



Arrest

nr. 303 468 van 20 maart 2024
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat P. ROELS
Graanmarkt 17
9300 AALST

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Tunesische nationaliteit te zijn, op 24 mei 2023 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 10 mei 2023 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

Gezien titel *Ibis*, 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 25 mei 2023 met referentnummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gezien de synthesesemorie.

Gelet op de beschikking van 12 december 2023, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 31 januari 2024.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van de verzoekende partij en haar advocaat P. ROELS en van advocaat L. ASSELMAN, 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 16 november 2022 diende verzoeker een aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, meer bepaald in functie van zijn minderjarig Belgisch kind.

Op 10 mei 2023 werd een beslissing genomen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing, gemotiveerd als volgt:

“In uitvoering van artikel 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 16.11.2022 werd ingediend door:

[...]

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 gezinshereniging aan met zijn minderjarig Belgisch kind, de genaamde M.N. (NN. [...]) in toepassing van artikel 40ter, §2, eerste lid, 2° van de wet van 15.12.1980.

Om toepassing te kunnen maken van artikel 40ter, dient betrokkene vooreerst aan de binnenkomstvoorwaarden te voldoen overeenkomstig artikel 3, eerste lid, 5 van de Vreemdelingenwet van 15.12.1980. Het feit dat betrokkene gezinslid is van een burger van de Unie doet geen afbreuk aan dit wetsartikel (arrest van de Raad v State n° 238.596 van 09/08/2016). Betrokkene moet dus toegang hebben tot het grondgebied, er mag geen geldig inreisverbod zijn. Voor zover er wel een geldig inreisverbod is, waarvan de geldigheidsduur niet verstreken is, kan de aanvraag alsnog in aanmerking worden genomen voor zover er sprake zou zijn van een buitengewone afhankelijkheid van de referentiepersoon tegenover de aanvrager. In dat geval is een afgeleid verblijfsrecht gerechtvaardigd ondanks het inreisverbod.

Betrokkene maakt het voorwerp uit van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing dd. 22.06.2012 en betekend aan betrokkene op 26.06.2012, waardoor hem de toegang tot het grondgebied van België wordt verboden voor een periode van 10 jaar.

Overwegende dat een Ministerieel Besluit tot terugwijzing, genomen ten aanzien van een familielid van een burger van de Unie, voor de wijziging van de wet op 24.02.2017 en onder voorwaarde dat het Ministerieel Besluit nog uitwerking had op dat moment, wordt gelijkgesteld met een 'inreisverbod voor het grondgebied van het Rijk' (zie daartoe overeenkomstig het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 151/2019 van 24 oktober 2019), is arrest Ouhrami van toepassing. Dit betekent dat voor zover het Ministerieel Besluit is betekend, maar nooit werd opgevolgd (of opgeheven of geschorst) de looptijd van 10 jaar nog niet is gestart, waardoor de geldigheidsduur nog niet is verstreken (arrest Ouhrami C-225/16 dd. 26.07.2017).

In casu zijn er geen aanwijzingen te vinden dat betrokkene het grondgebied van België voor de gehele termijn van 10 jaar heeft verlaten. Betrokkene werd voor de eerste keer onder escorte gerepatriëerd naar Tunesië (via Italië) op 12.04.2015. Op 27.11.2015 blijkt dat betrokkene reeds opnieuw in België werd aangetroffen bij een vreemdelingencontrole (onder zijn alias M., Sa. °[...].01.1991). Op 23.02.2016 werd betrokkene opgesloten in de gevangenis van Gent. Op 12.11.2016 werd betrokkene vrijgelaten uit de gevangenis van Leuven (hulp) en overgebracht naar het centrum voor Illegalen te Merksplas. Hij diende op 27.12.2016 aldaar een asielaanvraag in, met als doel een beslissing tot verwijdering uit te stellen of te verijdelen. Deze aanvraag werd op 19.01.2017 negatief afgesloten gelet uit de bevindingen kon blijken dat betrokkene er louter op uit was zijn verblijf te verlengen. Na de weigering van de vluchtelingenstatus en de weigering van de subsidiaire bescherming trachtte DVZ meermaals om betrokkene te repatriëren. Een nieuwe poging tot repatriëring voor betrokkene werd voorzien op 30.07.2017, deze werd echter verhinderd door betrokkene omdat hij een tweede asielaanvraag indiende op 26.07.2017, aldus 4 dagen voor zijn voorziene repatriëring. Deze aanvraag werd geweigerd in overweging te nemen op 31.07.2017 gelet er geen nieuwe elementen naar voren werden gebracht die de kans groter maken dat hem de vluchtelingenstatus of subsidiaire bescherming zouden kunnen worden toegekend. Op 29.08.2017 werd betrokkene uiteindelijk opnieuw onder escorte gerepatriëerd naar Tunesië (via Italië). Op 30.07.2018 vroeg betrokkene bij de diplomatieke post te Tunis een visum gezinshereniging (visum type D) aan met zijn minderjarig Belgisch kind, M.N., de referentiepersoon in huidige aanvraag. Deze visumaanvraag werd op 29.01.2019 geweigerd gelet betrokkene nog steeds het voorwerp uitmaakt van het Ministerieel Besluit tot terugwijzing. Op 03.09.2020 werd betrokkene bij een huiszoeking met mandaat opnieuw in België aangetroffen. Op 4.09.2020 werd betrokkene vervolgens opgesloten in de gevangenis van Gent.

Betrokkene werd vrijgesteld op 18.08.2021 uit de gevangenis van Leuven, waarbij hij gevolg diende te geven aan het MB. Betrokkene weigerde ook deze keer een vrijwillig vertrek. Op 7.10.2021 maakt betrokkene opnieuw deel uit van een vreemdelingencontrole. Hij werd zodoende op 8.10.2021 opgesloten in het centrum voor illegalen te Merksplas. De opsluiting van betrokkene werd verlengd tot en met 6.02.2022. Op 8.12.2021 vroeg betrokkene via volmacht gegeven aan zijn toenmalig advocaat een gezinshereniging aan met zijn minderjarig Belgisch kind, de referentiepersoon, dewelke geweigerd werd middels bijlage 20 op 27.12.2021. Op 31.03.2022 diende hij een nieuwe aanvraag gezinshereniging in met dezelfde referentiepersoon, dewelke opnieuw geweigerd werd op 14.06.2022. Betrokkene diende een derde aanvraag gezinshereniging in op 16.11.2022 (dit is de huidige aanvraag).

Gezien de gehele historiek is het redelijk te stellen dat betrokkene het ministerieel besluit voor de gehele termijn van 10 jaar niet heeft opgevolgd.

Betrokkene blijkt aldus nog steeds onder een inreisverbod te staan overeenkomstig bovenvermeld arrest, genomen door de Belgische autoriteiten voor een période van 10 jaar hetwelke nog steeds van kracht is, gezien nergens uit het dossier blijkt dat het werd opgevolgd of opgeheven/geschorst. Betrokkene werd door België ter fine van weigering van toegang gesignaleerd 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.

Uit het administratief dossier blijkt dat betrokkene op 22.06.2017 vader geworden is van een Belgisch kind, met andere woorden na het niet respecteren van het voormelde ministerieel besluit tot terugwijzing dat [gelijkgesteld] wordt met een inreisverbod. Een Belgisch kind geeft betrokkene echter niet automatisch recht op verblijf. Overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018, dient er geoordeeld te worden of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding tussen betrokkene en het kind bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat een afgeleid verblijfsrecht aan betrokkene moet worden toegekend. Het Hof benadrukt in het voornoemde arrest dat het loutere bestaan van een gezinsband tussen een minderjarig kind en zijn ouder die derdelander is, niet kan volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder een afgeleid recht van verblijf toe te kennen. Er dient bij de beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding, in het belang van het kind rekening gehouden te worden met "allé 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 gezinsband bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan." (Arrest van Hof van Justitie, zaak C-82/16 dd. 8.05.2018, punt 76 en conclusie).

Uit het Rijksregister en het dossier kan blijken dat betrokkene nooit officieel samengewoond heeft met de referentiepersoon en zijn partner, M.N. (NN. [...]). Krachtens de bepaling in artikel 40ter, 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet dient betrokkene zijn kind te begeleiden of te vervoegen in België. Naar analogie van vaststaande rechtspraak van de Raad van State moeten de termijn 'begeleiden' of 'vervoegen' worden begrepen in die zin dat er een gezinscel ofwel een daadwerkelijke en effectief beleefde nauwe persoonlijke gezinsband moet bestaan. Daartoe is, een samenwonen strikt genomen niet vereist. Gelet betrokkene nooit officieel heeft samengewoond met zijn kind, moeten we kunnen vaststellen dat er factoren aanwezig zijn die aantonen dat de relatie tussen betrokkene en zijn minderjarig kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren. Om de standvastigheid te beoordelen, dient dan ook gekeken te worden naar factoren zoals bijdragen in de zorg en de opvoeding en het contact met zijn kind. Er dient te worden opgemerkt dat een financiële band met het kind, zoals betrokkene bij huidige aanvraag bewijzen aanlevert van zijn bestaansmiddelen en een verklaring van de moeder dat hij financieel bijdraagt, niet voldoende is opdat sprake is van een effectief beleefde de facto gezinsband.

