

Arrest

nr. 272 190 van 2 mei 2022
in de zaak RvV X / IX

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat B. VRIJENS
Kortrijksesteenweg 641
9000 GENT

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Ghanese nationaliteit te zijn, op 21 december 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 19 november 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

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 23 december 2021 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 31 januari 2022, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 24 februari 2022.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. WIJNANTS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. KIWAKANA, die *loco* advocaat B. VRIJENS 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

Op 1 oktober 2019 diende verzoeker een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie met het oog op de gezinshereniging met zijn minderjarige zoon, die de Spaanse nationaliteit heeft en in België verblijft. Deze aanvraag resulteerde in een beslissing van 24 maart 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. Het

beroep dat verzoeker tegen deze beslissing indiende bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) werd verworpen bij arrest nr. 240 480 van 3 september 2020.

Op 21 mei 2021 diende verzoeker een gelijkaardige aanvraag in. Deze resulteerde opnieuw in een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de bestreden beslissing, die luidt als volgt:

"In uitvoering van artikel 52, §4, 5de 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 21/05/2021 werd ingediend door:

Naam: A.
Voorna(a)m(en): K.B.
Nationaliteit: Ghana
[...]

om de volgende reden geweigerd:

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 voor 4de keer de gezinshereniging aan in functie van zijn minderjarig kind, de genaamde A. Y.O. van Spaanse nationaliteit [...], in toepassing van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980.

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 stelt dat 'als familie van de burger van de Unie worden beschouwd: (...) de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, §4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.

Betrokkene woont momenteel niet samen met zijn kind en staat niet in voor de opvoeding en de verzorging van zijn kind. De referentiepersoon is namelijk, samen met zijn broer, sedert 29/08/2018 tot heden geplaatst door de jeugdrechter in een centrum voor Integrale jeugd en gezinszorg [...] te Gent. Voorheen woonde de kinderen samen met betrokkene en de moeder, de genaamde K.L.B.. De kinderen zijn geplaatst omdat ze zich bevonden in een verontrustende opvoedingssituatie. Deze plaatsing is gebeurd in het belang van de kinderen net om hun lichamelijke en geestelijke ontwikkeling te beschermen. In die zijn de kinderen momenteel in betere handen dan bij de ouders.

Betrokkene heeft dus niet het bewaarrecht over de kinderen en heeft de kinderen ook niet ten laste. Het is de staat die deze rollen heeft overgenomen.

Alle bewijzen die worden voorgelegd, namelijk foto's van occasionele bezoeken van betrokkene aan de kinderen in de instelling, tickets van bioscoopbezoeken, aankooptickets van kleding en schoenwinkels, de bewijzen van een tewerkstelling van betrokkene, de verslagen van de orthopedagoge van de instelling duiden wel degelijk dat betrokkene een band aan het opbouwen is met zijn kinderen maar zijn niet voldoende om op basis hiervan hem een afgeleid verblijfsrecht toe te staan. Immers de staat heeft een beschermende maatregel uitgesproken ten aanzien van de kinderen, die wij niet zomaar kunnen negeren. Betrokkene een afgeleid verblijfsrecht geven door te stellen dat er een afhankelijkheidsrelatie is met zijn kind, zou niet juist zijn. Betrokkene is niet de voornaamste zorgdrager voor zijn kinderen en het is net in het belang van de kinderen, die trouwens amper 6 en 8 jaar zijn, om hen aan beschermende leefomgeving aan te bieden wat hun emotionele en lichamelijke ontwikkeling ten goede zal komen. Dat de vader hierbij een belangrijke rol speelt, valt niet te ontkennen, maar is niet allesomvattend.

Bovendien is het verontrustend dat er in de Algemene nationale gegevensbank van de geïntegreerde politie recente pv's op naam van betrokkene zijn teruggevonden, namelijk [...] voor weerspannigheid; [...] voor opzettelijke salen en verwondingen; [...] voor opzettelijke slagenen/of verwondingen. Het is dus mogelijk dat betrokkene hiervoor nog wordt veroordeeld.

Gezien het bovenstaande wordt het verblijfsrecht in toepassing van artikel 40 bis geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

De Dienst Vreemdelingenzaken wenst de aandacht erop te vestigen dat de te vervullen voorwaarden van de gezinshereniging cumulatief zijn. Aangezien minstens één van deze voorwaarden niet vervuld is, wordt uw aanvraag van verblijf geweigerd. De Dienst Vreemdelingenzaken heeft de andere voorwaarden niet volledig onderzocht. Deze beslissing belet de Dienst Vreemdelingenzaken dus niet om bij de indiening van een nieuwe aanvraag van verblijf deze andere voorwaarden na te gaan of over te gaan tot een onderzoek of analyse die zij nodig acht. De Dienst Vreemdelingenzaken raadt aan het dossier grondig na te kijken vooraleer een nieuwe aanvraag in te dienen.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Het eerste middel wordt als volgt uiteengezet:

“Schending van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15 december 1980, schending van artikel 50, §2, 6° Vreemdelingenbesluit, schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen, schending van de algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht

2.1.1.

Dat conform artikel 40bis §2, eerste lid, 5° Vw. als familielid van een Unieburger worden beschouwd, de vader of de moeder van een minderjarige Unieburger, voor zover de minderjarige te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 4° Vw. stelt dat het familielid het bewijs moet leveren dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind te voorzien, evenals een ziektekostenverzekering.

Dat overeenkomstig artikel 50, §2, 6°, van het Vreemdelingenbesluit bij de aanvraag gezinshereniging of ten laatste binnen de drie maanden na de aanvraag volgende documenten dienen te worden overgemaakt :

6° familielid bedoeld in artikel 40bis, van de wet:

- a) de officiële documenten of elk ander bewijs waarmee op geldige wijze de band van bloed- of aanverwantschap of van partnerschap, bedoeld in artikel 44, 2e lid, kan worden vastgesteld;
- b) elk ander document waarmee op geldige wijze kan worden vastgesteld dat hij de andere voorwaarden, die zijn voorgeschreven bij artikel 40bis, § 2 en § 4, van de wet, die op hem van toepassing zijn, vervult; (...).”

