHRM 10 juli 2014, *Mugenzi/Frankrijk*, § 46; EHRM 10 juli 2014, *Tanda-Muzinga/Frankrijk*, § 68). Deze schending leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Bijgevolg dienen de overige onderdelen van het middel en het eerste middel niet besproken te worden.

4.3.4. Het verweer in de nota met opmerkingen doet geen afbreuk aan het voorgaande.

De verwerende partij voert aan dat niet kan worden ingezien hoe een beslissing die geen beëindiging van een verblijfsrecht noch een verwijderingsmaatregel inhoudt een breuk van de gezinsrelaties tot gevolg zou kunnen hebben. De verwerende partij verwijst in dit verband ook naar 's Raads arrest met nummer 88 895 van 3 oktober 2012.

De Raad wijst erop dat op de verdragsluitende staten de verplichting rust om bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te onderzoeken in het kader van een billijke belangenafweging conform artikel 8 van het EVRM (EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 54).

Waar de verwerende partij nog verwijst naar 's Raads arrest met nummer 88 895 van 3 oktober 2012 wordt opgemerkt dat in de continentale rechtstraditie vonnissen en arresten geen precedentenwaarde hebben.

De verwerende partij werpt verder op dat verzoeker niet heeft aangetoond dat hij zijn voorgehouden gezinsleven niet elders kan leiden. In de nota werpt de verwerende partij op dat verzoeker niet aannemelijk maakt dat een tijdelijke scheiding van zijn Belgisch kind een schending van artikel 8 van het EVRM zou impliceren, waarbij wordt benadrukt dat verzoeker op heden opgesloten is in de gevangenis omwille van nieuwe zwaarwichtige feiten waarvoor hij reeds driemaal werd veroordeeld. De verwerende partij benadrukt daarnaast dat verzoeker contact kan onderhouden met zijn familieleden in België via moderne communicatiekanalen. Deze motieven zijn *a posteriori*, ze kunnen niet in de bestreden beslissing worden gelezen en kunnen de gebrekkige motivering van de bestreden beslissing niet verhelpen.

Waar verweerder in de nota nog verwijst naar de stelling dat artikel 8 van het EVRM een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet niet in de weg staat en daarbij verwijst naar oude rechtspraak van de Raad van State, moet opgemerkt worden dat ondertussen wordt aangenomen dat artikel 8 van het EVRM primeert op de Vreemdelingenwet. De Raad van State stelde reeds in zijn arrest nr. 210.029 van 22 december 2010: “Overwegende dat artikel 8 van het E.V.R.M. niet van openbare orde is doch als hogere norm boven de Vreemdelingenwet staat; dat de algemene stelling in het bestreden arrest dat een “rechtmatige” toepassing van de Vreemdelingenwet geen schending van artikel 8 van het E.V.R.M. kan uitmaken, niet volstaat.”

5. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 27 februari 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) wordt vernietigd.

Artikel 2

De kosten van het beroep, begroot op 186 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op negentien augustus tweeduizend twintig door:

mevr. A. DE SMET,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

A. DE SMET