In deze zin kan worden vastgesteld in het dossier van betrokkene dat hij sinds 12.11.2016 tot en met zijn repatriëring naar Tunesië op 29.08.2017 opgesloten was in het gesloten centrum; dit is dus ook op het moment van de geboorte van zijn kind. Een eerste treffen dat we van betrokkene terug in België hebben is op 3.09.2020. Behoudens korte perioden van bezoeken aan betrokkene in Tunesië van referentiepersoon en zijn partner (cfr. Vliegtickets voorgelegd bij huidige aanvraag in de perioden: terug op 23.10.2017, 02.02.2018 - 19.03.2018, 15.06.2018 – 23.07.2018) wil dit zeggen dat de moeder van het kind, betrokkenes Belgische partner voor het overgrote deel alleen in stond voor het kind. Ook na het opnieuw aantreffen van betrokkene in België wordt hij opnieuw opgesloten in de gevangenis of het gesloten centrum van 4.09.2020 tot 18.08.2021 en van 8.10.2021 tot 6.02.2022. Gezien de langdurige detentie en opsluiting in het gesloten centrum is het redelijk te stellen dat de moeder de grootste zorgdrager is over het kind. Zij heeft voor de continuïteit van het kind gezorgd, in afwezigheid van betrokkene. Bij huidige aanvraag worden verschillende gedateerde foto's voorgelegd, alsook ongedateerde foto's. In combinatie met de opsluitingshistoriek van betrokkene en zijn repatriëring, blijken de gedateerde foto's telkens genomen te zijn wanneer betrokkene vrijgesteld was, dan wel uit de gevangenis, dan wel uit het gesloten centrum, of in Tunesië opnieuw verbleef in het kader van zijn repatriëring. Er zijn geen voorgelegde stukken waaruit kan blijken dat betrokkene ook tijdens zijn verblijf in de gevangenis of het gesloten centrum bezoek kreeg/contact had met zijn partner en kind. Dit geeft de indruk dat het contact met zijn minderjarig kind een discontinuïteit kende, waardoor de relatie van betrokkene met het kind niet gekenmerkt kan worden als standvastig. Opnieuw toont dit aan gegeven aan dat de moeder de grootste zorgdrager is voor het kind.

Uit het dossier kan verder niet blijken dat de moeder niet in staat is om dagdagelijkse emotionele en materiële zorg verder - desgevallend tijdelijk - alleen te dragen. Dat heeft zij immers al geruime tijd, noodgedwongen, moeten doen, behoudens dus de kortstondige periodes van bezoeken in Tunesië of een période van vrijstelling in België (cfr. 18.08.2021 - 7.10.2021). Gezien de verantwoordelijkheid die de moeder steeds voor het kind alleen heeft moeten dragen, mag redelijkerwijze worden aangenomen dat zij steeds de

lichamelijke en of emotionele ontwikkeling van het kind zal beschermen en alles in het werk zal stellen dit te vrijwaren. Dat blijkt inderdaad uit een voorgelegd stuk, waaruit blijkt dat de moeder voor psychologische ondersteuning voor het kind heeft gezorgd.

Wat betreft de leeftijd van het kind, dient opgemerkt te worden dat het geen zuigeling meer is. De referentiepersoon is heden 5 jaar oud. Dat de referentiepersoon geen vaderfiguur in haar leven zou nodig hebben omdat het 5 jaar oud is (bijna 6 jaar oud), willen wij allerm minst beweren. Het gaat er echter over of de aanwezigheid van de vader noodzakelijk is in België opdat, gezien alle omstandigheden waarin het kind verkeert, het kind verder in België kan verblijven. Dat is natuurlijk een ander uitgangspunt. Er is wel degelijk naar ons inschatten een andere ouder in België, die zoals reeds gesteld voldoende verantwoordelijkheidszin aan de dag legt, getuige daarvan de langdurige zorg voor de continuïteit van het kind tijdens de opsluitingsperiodes en verblijf in het buitenland van betrokkene, om het welzijn van het kind in afwezigheid van de vader ter harte te nemen.

Bij huidige aanvraag legt de moeder van het kind een verklaring voor waarin zij stelt dat het kind emotionele problemen ontwikkelde door de afwezigheid van een vaderfiguur, dat het kind bijgevolg nood heeft aan een vaderfiguur en dat het kind heden een positieve invloed ervaart door de aanwezigheid van betrokkene, haar vader. Dat laatste schrijft ook de leerkracht neer in mailverkeer naar de moeder. Er dient echter opgemerkt te worden dat het beweerde verhaal van de moeder en de leerkracht over de situatie van het kind niet wordt onderbouwd door objectieve bewijsstukken, waaruit daadwerkelijk kan blijken dat het kind emotionele moeilijkheden ontwikkelde door de afwezigheid van betrokkene en dat nu, door aanwezigheid van betrokkene, haar welzijn in positieve zin verandert. In de verklaring stelt de moeder zelf een diagnose met betrekking tot haar kind, er wordt geen bewijs geleverd dat dit daadwerkelijk ook zo werd vastgesteld door dokters (in het verleden de nefaste invloed en heden de positieve invloed). Derhalve dienen deze verklaringen als verklaringen op eer te worden beschouwd waarvan het gesolliciteerd karakter niet kan worden uitgesloten. On[zes] inziens is het kind in dit opzicht nog voldoende jong om zich te kunnen aanpassen aan een nieuwe leefomgeving met de nodige ondersteuning van de moeder die een standvastige rol in haar leven opneemt. Gezien de genoemde bevindingen wordt het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan, door ons als laag ingeschat. Uit de verklaringen van de moeder en de leerkracht kan alleszins wel blijken dat het kind voldoende omringd is door personen die in het welzijn van het kind denken en actie daartoe zullen ondernemen. Ook is het redelijk te stellen dat de moeder, door het contact met de leerkracht en de kinderpsychologe, een voldoende omkadering heeft van een netwerk aan vrienden, familie, ondersteuningsdiensten in België om haar bij te staan in de opvoeding van het kind.

Het kind is zoals reeds gesteld intussen 5 jaar oud. Het kind is dus grotendeels in een cruciale période van lichamelijke en of emotionele ontwikkeling opgegroeid zonder de directe nabijheid en rol van haar vader. In die zin lijkt de leeftijd van het kind ons geen bezwaar te vormen voor het nemen van deze beslissing. Betrokkene blijkt sedert februari 2022 niet meer opgesloten te zijn in de gevangenis of in het gesloten centrum. Hij legt ter staving van de affectieve relatie met zijn kind sedertdien enkele gedateerde foto's, alsook ongedateerde foto's voor. Van de ongedateerde foto's kan niet afgeleid worden wanneer precies deze genomen zijn noch in welke context of bij welke gelegenheid. De meest recente gedateerde foto's gaan terug van 19 januari 2022 tot 5 januari 2023. In de période van voorgelegde foto's valt op dat betrokkene zijn kind kennelijk niet elke maand ziet, en in de maanden waarin hij zijn dochter wel ziet, dit slechts eenmalig is (behoudens in juni 2022 2 maal).

Dit doet de indruk rijzen dat betrokkene eerder sporadisch contact heeft met zijn kind, in tegenstelling tot wat de moeder in haar verklaring schrijft dat betrokkene op regelmatige basis uitstappen doet. Zoals reeds gesteld dienen de termen 'begeleiden' of 'vervoegen' wel degelijk begrepen te worden in de zin dat er standvastige factoren aanwezig dienen te zijn om een de facto gezinsband te creëren. Er dient sprake te zijn van effectief beleefde nauwe persoonlijke banden. Op basis van enkele sporadische contacten (1x per maand), in de tijd dat betrokkene sedert februari 2022 niet langer weerhouden werd in een gesloten centrum, kan bezwaarlijk worden gesteld dat de relatie met zijn kind voldoende standvastig is. Het kind woont thans in bij de moeder. Het is dan redelijk te stellen dat eerder de moeder, en niet de betrokkene als vader, een standvastige relatie met het kind heeft. Betrokkene heeft de talrijke bevelen om het grondgebied te verlaten, het ministerieel besluit en de weigeringen tot gezinshereniging niet opgevolgd en gerespecteerd. Zodoende heeft betrokkene in die tijd een affectieve band met zijn kind - doch een band die wordt betwist of althans de standvastigheid ervan - kunnen opbouwen en zodoende een vorm van afhankelijkheid van het kind tegenover de aanwezigheid van betrokkene in België kunnen creëren door telkens opnieuw een aanvraag gezinshereniging in te dienen en het feit te negeren dat hij geen toegang heeft tot het Belgische grondgebied. Het gaat in die zin dus geen vorm van feitelijke afhankelijkheid die bestond voor de eerste maal wanneer hij zich wenste te herenigen met zijn Belgisch kind, maar een zelfgecreëerde vorm door het niet respecteren van bepalingen van de vreemdelingenwet.