Dat verzoeker bijgevolg aan de hand van elk welkdanig document mag aantonen dat zijn zoon ten laste is van hem, hij over voldoende bestaansmiddelen en het hoederecht beschikt.

Dat verzoeker diverse stukken heeft voorgelegd waaruit blijkt dat hij tewerkgesteld is en inkomsten genereert, waarmee hij zijn 6-jarig zoontje kan onderhouden.

Dat dan ook niet kan betwist worden dat verzoeker over voldoende inkomsten beschikt, evenals een ziekteverzekering en hij zijn zoontje ten laste heeft/kan hebben, zodat aan vrijwel alle voorwaarden van artikel 40bis §2, eerste lid, 5° Vw. voldaan is.

Dat verweerder dit ook niet betwist.

2.1.2.

Verweerder werpt thans evenwel op dat verzoeker niet het bewaarrecht over zijn zoontje zou hebben en hij zijn kinderen ook niet ten laste zou hebben, nu deze rollen door de overheid werden overgenomen, aangezien de kinderen in een instelling werden geplaatst.

De door verzoeker voorgelegde bewijzen, nl. foto's van bezoeken aan de kinderen, tickets van bioscoopbezoeken, aankoopbewijzen van kledij en schoenen, speelgoed, de verslagen van de orthopedagoge van de instelling, zouden volgens verweerder aantonen dat verzoeker een band aan het opbouwen is met zijn kinderen, maar zouden niet voldoende zijn om op basis hiervan een afgeleid verblijfsrecht aan hem toe te staan.

Aangezien zijn kinderen in een instelling verblijven, zou verzoeker immers niet hun voornaamste zorgdrager zijn. Verzoeker zou wel een belangrijke rol spelen, maar deze zou niet allesomvattend zijn.

Dat verweerder door een dergelijke motivering dan ook voorwaarden toevoegt aan de wet die hierin niet werden opgenomen, meer bepaald dat verzoeker de voornaamste zorgdrager dient te zijn en deze rol allesomvattend zou moeten zijn.

De artikelen 40bis §2, eerste lid, 4° en 5° Vw. stellen immers als voorwaarden voor gezinshereniging met een minderjarige Unieburger :

- ouder zijn van de minderjarige
- over het hoederecht beschikken
- de minderjarige moet ten laste zijn van de ouder
- de ouder moet over voldoende bestaansmiddelen beschikken om in zijn eigen behoeften en dat van zijn kind te kunnen voorzien
- de ouder moet over een ziektekostenverzekering beschikken

Dat verzoeker de vader is van zijn zoon en hierdoor automatisch het ouderlijk gezag heeft over zijn kind.

Het feit dat Y. in een instelling verblijft, ontheft verzoeker niet automatisch van zijn recht van ouderlijk gezag over het kind. In geen enkel vonnis werd verzoeker ooit ontzet uit zijn ouderlijk gezag.

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° Vw. bepaalt dat de ouder van de minderjarige Unieburger 'daadwerkelijk over het hoederecht moet beschikken'.

De term 'hoederecht' is evenwel een verouderde term die vóór de wetwijziging van 1994 gebruikt werd en thans aangeduid wordt met de term 'ouderlijk gezag'.

Wat artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° Vw. bedoelt met de bepaling dat de ouder over het hoederecht moet beschikken, is dan ook niet duidelijk.

Alleszins kan er niet zomaar vanuit gegaan worden dat verzoeker niet over het 'hoederecht over zijn zoon' zou beschikken omdat het kind in een instelling verblijft.

In het Jeugdrecht wordt een kind soms opgevoed door een andere persoon dan zijn eigen ouders, zoals door een stiefouder, pleegouder of andere volwassene of in een instelling die daartoe is aangesteld.

Deze opvoedingsverantwoordelijke oefenen niet het ouderlijk gezag uit over de minderjarige en hebben dus ook niet dezelfde rechten en plichten als ouders (zie 'De rechten van kinderen in de integrale jeugdhulp', <http://de-rechten-van-kinderen-in-de-integrale-jeugdhulp.pdf> (rechtspositie.be)).

De instelling waarin verzoekers kinderen verblijven is dan ook de opvoedingsverantwoordelijke, doch heeft geenszins het ouderlijk gezag over de kinderen, dat nog steeds bij verzoeker en de moeder van de kinderen ligt.

Verzoeker beschikt dan ook wel degelijk over het 'hoederecht', zoals bedoeld in artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° Vw.

Geenszins bepaalt dit wetsartikel dat de ouder de 'allesomvattende voornaamste zorgdrager' zou moeten zijn, zoals wel door verweerder verwacht wordt.

De aanvraag van verzoeker wordt immers geweigerd omdat hij niet het 'bewaarrecht' over de kinderen heeft en hij niet de voornaamste zorgdrager zou zijn.

Dat ouderlijk gezag en bewaarrecht echter twee verschillende begrippen zijn en het hoederecht geenszins kan gelijkgesteld worden met 'bewaarrecht'. Dat van zorgdrager al evenmin sprake is in de wet.

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° Vw. stelt immers geenszins als voorwaarde dat de ouder het minderjarig kind in zijn bewaring moet hebben, wel moet hij hoederecht (t.t.z. het ouderlijk gezag) hebben.

Bovendien blijkt uit rechtspraak van het EHRM 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 2011, 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 wanneer een kind in de pleegzorg wordt opgenomen (EHRM, 27 juni 1996, Johansen/Noorwegen, §52).

Ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft reeds geoordeeld in een gelijkaardig dossier dat

“uit de door verzoeker neergelegde stukken blijkt dat verzoeker ook door de begeleiders van de jeugdinstelling waar zijn zoon verblijft, wordt beschouwd als de vader. 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 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” (RvV, 23 oktober 2019, nr. 227.796).

Dat verzoeker dan ook genoegzaam heeft aangetoond dat hij over het 'hoederecht' van zijn zoon beschikt, de instelling waar zijn zoon verblijft verzoeker erkent in zijn vaderrol, verzoeker meermaals per week op bezoek gaat bij zijn zoontje in de stelling en verzoeker en affectieve band heeft met zijn kind.

Dat de bestreden beslissing dan ook voorwaarden toevoegt die door de Vreemdelingenwet niet worden gesteld en hierdoor een schending inhoudt van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° Vw en de motiveringsplicht.

2.1.3.

Dat verzoeker een verklaring heeft voorgelegd van de instelling waar Y. verblijft en waaruit blijkt dat hij driemaal per week zijn kinderen bezoekt – zoals opgelegd door de jeugdrechter – doch indien verzoeker zou mogen, hij dagelijks bij zijn kinderen op bezoek zou komen.

Verzoeker is zowel betrokken bij de medische opvolging van Y., die aan epilepsie lijdt, als bij de school, hygiënische en persoonlijke opvolging van de kinderen en hun vrijetijdsbesteding. Op zondag gaan de kinderen immers voetballen en dit alles wordt volledig betaald door verzoeker (inschrijvingsgeld, kledij, schoenen) en tevens brengt hij hen en blijft hij kijken tijdens trainingen en wedstrijden.

De instelling omschrijft de rol van verzoeker dan ook als volgt :

“Op deze manier vervult K. een onvervangbare rol als vader voor zijn beide kinderen. Welke zich ook vertaalt in de gezonde hechting van beide kinderen naar de vader toe.

(...) K. neemt ook hygiënische en persoonlijke opvolging van de kinderen op zich, zoals kappersafspraken en aankoop van kledij en schoenen.

(...) Vader is aanspreekbaar en flexibel. Hij is aanwezig op zijn afspraken en legt een grote zorg aan de dag wanneer er in gesprek gegaan wordt. K. draagt zijn verantwoordelijkheidsgevoel naar de kinderen met trots, welke wij aanmoedigen en ondersteunen” (stuk 2).

Meer nog, de instelling spreekt zich zeer duidelijk uit omtrent het feit dat gezinshereniging iedereen ten goede zou komen en zeker de kinderen, die nu mee de dupe zijn van het feit dat verzoeker niet over een verblijfsrecht beschikt.

De instelling ziet veel meer ontwikkelings- en ontplooiingskansen voor de kinderen en het gezin binnen een uitbreiding in een eigen huisvesting en vraagt aandacht om het verblijfstatuut van verzoeker grondig te onderzoeken met het welbevinden van het gezin in het achterhoofd en hoopt op een positief antwoord :

(...) De band tussen vader en de kinderen is enorm hecht, al merken we dat een uitbreiding binnen eigen context en verblijf dit enkel nog zou versterken en alle partijen ten goede zou komen met oog op gezinshereniging. Binnen deze situatie zijn de kinderen mee getroffen en dit willen we ten allen tijde vermijden.

We zien meer ontwikkelings- en ontplooiingskansen voor de kinderen en het gezin binnen een uitbreiding in een eigen huisvesting.

Wij willen dan ook vragen de aanvraag tot het verblijfstatuut van K. zeer grondig te nemen en het welbevinden van dit jonge gezin in het achterhoofd te houden en hopen op een positief antwoord hierin" (stuk 2).

Enerzijds ontkracht dit de motivatie van verweerder dat verzoeker niet de voornaamste zorgdrager voor zijn zoon zou zijn en anderzijds blijkt hieruit duidelijk dat de kinderen wél bij verzoeker op bezoek zouden mogen komen en in de toekomst zelfs opnieuw bij verzoeker zouden mogen verblijven, indien verzoeker over een verblijfsrecht beschikt.

Omwille van het feit dat verzoeker geen verblijfsrecht heeft, kan hij zelf geen eigen woning huren en verblijft hij afwisselend bij vrienden, waardoor de kinderen niet op bezoek kunnen/mogen komen.

M.a.w. niet alleen verzoeker, doch ook de kinderen zijn volgens de instelling de dupe van het feit dat de gezinshereniging steeds geweigerd wordt aan verzoeker!

Bovendien wordt in deze verklaringen ook bevestigd dat verzoeker wel degelijk de kinderen ten laste heeft, nu hij zowel instaat voor de medische, hygiënische en persoonlijke opvolging van de kinderen en tevens voor de buitenschoolse activiteiten en hij hiervoor alle kosten draagt.

Waar de voorgelegde aankoopbewijzen volgens verweerder niet voldoende zouden zijn om het ten laste zijn te bewijzen, quod non, kan niet omheen deze verklaring van het Centrum voor Integrale Jeugd-en gezinszorg [...] gegaan worden.

Dat verzoeker dan ook aan alle voorwaarden voldoet om gezinshereniging met zijn zoontje te kunnen uitoefenen.

Dat de bestreden beslissing dan ook een schending behelst van artikel 40bis §2, eerste lid, 5° Vw. en artikel 50, §2, 6° Vreemdelingenbesluit en tevens foutief en gebrekkig gemotiveerd is, zodat er tevens sprake is van een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en het motiveringsbeginsel.

De bestreden beslissing dient dan ook vernietigd te worden.

2.1.4.

Dat de voorgelegde verklaringen van de instelling waarin verzoekers kinderen verblijven ook aan verweerder werden voorgelegd en verweerder hieruit dus zelf kon opmaken dat verzoeker het 'hoederecht' heeft over zijn zoon en het kind ook ten laste is van hem.

Dat verweerder het dossier van verzoeker dan ook niet op een zorgvuldige wijze onderzocht heeft en geen rekening heeft gehouden met alle gegevens en elementen van het dossier, die nochtans door verweerder genoegzaam gekend waren. Dat er dan ook sprake is van een schending van de zorgvuldigheidsplicht.

In die zin kan verwezen worden naar de zorgvuldigheidsplicht waarbij dit beginsel van behoorlijk bestuur de overheid de verplichting oplegt haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 22 maart 2010, nr. 202.182, RvS 21 september 2009, nr. 196.247; RvS 2 februari 2007, nr. 167 411; RvS 14 februari 2006, nr. 154 954).

Een zorgvuldige voorbereiding van de beslissing impliceert dat deze beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De

zorgvuldigheid verplicht de overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 maart 2013, nr. 222.953, RvS 28 juni 2012, nr. 220.053).

Dat de beginselen van behoorlijk bestuur – en meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel – impliceren dat de Dienst Vreemdelingenzaken bij het nemen van een bepaalde beslissing, niet alleen relevante feiten correct en volledig moet vaststellen, waarderen en interpreteren, maar zich ook van alle relevante gegevens op de hoogte moet stellen (BOUCKAERT, S., Documentloze vreemdelingen, Maklu, Antwerpen, 2007, p. 161).

Dat er sprake is van een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur en meer bepaald de zorgvuldigheidsplicht, evenals een kennelijke beoordelingsfout, zodat de bestreden beslissing dient vernietigd te worden.

2.1.5.

Tenslotte merkt de bestreden beslissing op dat het verontrustend zou zijn dat er in de Algemene nationale gegevensbank van de geïntegreerde politie recente PV's op naam van verzoeker zouden teruggevonden zijn en dit inzake weerspanning en opzettelijke slagen en verwondingen en het mogelijk is dat verzoeker hiervoor nog wordt veroordeeld.

Dat verzoeker zich voorafgaandelijk de vraag stelt of verweerder wel de bevoegdheid heeft om inzage te krijgen in de Algemene Nationale Gegevensbank van de geïntegreerde politie en of dit geen schending uitmaakt van verzoekers privacy, temeer er geen veroordelingen worden voorgelegd.

Dat deze PV's bovendien kaderen in een dispuut met zijn ex-partner en dus met een korreltje zout dienen genomen te worden.

Aangezien verweerder geen veroordelingen vaststelt, is het perfect mogelijk dat deze PV's zonder gevolg zullen worden geklasseerd.

Verzoeker is dan ook onschuldig tot het tegendeel werd bewezen.

Bovendien vormen dergelijke PV's geen belemmering om de gezinshereniging van verzoeker met zijn zoon toe te laten. Nergens blijkt immers uit dat verzoeker een gevaar zou uitmaken voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

Ook verweerder maakt geenszins gewag van een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid, zodat deze opmerking dan ook volkomen irrelevant is in het kader van de gezinsherenigingsaanvraag van verzoeker.

Dat de bestreden beslissing dan ook geenszins correct gemotiveerd is en een schending inhoudt van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en de motiveringsplicht."

2.1.1. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een "afdoende" wijze. Het begrip afdoende impliceert dat de opgelegde motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genomen beslissing (RvS 6 september 2002, nr. 110.071; RvS 21 juni 2004, nr. 132.710). De motivering moet in dit opzicht dus draagkrachtig zijn, hetgeen wil zeggen dat de motivering voldoende duidelijk, juist, niet tegenstrijdig, pertinent, concreet, precies en volledig moet zijn (RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654). De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583, Staelens; RvS 11 december 2015, nr. 233.222).

Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad niet bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de totstandkoming van de bestreden beslissing is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet op kennelijk onredelijke wijze tot haar besluit is gekomen (RvS 7 november 2001, nr. 101.624).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen. (RvS 28 juni 2018, nr. 241.985, ROELS)

De bestreden beslissing is genomen naar aanleiding van de aanvraag tot gezinshereniging op grond van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° 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). Dit artikel bepaalt:

“Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd:

[...]

5° de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.”

In de mate dat verzoeker erop wijst op dat de term “hoederecht” verouderd is, zodat het niet duidelijk is wat in artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet wordt bedoeld met het bepaalde dat de ouder over het hoederecht moet beschikken, en hij er tegelijk van uitgaat dat het hoederecht moet worden gelijkgesteld met het ouderlijk gezag, stelt de Raad het volgende vast:

In de voorbereidende werken (Parl. St., Kamer, 2013-2014, DOC 53 3239/001 17) kan aangaande artikel 40bis, §2, eerste lid, 5°, van de Vreemdelingenwet het volgende gelezen worden:

“Artikel 16 wil de les van het Hof van Justitie, die getrokken werd uit het arrest van 19 oktober 2004 betreffende de zaak Zu en Chen (C-200/02), in het Belgisch recht bekrachtigen. In het kader van latere zaken werd trouwens meermaals aan deze les herinnerd (zie met name arrest van 8 november 2012, lida, C-40/11, In zijn “Chen”-arrest heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat artikel 18 EG (nu artikel 21 VWEU) en de richtlijn 90/364 betreffende het verblijfsrecht aan de minderjarige onderdaan van een lidstaat die gedekt is door een passende ziektekostenverzekering en die ten laste komt van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat genoemde minderjarige ten laste komt van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst, een recht om voor onbepaalde duur op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven verlenen. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven. Bijgevolg moeten de lidstaten de ouder die een onderdaan van een derde staat is en wiens kind zich in een dergelijke situatie bevindt toestaan om met zijn kind op hun grondgebied te verblijven. Het doel is het nuttig effect van de rechten die verbonden zijn met het Europees burgerschap van het minderjarig kind te garanderen, in het bijzonder het recht op vrij verkeer waarvan hij krachtens artikel 21 van het VWEU geniet (zie arrest “Zu en Chen”, punten 45 en 46). In de praktijk werd de verblijfssituatie van deze ouder tot op heden vanuit de invalshoek van de artikelen 9 en 9bis van de wet geregeld, krachtens de discretionaire bevoegdheid waarover de administratieve overheid principieel beschikt. Voortaan zullen de vader of de moeder van een minderjarige burger die zich in een situatie zoals die in de zaak “Zu en Chen” bevindt een beroep kunnen doen op een recht op verblijf, op basis van artikel 40bis van de wet”.