Het verblijf van de referentiepersoon en zijn partner komt niet in het gedrang. Zolang het kind vergezeld is van haar moeder, die zoals reeds meerdere malen gesteld steeds een continue rol voor haar opnam, waarmee het kind steeds heeft samengewoond, waardoor ze steeds verzorgd en opgevoed werd, die steeds waakt over het welzijn van het kind en rekening houdend met de leeftijd van het kind, lijkt ons de

aanwezigheid van betrokkene niet noodzakelijk opdat het kind in België kan verblijven en is dus een afgeleid verblijfsrecht niet van toepassing.

Bovendien staat et betrokkene en zijn partner als volwassene vrij een verschillende verblijfsplaats te kiezen en zelfstandig hun (gezins)leven verder uit te bouwen en daarbij op een andere manier goede contacten te onderhouden met elkaar (via klassieke en/of sociale media of via occasionele bezoeken van de referentiepersoon aan betrokkene in het buitenland). Dat is eigen aan grensoverschrijdende relaties. Het kind kan dat wellicht nog niet zelfstandig. Echter is het redelijk te stellen dat de moeder van het kind voldoende behulpzaam zal zijn om het kind contact vanop afstand te laten onderhouden met betrokkene. Tevens sluit niets uit dat betrokkene financieel bijdraagt vanuit het buitenland en zijn partner en het kind, betrokkene er bij gelegenheid gaan bezoeken. Nergens blijken daartoe hinderpalen. Integendeel, dat is wat zij reeds in het verleden gedaan hebben.

De verplichting om het Belgische grondgebied (en bij uitbreiding de Schengenstaten) te verlaten brengt dus enkel een tijdelijke scheiding met zich mee tussen betrokkene en het kind en heeft niet tot gevolg dat het betrokkene definitief onmogelijk wordt gemaakt om in de toekomst een gezinsleven met zijn kind en partner in België of in het buitenland te ontwikkelen. De verplichting heeft slechts als gevolg dat betrokkene voor de termijn van het ministerieel besluit, het Belgisch grondgebied dient te verlaten. Het staat het gezin bovendien vrij zich elders als gezin te vestigen alwaar zij legaal kunnen binnenkomen en verblijven. Het is eigen aan grensoverschrijdende relaties dat één van beide partners zich buiten het land van herkomst bevindt.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat uit niets blijkt dat de naleving van de verplichting voor betrokkene om het Belgisch grondgebied en van de Europese Unie te verlaten teneinde de opheffing of opschorting van het voor betrokkene geldende ministerieel besluit - dat beschouwd kan worden als een inreisverbod - te verzoeken, zijn partner en kind ertoe zou dwingen hem te vergezellen en dus eveneens het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Bijgevolg kan besloten worden dat deze beslissing wel degelijk kan genomen worden.

Om het verblijfsrecht als gezinslid te bekomen dient betrokkene niet enkel te voldoen aan de voorwaarden van artikel 40ter 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 zich bevindt onder artikel 3, alinea 1, 5° van de vreemdelingenwet van 15.12.1980 en als zodanig in illegaal verblijf. Als gevolg hiervan dient betrokkene eveneens gevolg te geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten alsook aan het inreisverbod vervat in het Ministerieel Besluit tot terugwijzing. Betrokkene voldoet 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 Al van betrokkene dient te worden ingetrokken.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Verzoeker voert in zijn synthesesamenvatting een eerste middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

“Eerste middel: schending aan van de artikelen 43 en 74/13 van de vreemdelingenwet (hierna: Vw.), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (hierna: de wet van 29 juli 1991) juncto art. 62 Vw. , van het beginsel van legaliteit in samenhang begrepen met de zorgvuldigheidsbeginsel en van de motiveringsplicht – manifeste beoordelingsfout –overschrijding van macht

Dat verwerende partij in haar weigeringsbeslissing dd. 10.05.2023 stelt:

“Op 23.02.2016 werd betrokkene opgesloten in de gevangenis van Gent. Op 12.11.2016 werd betrokkene vrijgelaten uit de gevangenis van Leuven- hulp en overgebracht naar het centrum voor illegalen te Merksplas.”

Dat daaruit kan worden besloten dat verzoeker in totaal 9 maanden gevangenisstraf heeft uitgezeten voor feiten waarvan de verwerende partij geen veroordelend vonnis voorlegt noch aannemelijk of duidelijk maakt voor welke feiten verzoeker is veroordeeld en waarom feiten die vermoedelijk dateren van 2015 of eerder voldoende zijn om, conform art. 43 Vw. de vestigingsaanvraag vanwege verzoeker te weigeren om redenen van openbare orde. Dat ook in de nota van de verwerende partij daartoe geen bijkomende stukken worden aangeleverd, doch enkel ter motivatie (post factum) wordt opgenomen dat: Verzoeker zou zijn aangetroffen bij een huiszoeking onder mandaat van de onderzoeksrechter waarbij hij werd aangetroffen met een som cash geld van 30.000 EUR. Verwerende partij besluit dat verzoeker een spilfiguur was in de cocaïnehandel.

Dit zijn blote en ongestaafe beweringen, die enkel post factum als motivatie worden aangebracht en waarbij nog steeds het veroordelend vonnis of enige ander vorm van stavende documentatie daarover ontbreekt.

Nogmaals moet gewezen worden op het feit dat een en ander dateert van 2015. Heden zijn er 8 jaren gepasseerd waarin verzoeker geen enkele inbreuk heeft gepleegd op de strafwet. Dat op basis daarvan heden niet langer deugdelijk kan worden besloten dat verzoeker een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor de Belgische openbare orde.

Dat thans komt vast te staan (en dit blijkt bevestigd in de nota van verwerende partij) dat het gehele betoog van verwerende partij is gestoeld op het bestaan van het ministerieel besluit tot terugwijziging van 2012 en dat de gemachtigde op basis daarvan contra legem tot het besluit komt dat verzoeker niet voldoet aan de binnenkomstvereisten en aansluitend niet gerechtigd zou zijn om een vestigingsaanvraag in te dienen. Dat verwerende partij daarbij verwijst naar het artikel 3 van de Vreemdelingenwet in samenhang begrepen met een arrest van de RvS 238.596 van 09.08.2016. Dat na het respectievelijke arrest van de RvS het Europees Hof van Justitie belangrijke verduidelijkingen heeft aangebracht wat betreft voorgaande stelling.

Vooreerst moet daarbij verwezen worden naar het art. 40ter Vw. zelf, hetwelk de voorwaarden bepaalt waaraan moet voldaan zijn om het subjectieve recht om gezinshereniging te verkrijgen. Het art. 40ter Vw. bevat geen verwijzing naar het art. 3 Vw. noch stelt het artikel de voorwaarde dat de kandidaat gezinshereniger niet het voorwerp mag uitmaken van een inreisverbod.

De binnenkomst van de kandidaat gezinshereniger wordt de jure niet geregeld door het art. 3 Vw., docht steunt op het artikel 40ter Vw. juncto art. 43 Vw. zelf. Dat blijkt thans duidelijk uit de bewoordingen van de aanvang van het artikel 43 Vw.: "De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst of het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren" (eigen onderlijning).

Verzoeker wijst in eerste instantie naar het art. 27 van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (Burgerschapsrichtlijn), waarvan art. 43 Vw. de omzetting vormt.

Artikel 27 Algemene beginselen" van voornoemde richtlijn stelt als volgt:

"1. Onverminderd het bepaalde in dit hoofdstuk kunnen de lidstaten de vrijheid van verkeer en verblijf van burgers van de Unie en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, beperken om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Deze redenen mogen niet voor economische doeleinden worden aangevoerd.

2. De om redenen van openbare orde of openbare veiligheid genomen maatregelen moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het gedrag van betrokkene. Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen reden voor deze maatregelen. Het gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen. Motiveringen die los staan van het individuele geval of die verband houden met algemene preventieve redenen mogen niet worden aangevoerd."

Artikel 43 Vw. bepaalt verder dat de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de unie en hun familieleden enkel kan geweigerd worden omwille van:

- valse of misleidende informatie dan wel fraude;*
- om redenen van openbare orde, nationale veiligheid en volksgezondheid.*

Onder paragraaf 2 vervolgt het artikel: Wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing te nemen zoals bedoeld in paragraaf 1, houdt hij rekening met de duur van het verblijf van de burger van de unie of zijn familielid op het grondgebied van het Rijk, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong.