Hieruit blijkt dat het de bedoeling is van de wetgever om de situatie te regelen van de ouder-derdelander van een minderjarige Unieburger die zich in een situatie bevindt zoals die in de zaak Zhu en Chen, en dat naar dit arrest moet worden teruggegrepen om na te gaan hoe het begrip “hoederecht” in het licht van de toepasselijke bepaling moet worden ingevuld.

Het Hof van Justitie stelde in het voormelde arrest het volgende:

“45. Indien daarentegen de ouder, onderdaan van een lidstaat of een derde staat, die daadwerkelijk zorgt voor een kind waaraan artikel 18 EG en richtlijn 90/364 een verblijfsrecht toekennen, niet werd toegestaan met dit kind in de lidstaat van ontvangst te verblijven, zou zulks het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect ontnemen. Het is immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst kan wonen (zie mutatis mutandis met betrekking tot artikel 12 van verordening nr. 1612/68, arrest Baumbast en R, reeds aangehaald, punten 71-75).” (HvJ 19 oktober 2014, C-200/02, Zhu en Chen, pt. 45)

Uit het voorgaande blijkt dat de wetgever, waar hij gebruik heeft gemaakt van de term “hoederecht”, heeft gedoeld op de ouder die de daadwerkelijke zorg voor het kind draagt. Verzoekers verwijzing naar het feit dat hij nog steeds het ouderlijke gezag heeft, volstaat in die optiek niet om aannemelijk te maken dat hij voldoet aan de bepalingen van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet.

De verwerende partij is in essentie van oordeel dat niet is voldaan aan de wettelijke voorwaarden omdat verzoeker niet het bewaarrecht heeft over zijn zoon en hem ook niet ten laste heeft; de staat heeft deze rollen overgenomen, zo stelt de verwerende partij, nu het kind samen met zijn broer door de jeugdrechter in een centrum voor integrale jeugd- en gezinszorg werd geplaatst omwille van een verontrustende opvoedingssituatie. Zij wijst er verder op dat, gelet op deze beschermende maatregel, het verlenen van een afgeleid verblijfsrecht aan verzoeker niet juist zou zijn, nu hij weliswaar een belangrijke rol speelt wat betreft de ontwikkeling van de kinderen maar dat die rol niet allesomvattend is en hij niet de voornaamste zorgdrager is.

Verzoeker stelt daar tegenover dat uit artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet niet blijkt dat hij de “allesomvattende voornaamste zorgdrager” moet zijn.

In dit verband wijst de Raad erop dat het Hof van Justitie in het arrest van 13 september 2016 in herinnering heeft gebracht dat *“de eventuele rechten die de Unierechtelijke bepalingen inzake het Unieburgerschap aan derdelanders verlenen, geen eigen rechten zijn, maar rechten die zijn afgeleid uit de uitoefening van het recht van vrij verkeer en verblijf door een Unieburger (zie in die zin arresten van 8 mei 2013, Ymeraga e.a., C 87/12, EU:C:2013:291, punt 35; 10 oktober 2013, Alokpa en Moudoulou, C 86/12, EU:C:2013:645, punt 22, en 12 maart 2014, O. en B., C 456/12, EU:C:2014:135, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Een afgeleid verblijfsrecht ten behoeve van een derdelander bestaat in beginsel dus alleen wanneer dat recht noodzakelijk is ter verzekering dat een Unieburger zijn rechten om vrij te reizen en te verblijven in de Unie, doeltreffend kan uitoefenen.”* (HvJ, 13 september 2016, C-165/14, Rendón Marín, pt. 36)

In de door de verwerende partij geschetste omstandigheden toont verzoeker niet aan dat de verwerende partij voorwaarden toevoegt aan de wettelijke bepalingen of kennelijk onredelijk of onzorgvuldig oordeelt door te stellen dat hij niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 40bis, §2, 5° van de Vreemdelingenwet zodat hem geen afgeleid verblijfsrecht kan worden toegestaan. Verzoekers argument dat hij over voldoende inkomsten beschikt en een ziekteverzekering heeft doet aan het hiervoor gestelde geen afbreuk. Zoals de verwerende partij in de bestreden beslissing terecht stelt, zijn de te vervullen voorwaarden van de gezinshereniging cumulatief, en volstaat de vaststelling dat minstens één van deze voorwaarden niet vervuld is om de aanvraag te weigeren.

Verzoeker verwijst naar de vaderrol die hij daadwerkelijk heeft opgenomen, en die door de verwerende partij niet wordt betwist, ook niet in de bestreden beslissing. Echter, uit niets, ook niet uit de brieven van de instelling waar het kind van verzoeker verblijft, blijkt dat zijn niet-betwiste betrokkenheid als vader op korte termijn ervoor zou zorgen dat de jeugdrechter de plaatsing van de kinderen niet langer noodzakelijk zou achten om hun lichamelijke en geestelijke ontwikkeling te beschermen. In die context acht de Raad de verwijzing in de bestreden beslissing naar de processen-verbaal die werden opgesteld voor weerspanning, en slagen en verwondingen wel degelijk relevant. Verzoeker tracht één en ander te relativeren door te verwijzen naar het feit dat de pv's kaderen in een dispuut met zijn ex-partner, maar precies omwille van het feit dat de kinderen zijn geplaatst om reden van een verontrustende opvoedingssituatie, toont hij niet aan dat het kennelijk onredelijk is van de verwerende partij om hiernaar te verwijzen. In de mate dat hij zich de vraag stelt of de verwerende partij wel de bevoegdheid heeft om inzage te krijgen in de Algemene Nationale Gegevensbank van de geïntegreerde nationale politie, komt het aan hem, en niet aan de Raad toe, om hierover een middel te ontwikkelen dat de vermeende