Besloten kan worden dat het bestaan van een inreisverbod niet wordt vermeld in de limitatieve lijst van weigeringsgronden. Om die redenen voegt de gemachtigde zelf een voorwaarde toe aan de procedure van gezinshereniging dewelke zich verzet tegen de ratio legis van de Burgerschapsrichtlijn, alwaar het artikel 43 Vw. de uitvoering van vormt.

Nu een volledig dossier voorligt en er geen redelijke twijfel meer kan zijn of is voldaan aan de voorwaarden voor gezinshereniging (waardoor de verwerende partij terzake ook niet langer beschikt over een discretionaire beoordelingsmarge) komt de gemachtigde alsnog tot een weigeringsbeslissing. Verzoeker valt onder de voorwaarden van de wet en voldoet aan de door de wet vereiste procedurevormen, in dat geval is de gezinshereniging met zijn dochter een afdwingbaar subjectief recht.

In miskennis en met overschrijding van haar bevoegdheid komt verwerende partij nu opnieuw met een negatief antwoord waar zij bijkomende en extralegale voorwaarden eist, nl. het bestaan van een inreisverbod en de afwezigheid van een uitzonderlijke afhankelijkheid, een criterium dat zij meent te distilleren uit de lezing van het arrest KA (HvJ – C-82/16).

a. Wat betreft het ministerieel besluit tot terugwijzing.

Waar verwerende partij kan worden bijgetreden in haar stelling dat verzoeker in de afgelopen tien jaren twee keer werd gerepatriëerd naar Tunesië. Dat als dusdanig de verwerende partij gevolgd kan worden in haar stelling dat de rechtsgevolgen van het 'inreisverbod', conform de lezing van het Grondwettelijk Hof in dat kader, rechtsgeldig kan worden gedistilleerd uit een MB tot terugwijzing dat dateert van voor de wetwijziging in 2017, kan zij niet worden gevolgd waar zij de formele weigering van de meest recente aanvraag conform art. 40ter Vw. afwijst ten gevolge van deze zeer oude beslissing.

Dat als dusdanig mag aangenomen worden dat het aan verzoeker betekende inreisverbod in werking is getreden bij zijn eerste repatriëring in 2015 (12 april 2015). Dit conform het arrest Ouhrami, waar de verwerende partij deugdelijk naar verwijst.

Tevens met worden opgemerkt dat gelet op de evenredigheidstoets die wordt vereist onder het artikel 43 er zich tegen verzet dat een beslissing die dateert van 2012 heden, 11 jaren later aan verzoeker en zijn kind het recht ontzegt om samen te leven op het grondgebied van de Belgische staat. Een en ander is kennelijk disproportioneel.

- Verzoeker brengt fotomateriaal bij waarbij hij aantoont dat hij het gehele leven van N. is betrokken geweest in haar opvoeding.

- Verzoeker draagt financieel bij aan de opvoeding van zijn dochter;

- Verzoeker werkt heden in een ploegenstelsel (Volvo Europa Trucks, Gent); hij ziet zijn dochter elk weekend samen met zijn ex partner mevr. M.

- Daar waar N. het vroeger moeilijk had in de klas en zij neerslachtig kon overkomen, neemt de schooljuf heden duidelijk waar dat de stabiliteit en de rust in de situatie met haar ouders duidelijk een positieve evolutie heeft gehad op haar algemeen welzijn.

- Dat verzoeker na zijn detentie geen nieuwe feiten meer heeft gepleegd, zijn penale boeten afbetaald en hij zich toont als stabiele werkkracht bevestigt daarbij eens meer dat er op geen enkele wijze kan worden volgehouden dat verzoeker op heden nog steeds een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde.

Bijkomend moet worden opgemerkt dat verzoeker reeds twee malen via geijkte procedures heeft verzocht om de opheffing van het inreisverbod ter zijne laste:

- Eenmaal bij zijn visumaanvraag voor de Schengenzone in 2018

- Eenmaal bij gemotiveerd schrijven in 2021 aan DVZ met verzoek tot opheffing van het inreisverbod (9 jaren na de betekening van voornoemd bevel). Een vraag, die hoewel behoorlijk gestoffeerd en zeer redelijk was, zonder enige reactie vanwege de diensten is gebleven.

In dit licht vereist één en ander een redelijke beoordeling, hetgeen verzoeker nu opnieuw wordt ontzegt. Hoe lang kan men deugdelijk een beslissing van 2012 als een zwaar van damocles boven het hoofd houden van dit jong gezin? Hoe ver wilt men de twee betrokken Belgen, moeder en dochter nog laten lijden en hun fundamentele rechten beperken?

In hoeverre is het nog redelijk verantwoord en kan men stellen dat de zorgvuldig handelende overheid zich in deze vermag de vestigingsaanvraag van verzoeker af te wijzen door te wijzen naar een beslissing die dateert van 2012 dewelke werd genomen toen verzoeker een jonge, alleenstaande man was. Hoe lang mag men blind blijven voor de realiteit die zich intussen heeft voltrokken?

Kan men nog deugdelijk vol houden, zonder te moeten besluiten dat drogargumentatie meespeelt dat verzoekers aanwezigheid op het Belgisch grondgebied en in het leven van zijn dochter kan worden geweerd met de enkele reden van de aanwezigheid van een MB uit 2012.

Bovendien komt minstens uit de samenleving van het arrest KA, Ouhami en het meer recente arrest J.Z HvJ minstens enige incoherentie voort wat betreft de rechtsgevolgen en de inwerkingtreding dan wel doorwerking van een inreisverbod (verzoekende partij verwijst hierbij ter volledigheid naar haar inleidend verzoekschrift, waar de betreffende rechtspraak uitvoerig werd geciteerd en alwaar in deze memorie een korte samenvatting van wordt weergegeven).

b. Wat betreft de lezing van het arrest KA:

Verzoeker beroept zich niet op enig afgeleid verblijfsrecht op basis van artikel 20 VWEU. Hij bezit een subjectief recht om op het Belgisch grondgebied herenigd te mogen worden met zijn Belgische minderjarige dochter N. Een recht dat onder de vreemdelingenwet aan voorwaarden is gekoppeld (zie supra).

Het arrest HvJ – KA (C-82/16) behelst de vraag of een lidstaat gerechtigd is om een aanvraag tot gezinshereniging NIET IN AANMERKING te nemen, aldus niet ten gronde te beoordelen, wanneer er ten aanzien van de kandidaat gezinshereniger een nog niet uitgevoerd inreisverbod bestaat. Het Hof oordeelde daarbij dat de Burgerschapsrichtlijn en de Gezinsherenigingsrichtlijn zich verzetten tegen een praktijk waarbij de lidstaat zelf niet overging tot een inhoudelijke beoordeling van de vestigingsaanvraag wanneer zij vast stelde dat er ten aanzien van de verzoeker een inreisverbod bestond.

Het Hof stelt in zijn arrest KA als volgt:

72. De omstandigheid dat de andere ouder, wanneer deze een Unieburger is, echt in staat – en bereid – is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen, vormt een gegeven dat relevant is, maar op zichzelf niet volstaat om te kunnen vaststellen dat er tussen de ouder die een derdelander is en het kind geen sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat het kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan die derdelander een verblijfsrecht werd geweigerd. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie heeft zowel met de ouder die Unieburger is als met de ouder die een derdelander is, alsmede het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder werd gescheiden (arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 71).

80. Voor het overige heeft het Hof reeds in de arresten van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), en 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354), aanvaard dat aan derdelanders die ouders zijn van minderjarige burgers van de Unie die hun recht op vrij verkeer nooit hebben uitgeoefend, een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU toekomt, ook al verbleven die ouders illegaal op het grondgebied van de lidstaat in kwestie toen die burgers van de Unie geboren werden.

81. Uit een en ander volgt dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat 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.

89. Voorts zij eraan herinnerd dat het recht van verblijf in de gastlidstaat dat de derdelander die een familielid van een Unieburger is, aan artikel 20 VWEU ontleent, rechtstreeks uit dit artikel voortvloeit en niet onderstelt dat de derdelander reeds in het bezit is van een andere verblijfstitel voor het grondgebied van de lidstaat in kwestie. Daarbij komt dat het voordeel van dat verblijfsrecht aan die derdelander moet toekomen zodra de afhankelijkheidsverhouding tussen hem en de Unieburger ontstaat, zodat hij vanaf dat moment en zolang die afhankelijkheidsverhouding voortduurt, niet kan worden geacht illegaal op het grondgebied van de lidstaat in kwestie te verblijven in de zin van artikel 3, punt 2, van richtlijn 2008/115.