onwettigheid hiervan aankaart. Voorts moet worden vastgesteld dat verzoeker het bestaan van de bedoelde pv's niet betwist. Waar hij verwijst naar het vermoeden van onschuld omdat hij nog niet is veroordeeld, wijst de Raad erop dat dit vermoeden een fundamenteel beginsel uit het strafrecht is, dat betrekking heeft op de bewijslast in het kader van de strafvervolgning. De bestreden beslissing is geen maatregel van strafrechtelijke aard maar wel een administratieve rechtshandeling en dus kan verzoeker de schending van dit beginsel niet dienstig opwerpen. Het vermoeden van onschuld belet dus niet dat het bestuur op grond van een eigen onderzoek een standpunt inneemt over feiten die nog niet tot een strafrechtelijke veroordeling hebben geleid en op basis hiervan een beslissing neemt inzake de verblijfsrechtelijke situatie van een vreemdeling (RvS 28 juni 2004, nr. 133.173; RvS 14 juli 2008, nr. 185.388; RvS 11 juni 2015, nr. 231.531). Overigens moet er nog op worden gewezen dat verzoeker niet ernstig kan beweren dat het perfect mogelijk is dat deze pv's zonder gevolg zullen worden geklasseerd. De verwerende partij verwijst in haar nota naar een correctioneel vonnis van 8 oktober 2021 waaruit blijkt dat verzoeker inmiddels na verzet werd veroordeeld voor de feiten uit één van de drie aangehaalde pv's, met name het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen aan de moeder van de kinderen en waarin wordt gesteld dat uit de aard van de feiten een verstoord normbesef blijkt en een gebrek aan respect voor andermans fysieke en mentale integriteit in het bijzonder ten aanzien van de moeder van zijn kinderen. De Raad stelt vast dat dit vonnis, dat zich in het administratief dossier bevindt, pas ter kennis werd gebracht van de verwerende partij op 29 november 2021, enkele dagen na het nemen van de bestreden beslissing op 19 november 2021. De verwerende partij kon hier dus niet dienstig naar verwijzen omdat zij zelf niet op de hoogte was van deze veroordeling op het moment dat zij haar beslissing nam. Verder kan in dat kader er nog op worden gewezen dat de brieven van de instelling waar het kind van verzoeker verblijft, niet gedateerd zijn en niet blijkt of er met dit gegeven rekening werd gehouden.

Verzoekers argument dat de pv's niet relevant zijn voor de gezinsherenigingsaanvraag, en dat de verwerende partij geen gewag maakt van het feit dat hij een gevaar zou zijn voor de openbare orde doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststellingen.

Wat tot slot de verwijzing betreft naar het arrest nr. 227 796 van de Raad van 23 oktober 2019, moet erop worden gewezen dat in dit arrest werd geoordeeld over een bevel om het grondgebied te verlaten, niet over diens aanvraag voor een verblijfsrecht, zoals in casu het geval is. Aan verzoeker werd geen bevel om het grondgebied te verlaten opgelegd, zodat de verwijzing naar dit arrest alleen al om die reden niet relevant is.

Het eerste middel is niet gegrond.

2.2. Het tweede middel luidt als volgt:

"2.2. Tweede middel : schending van artikel 22 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, artikel 24.2 van het Handvest van de grondrechten van de Unie

2.2.1.

Dat artikel 22 G.W. voorziet in een recht op eerbieding van het privéleven en overeenkomstig artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens eenieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij 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.

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 (EHRM, 13 februari 2001, Ezzoudhi/Frankrijk, §25; EHRM, 31 oktober 2002, Yildiz/Oostenrijk, §34; EHRM, 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, §21).

Wanneer een risico van schending van het respect voor het privé- en familieleven wordt aangevoerd, moet in de eerste plaats nagekeken worden of er een familieleven bestaat in de zin van het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens, vooraleer te onderzoeken of hierop een inbreuk werd gepleegd door de bestreden beslissing.

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

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./Finland, §150).

Dat overeenkomstig de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het begrip privéleven een brede term is en het mogelijk is, noch noodzakelijk om er een exhaustieve definitie van te geven (EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, §29). De beoordeling of er sprake kan zijn van een familie- en gezinsleven of van een privéleven of van beiden, is dan ook een feitenkwestie.

Verzoeker is de vader van een Spaanse minderjarige Unieburger, die momenteel tijdelijk geplaatst is in een instelling voor bijzondere jeugdzorg, doch gaat wekelijks meerdere malen op bezoek bij zijn zoontje. Dat uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat de gezinsband tussen een ouder en zijn kind volgt uit het feit van de geboorte zelf en dus wordt verondersteld te bestaan (EHRM, 28 november 1996, Ahmut/Nederland, §60; EHRM, 2 november 2010, Serif Yigit/Turkije, §94). Enkel in zeer

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 2011, Sen/Nederland, §28).

In casu zijn geen dergelijke uitzonderlijke omstandigheden aanwezig en blijkt integendeel uit de verklaring van de directie van de instelling waar Y. verblijft dat verzoeker meerdere malen per week zijn kind gaat bezoeken. Dat er in casu dan ook sprake is van een gezin.

2.2.2.

Dat de volgende vraag die zich stelt is of er sprake is van een inmenging in het privé- en/of familieleven.

Gezien het in casu een eerste toelating tot verblijf betreft, geschiedt er geen toetsing aan de hand van het 2e lid van artikel 8 EVRM. In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op het 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 een 'fair balance'-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees/United Kingdom, §37).

Tevens dient rekening gehouden te worden met het feit dat enerzijds artikel 8 EVRM voorziet in waarborgen en niet met louter goede wil of praktische regelingen (EHRM, 5 februari 2002, Conka/België, §83) en anderzijds dat artikel 8 EVRM primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (RvS, 22 december 2010, nr. 210.029), zodat het de taak is 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.

In dit onderzoek schiet verweerder schromelijk tekort.

Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid 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 herkomst, 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.

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

Vooreerst is de Spaanse moeder van Y. geenszins van plan om in Ghana te gaan wonen met haar kinderen, een beslissing die bovendien geenszins door de jeugdrechter die zich bezighoudt met het

dossier van verzoekers zoontje, zou worden goedgekeurd. Een gezinsleven tussen vader en zoon in Ghana is dan ook onmogelijk.

Voorts is het volkomen onrealistisch om te veronderstellen dat Y. , die amper zes jaar oud is, alleen zijn vader in Ghana zou kunnen gaan bezoeken, los van het feit dat ook hier weer een instemming van de jeugdrechter noodzakelijk is.

Door de jonge leeftijd van Y. is het al evenmin evident om via moderne communicatiemiddelen met elkaar in contact te blijven. Het kind kan immers nog onvoldoende schrijven om eventuele mails of berichten naar verzoeker te versturen en zal telkens de bijstand nodig hebben van een volwassene om met verzoeker te kunnen bellen/whatsappen,... Tenslotte laat de internetverbinding in Ghana vaak te wensen over, zodat op het ogenblik dat de eventuele begeleider van Yesuah samen met hem wil bellen met verzoeker, er mogelijks geen internet beschikbaar is in Ghana.

Bovendien biedt communicatie via internet geenszins dezelfde warmte en geborgenheid die cruciaal zijn voor de ontwikkeling van kinderen en welke verzoeker thans wel heeft door zijn meerdere bezoeken per week aan de instelling waar zijn zoon verblijft.

Het voorzetten van een gezinsleven tussen verzoeker en zijn zoon is dan ook onmogelijk wanneer verzoeker in Ghana zou verblijven.

Tenslotte heeft het feit dat verzoeker geen verblijfsvergunning heeft in België ook een invloed op het verblijf van Yesuah in een instelling. Van zodra verzoeker over een verblijfsrecht beschikt, zal de jeugdrechterbank een verblijf van het kind bij verzoeker overwegen, iets wat thans niet mogelijk is wegens zijn illegaal verblijf.

Dit blijkt ook duidelijk uit het schrijven van het Centrum voor Integrale Jeugd- en Gezinszorg [...]:

(...) De band tussen vader en de kinderen is enorm hecht, al merken we dat een uitbreiding binnen eigen context en verblijf dit enkel nog zou versterken en alle partijen ten goede zou komen met oog op gezinshereniging. Binnen deze situatie zijn de kinderen mee getroffen en dit willen we ten allen tijde vermijden.

We zien meer ontwikkelings- en ontplooiingskansen voor de kinderen en het gezin binnen een uitbreiding in een eigen huisvesting.

Wij willen dan ook vragen de aanvraag tot het verblijfsstatuut van K. zeer grondig te nemen en het welbevinden van dit jonge gezin in het achterhoofd te houden en hopen op een positief antwoord hierin" (stuk 2).

Dat verzoeker een zeer hechte en emotionele band heeft met zijn zoontje, dat hij wekelijks meerdere malen bezoekt, verzoeker het hoederecht heeft over zijn kind en hij tevens aan het werk is, over een ziekteverzekering en over voldoende bestaansmiddelen beschikt, zodat uit een fair balance toets blijkt dat er geen gegronde redenen zijn om de gezinshereniging te weigeren.

Dat de bestreden beslissing dan ook een schending inhoudt van artikel 8 EVRM.

Dat bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat artikel 8 EVRM primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (cf. RvSt., 22 december 2010, nr. 210.029), zodat de bestreden beslissing dient vernietigd te worden.

De bestreden beslissing dient dan ook vernietigd te worden.

Dat overigens uit niets blijkt dat de bestreden beslissing ook effectief rekening heeft gehouden met het hoger belang van het kind. Verweerder onderzocht immers enkel de situatie van verzoeker zelf, doch hield geen enkele rekening met zijn minderjarig kind, dat evenzeer erg getroffen wordt door de bestreden beslissing.

Dat tevens artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie geschonden wordt. 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 toebedeeld”.

In casu is artikel 24 van het Handvest van toepassing, dat gebaseerd is op het VN Kinderrechtenverdrag (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 het 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 aangewezen om artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag nader te bekijken :

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

Het VN Kinderrechtencomité verduidelijkt omtrent artikel 3 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 sociale 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” (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 Kinderrechtenverdrag niet enkel van toepassing is op maatregelen die genomen worden betreffende kinderen, doch ook maatregelen die kinderen onrechtstreeks beïnvloeden (zoals in casu de bestreden beslissing), vallen onder de werkingssfeer van artikel 3.1. van het Kinderrechtenverdrag.

In casu werd geen enkel onderzoek gevoerd naar de gevolgen van de scheiding van het kind van zijn vader, de impact hiervan op het hoger belang en het welzijn van het 6-jarig kind dat in een instelling verblijft en die over onvoldoende maturiteit beschikt is om te beseffen waarom zijn vader België zou verlaten, het gebrek aan mogelijkheden voor de zoon om verzoeker te bezoeken in Ghana, enz...

Dat de bestreden beslissing dan ook dient vernietigd te worden.”

2.2.1. Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezinsleven is niet absoluut. Inzake immigratie heeft het EHRM er in beide voormelde gevallen en bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 115; EHRM 24 juni 2014, Ukaj/Zwitserland, § 27). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 43). De verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun verdragsverplichtingen, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen te controleren (EHRM 26 juni 2012, Kurić en a./Slovenië (GK), § 355; zie ook EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). De staat is aldus gemachtigd om de voorwaarden voor de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen vast te leggen.