90. Wat ten tweede de omstandigheid betreft dat het inreisverbod berust op redenen van openbare orde, heeft het Hof reeds geoordeeld dat artikel 20 VWEU niet afdoet aan de mogelijkheid voor de lidstaten om zich te beroepen op een uitzondering in verband met, inzonderheid, de handhaving van de openbare orde of de bescherming van de openbare veiligheid. Aangezien de situatie van verzoekers in de hoofdzaken binnen de werkingsfeer van het Unierecht valt, moet bij de beoordeling van deze situatie evenwel rekening worden gehouden met het recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, zoals geformuleerd in artikel 7 van het Handvest, waarbij dit artikel in voorkomend geval moet worden gelezen in samenhang met de verplichting om het in artikel 24, lid 2, van het Handvest erkende belang van het kind in aanmerking te nemen (zie in die zin arresten van 13 september 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 81, en 13 september 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punt 36).

93. Deze gevolgtrekking mag evenwel niet automatisch, louter op basis van het strafblad van de betrokkene, worden gemaakt. Zij kan in voorkomend geval enkel voortkomen uit een concrete beoordeling van alle

actuele en relevante omstandigheden van het individuele geval, in het licht van het evenredigheidsbeginsel, het belang van het kind en de grondrechten, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert (arresten van 13 september 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 85, en 13 september 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punt 41).

95. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de nationale praktijk die in de hoofdzaken aan de orde is, voor de bevoegde nationale autoriteit geen verplichting inhoudt om een dergelijke concrete beoordeling van alle relevante omstandigheden van het geval te verrichten voordat zij een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging afwijst die in omstandigheden als die in de hoofdzaken is ingediend.

96. Bovendien merkt de verwijzende rechter op dat uit de voor hem bestreden beslissingen niet blijkt dat een dergelijke concrete beoordeling is verricht bij de vaststelling van het met een inreisverbod gepaard gaande terugkeerbesluit dat tegen ieder van verzoekers in de hoofdzaken is uitgevaardigd. Gesteld al dat dit het geval was, is de bevoegde nationale autoriteit in elk geval niet minder verplicht om op het moment waarop zij voornemens is de door de derdelander ingediende verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging af te wijzen, te onderzoeken of de feitelijke omstandigheden zich sinds de vaststelling van het terugkeerbesluit niet zodanig hebben ontwikkeld dat hem niet langer een verblijfsrecht kan worden geweigerd (zie naar analogie arresten van 29 april 2004, *Orfanopoulos en Oliveri*, C-482/01 en C-493/01, EU:C:2004:262, punten 79 en 82, en 11 november 2004, *Cetinkaya*, C-467/02, EU:C:2004:708, punten 45 en 47).

97. Daaruit volgt dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet van belang is dat het inreisverbod dat is uitgevaardigd tegen de derdelander die een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging heeft ingediend, is gerechtvaardigd door het niet voldoen aan een terugkeerverplichting. Wanneer redenen van openbare orde de rechtvaardigingsgrond voor een dergelijke beslissing waren, kunnen deze er alleen toe leiden dat die derdelander een afgeleid verblijfsrecht op grond van dat artikel wordt ontzegd, wanneer uit een concrete beoordeling van alle omstandigheden van het geval in het licht van het evenredigheidsbeginsel, het belang van het eventuele kind of de eventuele kinderen en de grondrechten blijkt dat de betrokkene een werkelijk, actueel en voldoende ernstig gevaar voor de openbare orde vormt.

(eigen benadrukkingen)

Toegepast op de situatie van verzoeker:

- Vastgesteld moet worden dat de situatie van verzoeker sinds [de] uitvaardiging van het MB tot terugwijzing ernstig is veranderd.
- Verzoeker een belangrijke factor is in het leven van zijn dochter en hij ondanks moeilijke omstandigheden (veelal vreemdelingendetentie) de relatie met zijn dochter warm en oprecht is;
- Nu vaststaat dat de duurzame relatie tussen N. en haar papa niet langer op ernstige wijze kan worden betwist en tevens vaststaat dat het kind in kwestie op vandaag slechts 6 jaar oud is; wat haar bijzonder kwetsbaar maakt voor plotse veranderingen en verlieservaringen;
- Nu vaststaat dat verzoeker een constructief bijdragend lid is van onze samenleving en dat hij tijdens de periodes van legaal verblijf steeds heeft gewerkt
- Dat dit werk hem in staat stelt om zijn dochter ook financieel te ondersteunen (dat zijn onderhoudsbijdrage aan mevr. M. sinds april 2023 werd verhoogd tot 350 € op maandbasis;

Vastgesteld moet worden dat de bestreden beslissing geen blijk geeft van dergelijke zorgvuldige belangensoefening.

Dat er sprake is van schending van de motiverings- en de zorgvuldigheidsverplichting. Dat er tevens sprake is van een manifeste beoordelingsfout. Verzoeker meent dat dergelijke beslissing vanwege de administratie blijk geeft van een overschrijding van macht – zij kleurt immers buiten de lijnen van de vreemdelingenwet zelf. Een beslissing die buiten de wettelijke voorschriften is genomen, is ab initio behept met nietigheid. Vastgesteld kan enkel worden dat de gemachtigde, bij het nemen van de bestreden beslissing, tracht de rechtspraak van het Hof van Justitie uit zijn context te halen teneinde het eigen illegitieme standpunt kracht bij te zetten. Dat de zorgvuldigheid en de evenredigheid zich ten stelligste verzetten tegen deze administratieve praktijk, dewelke stringent moet worden gesanctioneerd. Dat uit de nota met opmerkingen vanwege de verwerende partij het tegendeel niet kan blijken, nu deze nota zuiver de motieven van de bestreden beslissing herhaalt. De zorgvuldige werkwijze van de gemachtigde kan niet blijken uit de verdere toelichting die werd voorzien.

Het eerste middel is gegrond.”

2.2. Verzoeker betoogt in het eerste middel dat hij aan alle wettelijke voorwaarden voldoet voor een verblijfskaart van een familielid overeenkomstig artikel 40ter van de vreemdelingenwet. Hij betoogt dat

verweerder bijkomende voorwaarden heeft gesteld die geen steun vinden in de wet. Verzoeker argumenteert dat het feit dat er een inreisverbod tegen hem werd genomen geen rechtsgrond vormt om zijn aanvraag gezinshereniging te weigeren.

In de bestreden beslissing wordt erop gewezen dat verzoeker op 22 juni 2012 het voorwerp uitmaakte van een ministerieel besluit tot terugwijzing waarbij een inreisverbod van tien jaar werd opgelegd. Op 12 april 2015 werd verzoeker onder escorte naar Tunesië repatriëerd. Op 27 november 2015 werd verzoeker door de politie aangetroffen op het grondgebied. Hij werd vervolgens op 29 augustus 2017 onder escorte naar Tunesië repatriëerd. Bij een huiszoeking op 3 september 2020 werd verzoeker opnieuw aangetroffen op het grondgebied. Gelet op deze elementen en gelet op het feit dat het inreisverbod van 22 juni 2012 niet werd ingetrokken of opgeschort, concludeert verweerder dat de gehele termijn van het inreisverbod niet werd opgevolgd. Om het verblijfsrecht op grond van artikel 40ter van de vreemdelingenwet te kunnen genieten, mag er geen inreisverbod gelden ten aanzien van de verzoeker. In tegenstelling tot wat verzoeker lijkt te betogen, wordt zijn aanvraag aldus niet geweigerd om redenen van openbare orde zoals voorzien in artikel 43 van de vreemdelingenwet.

Waar de verzoeker aanvoert dat verweerder een voorwaarde toevoegt aan artikel 40ter van de vreemdelingenwet zonder dat deze steun vindt in de wet, merkt de Raad op dat artikel 1, § 1, 8°, van de vreemdelingenwet het inreisverbod definieert als *“de beslissing die kan samengaan met een beslissing tot verwijdering en waarbij de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van het Rijk of het grondgebied van alle lidstaten, met inbegrip van het grondgebied van het Rijk, voor een bepaalde termijn verboden wordt”*. Dit impliceert dat hem tijdelijk het recht op binnenkomst en verblijf is ontzegd. In het arrest in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018 *“K.A. tegen België”* oordeelde het Hof van Justitie bovendien dat de Terugkeerrichtlijn zich *“niet verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat hij een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging die op zijn grondgebied is ingediend door een derdelander, familielid van een Unieburger die de nationaliteit van die lidstaat bezit en zijn recht op vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, niet in aanmerking neemt op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot het grondgebied is verboden”*.

Het gegeven dat overeenkomstig artikel 43 van de vreemdelingenwet een verblijfsaanvraag geweigerd kan worden in het geval van het gebruik van valse of misleidende informatie of van valse of vervalste documenten of indien er redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid spelen, impliceert niet dat de andere bepalingen van deze wet niet toegepast kunnen worden. Ook het feit dat het inreisverbod in 2012 werd opgelegd, verhindert de toepassing van artikel 1, 8°, van de vreemdelingenwet niet. Verweerder wijst er immers terecht op dat de volledige duur van tien jaar van het inreisverbod niet werd opgevolgd, wat door verzoeker in wezen niet wordt ontkend. In de mate dat verzoeker betoogt dat het inreisverbod van 22 juni 2012 ingetrokken of opgeschort dient te worden, merkt de Raad op dat de weigering tot opheffing of opschorting van het ministerieel besluit tot terugwijzing niet het voorwerp uitmaakt van het onderhavig beroep. Verzoekers betoog is in dit verband dan ook niet dienstig.

Verzoeker kan niet worden gevolgd waar hij betoogt dat er geen valabele rechtsgrond bestaat voor het weigeren van een aanvraag gezinshereniging omwille van een inreisverbod waarvan de duurtijd nog steeds loopt.

2.3. Zoals verweerder in de bestreden beslissing ook erkent, is verzoeker de vader van een minderjarig Belgisch kind. Uit het voormelde arrest *“K.A.”* volgt dat artikel 20 van het VWEU eraan in de weg staat dat een verzoek tot gezinshereniging van een derdelander met een Unieburger wordt afgewezen omwille dat hem de toegang tot het grondgebied is verboden, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen die Unieburger en de derdelander dat de weigering tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten.

Wat betreft de afhankelijkheidsverhouding tussen verzoeker en zijn minderjarige dochter, wordt er in de bestreden beslissing als volgt gemotiveerd:

“Wat betreft de leeftijd van het kind, dient opgemerkt te worden dat het geen zuigeling meer is. De referentiepersoon is heden 5 jaar oud. Dat de referentiepersoon geen vaderfiguur in haar leven zou nodig hebben omdat het 5 jaar oud is (bijna 6 jaar oud), willen wij allerm minst beweren. Het gaat er echter over of de aanwezigheid van de vader noodzakelijk is in België opdat, gezien alle omstandigheden waarin het kind verkeert, het kind verder in België kan verblijven. Dat is natuurlijk een ander uitgangspunt. Er is wel degelijk naar ons inschatten een andere ouder in België, die zoals reeds gesteld voldoende verantwoordelijkheidszin aan de dag legt, getuige daarvan de langdurige zorg voor de continuïteit van het kind tijdens de opsluitingsperiodes en verblijf in het buitenland van betrokkene, om het welzijn van het kind in afwezigheid van de vader ter harte te nemen.

Bij huidige aanvraag legt de moeder van het kind een verklaring voor waarin zij stelt dat het kind emotionele problemen ontwikkelde door de afwezigheid van een vaderfiguur, dat het kind bijgevolg nood heeft aan een vaderfiguur en dat het kind heden een positieve invloed ervaart door de aanwezigheid van betrokkene, haar vader. Dat laatste schrijft ook de leerkracht neer in mailverkeer naar de moeder. Er dient echter opgemerkt te worden dat het beweerde verhaal van de moeder en de leerkracht over de situatie van het kind niet wordt onderbouwd door objectieve bewijsstukken, waaruit daadwerkelijk kan blijken dat het kind emotionele moeilijkheden ontwikkelde door de afwezigheid van betrokkene en dat nu, door aanwezigheid van betrokkene, haar welzijn in positieve zin verandert. In de verklaring stelt de moeder zelf een diagnose met betrekking tot haar kind, er wordt geen bewijs geleverd dat dit daadwerkelijk ook zo werd vastgesteld door dokters (in het verleden de nefaste invloed en heden de positieve invloed). Derhalve dienen deze verklaringen als verklaringen op eer te worden beschouwd waarvan het gesolliciteerd karakter niet kan worden uitgesloten. On[zes] inziens is het kind in dit opzicht nog voldoende jong om zich te kunnen aanpassen aan een nieuwe leefomgeving met de nodige ondersteuning van de moeder die een standvastige rol in haar leven opneemt.

Gezien de genoemde bevindingen wordt het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan, door ons als laag ingeschat. Uit de verklaringen van de moeder en de leerkracht kan alleszins wel blijken dat het kind voldoende omringd is door personen die in het welzijn van het kind denken en actie daartoe zullen ondernemen. Ook is het redelijk te stellen dat de moeder, door het contact met de leerkracht en de kindersychologe, een voldoende omkadering heeft van een netwerk aan vrienden, familie, ondersteuningsdiensten in België om haar bij te staan in de opvoeding van het kind.

Het kind is zoals reeds gesteld intussen 5 jaar oud. Het kind is dus grotendeels in een cruciale periode van lichamelijke en of emotionele ontwikkeling opgegroeid zonder de directe nabijheid en rol van haar vader. In die zin lijkt de leeftijd van het kind ons geen bezwaar te vormen voor het nemen van deze beslissing. Betrokkene blijkt sedert februari 2022 niet meer opgesloten te zijn in de gevangenis of in het gesloten centrum. Hij legt ter staving van de affectieve relatie met zijn kind sedertdien enkele gedateerde foto's, alsook ongedateerde foto's voor. Van de ongedateerde foto's kan niet afgeleid worden wanneer precies deze genomen zijn noch in welke context of bij welke gelegenheid. De meest recente gedateerde foto's gaan terug van 19 januari 2022 tot 5 januari 2023. In de periode van voorgelegde foto's valt op dat betrokkene zijn kind kennelijk niet elke maand ziet, en in de maanden waarin hij zijn dochter wel ziet, dit slechts eenmalig is (behoudens in juni 2022 2 maal). Dit doet de indruk rijzen dat betrokkene eerder sporadisch contact heeft met zijn kind, in tegenstelling tot wat de moeder in haar verklaring schrijft dat betrokkene op regelmatige basis uitstappen doet. Zoals reeds gesteld dienen de termen 'begeleiden' of 'vervoegen' wel degelijk begrepen te worden in de zin dat er standvastige factoren aanwezig dienen te zijn om een de facto gezinsband te creëren. Er dient sprake te zijn van effectief beleefde nauwe persoonlijke banden. Op basis van enkele sporadische contacten (1x per maand), in de tijd dat betrokkene sedert februari 2022 niet langer weerhouden werd in een gesloten centrum, kan bezwaarlijk worden gesteld dat de relatie met zijn kind voldoende standvastig is. Het kind woont thans in bij de moeder. Het is dan redelijk te stellen dat eerder de moeder, en niet de betrokkene als vader, een standvastige relatie met het kind heeft. Betrokkene heeft de talrijke bevelen om het grondgebied te verlaten, het ministerieel besluit en de weigeringen tot gezinshereniging niet opgevolgd en gerespecteerd. Zodoende heeft betrokkene in die tijd een affectieve band met zijn kind - doch een band die wordt betwist of althans de standvastigheid ervan - kunnen opbouwen en zodoende een vorm van afhankelijkheid van het kind tegenover de aanwezigheid van betrokkene in België kunnen creëren door telkens opnieuw een aanvraag gezinshereniging in te dienen en het feit te negeren dat hij geen toegang heeft tot het Belgische grondgebied. Het gaat in die zin dus geen vorm van feitelijke afhankelijkheid die bestond voor de eerste maal wanneer hij zich wenste te herenigen met zijn Belgisch kind, maar een zelfgecreëerde vorm door het niet respecteren van bepalingen van de vreemdelingenwet."

Op basis van de neergelegde stukken oordeelt verweerder dat verzoeker niet samenwoont met zijn kind en dat zij eerder sporadisch contact hebben met elkaar. De verklaringen van de moeder en leerkracht van verzoeksters dochter acht verweerder verklaringen op eer waaruit niet op een objectieve manier blijkt dat verzoeksters dochter effectief emotionele moeilijkheden ontwikkelde door de afwezigheid van haar vader en dat haar welzijn op een positieve manier evolueerde door zijn aanwezigheid. Er kan volgens verweerder in alle redelijkheid worden gesteld dat eerder de moeder een standvastige relatie heeft met het kind en dat zij een voldoende omkadering heeft om verder in te staan voor de opvoeding. Verweerder motiveert dat de dochter van verzoeker voldoende jong is om zich aan te passen aan een nieuwe leefomgeving met de nodige ondersteuning van haar moeder. Verweerder concludeert dat er geen sprake is van een afhankelijkheidsverhouding die als grondslag voor een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 van het VWEU kan dienen.

Verzoeker is het duidelijk niet eens met verweerders beoordeling. Hij betoogt dat hij een belangrijke factor is in het leven van zijn dochter en dat hun band hecht en oprecht is, ondanks de moeilijke omstandigheden. Verzoeker zou zijn dochter elke zondag zien, samen met zijn ex-partner. Verzoeker zou zijn dochter ook

financieel ondersteunen door onderhoudsbijdragen van 350 € per maand te betalen. De duurzame relatie tussen verzoeker en zijn dochter kan volgens verzoeker niet ernstig worden betwist.