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

In casu betreft het geen weigering van voortgezet verblijf, zodat een toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM niet aan de orde is. Er moet eerder onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied te laten komen of verblijven zodat hij zijn gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105). Dit geschiedt aan de hand van een 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van de vreemdeling en diens familie, enerzijds, en die van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang. (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 106-107).

De Raad stelt in eerste instantie vast dat het gezinsleven tussen verzoeker en zijn zoon niet wordt betwist. Waar hij er evenwel doorheen zijn betoog van uit gaat dat hij ingevolge de bestreden beslissing naar zijn herkomstland zal moeten terugkeren en dat hij daardoor zal worden gescheiden van zijn kind, moet erop worden gewezen dat de bestreden beslissing geen verwijderingsmaatregel in zich draagt en niet tot gevolg heeft dat hij van zijn minderjarige zoon wordt gescheiden. Het gezinsleven in de vorm zoals het nu bestaat, wordt derhalve niet daadwerkelijk verbroken.

Verzoeker verwijst nog naar het hoger belang van het kind, zoals dat is vooropgesteld in artikel 24 van het Handvest en artikel 3.1 van het Internationaal Kinderrechtenverdrag, en betoogt dat het feit dat hij geen verblijfsvergunning krijgt in België een invloed heeft op het verblijf van zijn zoontje in de instelling, in die zin dat van zodra hij over een verblijfsrecht beschikt de jeugdrechter een verblijf van het kind bij verzoeker zal overwegen, wat thans niet het geval is omwille van zijn illegaal verblijf. Dit blijkt ook duidelijk uit het schrijven van de instelling zelf, zo stelt verzoeker, die verwijst naar het stuk 2 bij zijn verzoekschrift.

De Raad acht deze argumentatie volstrekt hypothetisch, zelfs gelet op het schrijven van de instelling. Immers, er kan niet aan worden voorbijgegaan dat het kind van verzoeker, samen met zijn broer, is geplaatst omwille van een verontrustende opvoedingssituatie, om hun lichamelijke en geestelijke ontwikkeling te beschermen, en inmiddels heeft verzoeker het voorwerp uitgemaakt van een paar processen-verbaal én werd hij veroordeeld bij vonnis van 8 oktober 2021 na verzet voor het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen aan de moeder van zijn kinderen waarbij, zoals reeds in het kader van het eerste middel werd vastgesteld, erop werd gewezen dat uit de feiten een verstoord normbesef blijkt en een gebrek aan respect voor andermans fysieke en mentale integriteit. Aangezien de brieven van de instelling die verzoeker voorlegt niet gedateerd zijn, is niet aangetoond dat met dit gegeven rekening werd gehouden en welke impact het zou hebben op de oordeelsvorming inzake de

verdere nood aan bescherming van het kind. Zoals reeds gesteld, blijkt uit niets dat de jeugdrechter kortelings een einde zou willen stellen aan de huidige beschermingsmaatregelen.

Dat de verwerende partij in deze omstandigheden de positieve verplichting zou hebben om verzoeker een afgeleid verblijfsrecht te verlenen om het hoger belang van het kind te vrijwaren, is dan ook niet aangetoond. Wat er ook van zij: verzoeker vraagt in wezen een vrijstelling van de wettelijke voorwaarden die verbonden zijn aan zijn vraag tot gezinshereniging. De Raad merkt dienaangaande op dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 2013/121 in punt B.44.3. op het volgende heeft gewezen: *“Artikel 21 van het VWEU (..) het recht van vrij verkeer van de burger van de Unie – en bijgevolg dat van zijn familieleden – echter aan de « beperkingen en voorwaarden die [...] zijn vastgesteld », met name bij de richtlijn 2004/38/EG, die het verblijfsrecht van de burger van de Unie aan verscheidene voorwaarden onderwerpt die inzonderheid ten doel hebben de gezinshereniging te beperken tot de naaste familieleden van de burger van de Unie, de onrechtmatige praktijken te bestrijden en erop toe te zien dat die burger of zijn familieleden geen onredelijke last voor het gastland worden. In de 31ste overweging van de richtlijn 2004/38/EG wordt ten slotte onderstreept dat die laatste « de grondrechten en de fundamentele vrijheden [eerbiedigt] en [...] met name de beginselen in acht [neemt] die zijn neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie », met inbegrip van het recht op menselijke waardigheid en het recht op het familie- en gezinsleven (artikelen 1 en 7 van het Handvest)”*.

Bij de beoordeling van het eerste middel werd al aangetoond dat in de bestreden beslissing werd vastgesteld dat verzoeker niet heeft aangetoond dat hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 40bis,§2, 5° van de Vreemdelingenwet en dat hij er niet in is geslaagd om deze vaststelling als onwettig of ondeugdelijk af te doen. Verzoeker toont, gelet op het voorgaande, dan ook niet aan dat hem alsnog, bij wijze van positieve verplichting, een verblijfsrecht zou moeten worden verleend op grond van de aanwezigheid van zijn Spaans kind in België.

Een schending van artikel 8 van het EVRM wordt niet aangetoond, net zomin als een miskenning van het hoger belang van het kind uit hoofde van artikel 24.2 van het Handvest of artikel 3.1 van het Internationaal Kinderrechtenverdrag. Verzoeker toont verder niet aan dat en licht niet toe waarom artikel 22 van de Grondwet een andere beoordeling zou behoeven.

2.2.2. Een schending van de aangehaalde bepalingen wordt niet aannemelijk gemaakt. Het tweede middel is niet gegrond.

3. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Artikel 2

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op twee mei tweeduizend tweeëntwintig door:

mevr. A. WIJNANTS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

A. WIJNANTS