In de eerste plaats dient de Raad op te merken dat een gezinsband tussen verzoeker en zijn dochter niet volstaat als rechtvaardiging om aan verzoeker op grond van artikel 20 van het VWEU een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen (HvJ 8 mei 2018, C-82/16, K.A., § 75). Daarnaast weerlegt verzoeker ook niet dat de moeder en dochter een standvastige relatie hebben en dat zijn ex-partner kan instaan voor de opvoeding van hun kind.

Verzoeker wijst erop dat zijn dochter thans zes jaar oud is en derhalve bijzonder kwetsbaar is voor plotse veranderingen en verlieservaringen. Dit betoog wordt echter niet onderbouwd met een begin van bewijs.

Waar verzoeker opnieuw verwijst naar de verklaringen van de moeder en leerkracht van zijn dochter, motiveert verweerder dat dit verklaringen op eer zijn en dat er geen objectieve stukken neerliggen in verband met het emotioneel welzijn van zijn dochter. Verzoeker is het duidelijk niet eens met deze motivering, doch door het tegendeel te betogen maakt hij niet aannemelijk dat deze beoordeling kennelijk onredelijk of onzorgvuldig is.

Daarnaast kan verzoeker verweerder niet ernstig verwijten geen rekening te hebben gehouden met elementen die hij thans pas voor het eerst aanvoert in het kader van het onderhavige beroep. Zo blijkt niet dat verzoeker in zijn aanvraag gezinshereniging vermeldde dat hij onderhoudsbijdragen betaalt en zijn dochter elke zondag ziet. Verzoeker legt ook enkele foto's neer die hij schijnbaar niet neerlegde voor het nemen van de bestreden beslissing. Voor zover verzoeker op deze elementen een antwoord wenst, herinnert de Raad eraan dat hij voor een beoordeling van de aanvraag zich niet in de plaats mag 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 beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

Met zijn betoog toont verzoeker niet aan dat er sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat de weigeringsbeslissing tot gevolg heeft dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten. Een schending van artikel 40^{ter} van de vreemdelingenwet wordt niet aannemelijk gemaakt.

Het eerste middel is niet gegrond.

2.4. Verzoeker voert een tweede middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

"Tweede middel: Schending van artikel 8 van het EVRM (en het art. 7 Handvest van de grondrechten EU) en het art. 9 van het internationaal verdrag betreffende de rechten van het kind (IVRK) in samenhang begrepen met art. 22bis van de gecoördineerde grondwet 1994 – schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel

Art. 8 van het E.V.R.M. bepaalt: " 1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de Wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen".

Het recht op een gezins- en privéleven, dat geput kan worden uit artikel 8 van het EVRM sluit niet uit dat de overheid, gelet op het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, zich in het gezins- en privéleven mengt op voorwaarde dat dit gebeurt via een maatregel die voorzien is bij de wet, dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving en dat een legitiem doel wordt nagestreefd. Dat volgens artikel 8 EVRM de bestreden maatregel noodzakelijk is op voorwaarde dat deze pertinent en proportioneel is.

Dat wanneer een risico van schending van het respect voor het privé- en familieleven wordt aangevoerd, in de eerste plaats moet 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.

Dat wat het bestaan van een familie- en gezinsleven betreft, vooreerst moet 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.

Dat de volgende vraag die zich stelt is of er sprake is van een inmenging in het privé- en/of familieleven. In casu dient een eventuele schending van artikel 8 EVRM beoordeeld te worden aan de hand van het feit of er voor de overheid een positieve verplichting bestaat om het recht op het privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen. 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 schending van artikel 8 EVRM (EHRM 17 oktober 1986 Rees/The United Kingdom, §37). Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens 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" (billijke afweging) 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.

Dat verzoeker zowel de biologische als juridische vader is van N. Dat een gezinsleven als dusdanig wordt vermoed door het bestaan van de afstammingsrelatie. Er ontstaat tussen kind en ouder vanaf de geboorte een band die gelijkstaat met een beschermenswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM en dit enkel en alleen door het feit van de geboorte (cf. EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije (GK), § 94). Het staat aldus buiten kijf dat er in casu sprake is van een beschermenswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM. Verweerster is bijgevolg verplicht om een adequate belangenafweging te maken van het hoger belang van het Belgische minderjarige kind in het licht van voormelde bepaling.

N., de dochter van verzoeker is bijna zes jaar oud. Hoewel haar papa zich tot heden steeds in een precaire verblijfssituatie heeft verbleven is hij er steeds geweest voor haar. Zij kent haar papa, heeft met hem een nauwe affectieve band. N. is Belg. Een inperking op haar recht op een privé- en gezinsleven staat vast nu er vanwege de 'overheid' een beslissing genomen wordt dewelke haar in essentie het recht ontzegt om in hetzelfde land te verblijven dan haar vader.

N. heeft de keuze. In België blijven met haar moeder, waar zij kansrijk opgroeit en waar zij nu door beide ouders graag gezien en ondersteund wordt dan wel kan zij samen met haar moeder en vader verhuizen naar Tunesië, alwaar dergelijke rechten, dewelke haar toekomen onder art. 20 VWEU elk nuttig effect verliezen.

Een inperking op het recht om ongemoeid gelaten te worden in de eigen gezins sfeer staat vast. Er is geen grotere inmenging denkbaar dan een overheid die beslist één ouder weg te nemen van het kind, nota bene dezelfde overheid die haar papa heeft opgesloten en tot op heden steeds het welbevinden en welzijn van N. heeft genegeerd en daar actief afbreuk heeft aan gedaan door de notie van 'het hoger belang van het kind' te herleiden tot een juridische en feitelijke fictie. Niet alleen zou de overheid haar papa verwijderen naar een voor haar ver land, waar zij uiteraard wel op bezoek kan gaan maar tevens zou diezelfde overheid verbieden dat haar papa de eerstvolgende tien jaren zou terugkeren naar België. Besloten kan worden dat dergelijk overheidsingrijpen gerechtvaardigd kan zijn, maar dat de discretionaire marge daartoe zeer beperkt moet zijn. Te denken valt aan daders van terroristische misdrijven.

Wat is het hoger belang van het kind en hoe zwaar weegt dat door ten aanzien van beslissingen genomen door de Staat in het belang van migratiecontrole? Heden is duidelijk dat het belang van het kind geen absoluut karakter toekomt (vergelijk: artikel 3 EVRM), maar dat het wel een bijzondere plaats toekomt. Kinderen hebben recht op actieve bescherming vanwege de overheden. Dit impliceert dat de overheid zich onthoud[t] van het nemen van disproportionele maatregelen die aan het welzijn van het kind kunnen raken.

Juridisch is het 'belang van het kind' een blanco norm. Zij kan in ruime mate slechts feitelijk worden ingevuld. Om abstractie te maken en de argumentatie, zoals deze gehanteerd in de bestreden beslissing, te voorkomen is het aangewezen om het internationaal verdrag betreffende de rechten van het kind te hanteren als juridische leidraad bij de invulling van het concept. Daarnaast is de rechtspraak van het EVRM ter zake richtinggevend en is wetenschappelijk pedagogisch onderzoek bijzonder geschikt om het ontwikkelingsproces van het kind te objectiveren.

Aan de ene zijde staat in casu vast dat er een inreisverbod bestaat, te begrijpen het MB tot terugwijzing daterende van 2012. Tot daar het algemeen belang in hoofde van de Staat bij de controle van haar grenzen

en migratie. Haar beslissing steunt al lang niet meer op een werkelijke, ernstige en actuele bedreiging voor de openbare orde.

Aan de andere zijde staat het belang van N.

Daarover stelt de gemachtigde als volgt: (parafrase met bemerkingen van verzoeker).

- Het is redelijk aan te nemen dat moeder de grootste zorgdrager is;

o Het is onredelijke te verwachten dat een moeder de zorg alleen moet en kan dragen en tevens heeft een kind recht op de aanwezigheid van zijn beide ouders (conform art. Internationaal verdrag betreffende de rechten van het kind). Vermag de overheid zich om, conform haar doelstelling het algemeen belang te dienen door het voeren van een coherent migratiebeleid, dergelijke verregaande beoordeling in hoofde van moeder en kind te maken? De gemachtigde stelt zich in de plaats van haar eigen burgers, en denkt voor hen. Zij redeneert à charge en weigert de stem van de moeder te erkennen in haar beslissing. Een verklaring van de moeder is gesolliciteerd; de juf is geen dokter. Hoe ver kan men deze absurde vaststellingen over het belang van het kind trekken? Is de gemachtigde bij 'machte' om zich ook in te leven in het perspectief van de moeder en de dochter?

- Uit het dossier kan niet blijken dat moeder niet in staat is om dagdagelijkse emotionele en materiele zorgen – desnoods tijdelijk – alleen te dragen

o Met tijdelijk bedoelt de gemachtigde dan tien jaren, de duurtijd van het inreisverbod. Wat absoluut disproportioneel is.

o Dat moeder omwille van de zwaarte van de situatie en de draaglast die zij ondervindt hebben geleid tot psychologische klachten en burn out bij de moeder.

o Dat daaruit tevens mag worden opgemaakt dat moeder geen recht heeft op financiële steun voor haar dochter vanwege de vader; een steun die hij nu adequaat kan voorzien gelet op zijn arbeidsbetrekking bij Volvo Trucks Gent (heden draagt verzoeker 350 € bij in de opvoeding; iets wat niet mogelijk is vanuit Tunesië, waar de lonen ipso facto lager liggen.

o Dat een wekelijkse daguitstap met een fysiek aanwezige papa kan vervangen worden door beeldbellen.

- Gezien de genoemde bevindingen wordt het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan door ons als laag ingeschat;

o Dit argument neigt naar absurditeit. Het verwijderen van een ouderfiguur kan gelijk worden gesteld met een overlijden, een plotse traumatische gebeurtenis.

Diverse wetenschappelijke studies tonen dit. Het moet worden benadrukt dat de gemachtigde niet over de nodige kwalificaties beschikt om enige risico-inschatting voor de ontwikkeling van een kind te maken. Dat de gemachtigde daarbij nog de durf heeft om te pomen dat het schrijven van moeder en de kleuterjuf niet onderbouwd is met objectieve gegevens. Dit hoewel een kleuterjuf een pedagogische scholing heeft gehad en dagelijks werkt met kinderen van jonge leeftijd. Dat de gemachtigde zelf een risico-inschatting maakt die op niets steunt, buiten de eigen willekeur. Dat het gehele verblijfsdossier van verzoeker reeds bij het kind psychologische schade heeft teweeggebracht en dat deze schade enkel zal toenemen indien de gemachtigde deze willekeur voortzet.

- Het kind is intussen 5 jaar oud. Het kind is dus grotendeels in de cruciale periode van lichamelijke en emotionele ontwikkeling zonder de directe nabijheid van haar vader

o Wat niet impliceert dat N. hier wel nood aan had en dat enig trauma het welke is veroorzaakt door de vreemdelingendetentie van haar vader enkel kan en zal verergerd worden wanneer zij niet de kans krijgt om verder op te groeien in aanwezigheid van beide ouders. Dat contacten via facetime of digitale apps niet geschikt zijn om jonge kinderen te voorzien in voldoende affectie, knuffels, steun en zorgen. Alsof net dat recht kan ontzegd worden op basis van een inreisverbod. Verschillende wetenschappelijke onderzoeken tonen verder aan dat het kind dat opgroeit in een milieu waarin de vader afwezig is, later een significant groter risico lopen op het ontwikkelen van eigen (pre)delictueel gedrag.

Dat verzoeker in elk geval geschokt is door de uitspraken van verweerster. Alsof het belang van het kind en de bepalingen van het Kinderrechtenverdrag (waarbij door de overheid alles in het werk dient te worden gesteld opdat een kind niet gescheiden wordt van zijn beide ouders, cf. art. 9 Kinderrechtenverdrag) geen enkele juridische waarde heeft in dit verblijfsrechtelijk dossier.

Dat het recht om de vader fysiek bij zich te hebben niet belangrijk lijkt te zijn voor de gemachtigde en dat een vader zijn rol gemakkelijk vanuit het buitenland kan opnemen.

Verzoeker wil voorts opmerken dat het weigeren van een verblijfsrecht van verzoeker, eveneens de effectieve rechten van zijn kind als Unieburger in het gedrang brengt, gezien dit kind, die de Belgische nationaliteit heeft, zich feitelijk gedwongen zou zien het territorium van de Unie te verlaten.

Immers het staat vast dat de bestreden beslissing een definitieve scheiding tussen vader en kind inhoudt. Alsof een vader enkel aanwezig is in een gezin om financiële redenen, niet zou bijdragen in de opvoeding, het jonge kind geen affectie zou verlenen,... Geheel ten onrechte wordt beargumenteerd dat een kind een effectieve en affectieve band kan onderhouden met een ouder die verblijft in een ander deel van de wereld.

Verweerder laat na te verduidelijken op welke onderzoeken/studies hij zich baseert om te stellen dat de persoonlijke aanwezigheid van de vader voor verzoekers kind gewoonweg niet nodig zou zijn. De zuivere vaststelling dat hij er op momenten niet kon zijn omwille van redenen buiten zijn macht, laat niet toe tegelijk te besluiten dat het kind het recht verder mag ontzegd worden om de ouder bij zich te hebben. Dat voorgaande elementen kennelijke beoordelingsfouten betreffen die strijden met enige pedagogische realiteit.

Het EHRM heeft reeds gesteld dat: "dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (Ignaccolo-Zenide c. Roumanie, no 31679/96, § 102, CEDH 2000-I ; voir aussi, mutatis mutandis, Maire c. Portugal, no 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI, Pini et autres c. Roumanie, précité)." (zie EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, Moretti en Benedetti / Italië, punt 70). (vertaald : "in zaken die betrekking hebben op het familieleven, kan het verstrijken van de tijd onomkeerbare gevolgen hebben voor de relaties tussen een kind en de ouder die niet met hem samenleeft. Inderdaad, het verbreken van het contact tussen een zeer jong kind kan aanleiding geven tot een toenemende verslechtering van zijn verhouding met zijn ouder")

Dat uit de motieven van de bestreden beslissing niet op afdoende wijze kan blijken of de weigering van het verblijfsrecht van de vader in het kader van de gezinshereniging - rekening houdend met de jonge leeftijd, de emotionele ontwikkeling van het minderjarige kind, die vanaf haar geboorte een affectieve relatie heeft gehad met haar vader tot gevolg heeft dat zijn minderjarige kind van verzoeker de facto wordt gedwongen om het grondgebied van de Unie te verlaten.

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijke procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door artikel 8 van het EVRM worden gevrijwaard. Dit geldt zowel voor situaties van een weigering van voortgezet verblijf (EHRM 11 juli 2000, nr. 29192/95, Ciliz v. Nederland, par. 66) als voor situaties van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, nr. 52701/09, Mungenzi v. Frankrijk, par. 46; EHRM 10 juli 2014, nr. 2260/10, Tanda-Muzinga v. Frankrijk, par. 68).

Dat uit de betreden beslissing geenszins blijkt dat alle feiten en omstandigheden door verweerder in overweging werden genomen, zodat er na een belangenafweging sprake is van een schending van artikel 8 EVRM door de bestreden beslissing.

Dat verweerster geen grondige afweging heeft gemaakt wat de impact van de bestreden beslissing zou zijn op het gezinsleven van verzoeker en de band met zijn dochter.

Bovendien is de dochter van verzoeker geboren en getogen in België.

De bestreden beslissing houdt geen grondige proportionaliteitstoets in het licht van artikel 8 EVRM in.

Tenslotte werd door de bestreden beslissing niet aangetoond dat de noodzaak van de inmenging in het gezinsleven gerechtvaardigd wordt door een dwingende maatschappelijke behoefte en proportioneel is met het nagestreefde doel. Staten beschikken immers over een zekere beoordelingsmarge wat betreft de noodzaak van de inmenging (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 18 oktober 2006, Üner/Nederland (GK), § 54; EHRM 2 april 2015, nr. 27945/10, Sarközi en Mahran v. Oostenrijk, par. 62; EHRM 19 februari 1998, nr. 26102/95, Dalia v. Frankrijk, par. 52). Vanuit dit laatste standpunt is het de taak van het bestuur om te bewijzen dat het de bekommernis had om een juist evenwicht te bereiken tussen het beoogde doel en de ernst van de inbreuk op het recht op respect voor het gezinsleven (EHRM 19 februari 1998, Dalia/Frankrijk, § 52; EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 18 oktober 2006, Üner/Nederland (GK), § 54; EHRM 2 april 2015, Sarközi en Mahran/Oostenrijk, § 62).

Een belangenafweging veronderstelt dat alle relevante elementen, en dus ook deze die betrekking hebben op het gezinsleven van verzoeker, in de weegschaal worden gelegd. Het is pas op het ogenblik dat een beslissing voortvloeit uit de weging van alle factoren dat zal kunnen worden uitgemaakt of zij al dan niet kennelijk onredelijk is (RvV, 29 april 2016, nr. 166.924). De bestreden beslissing, noch het administratief dossier geven er geen blijk van dat op het ogenblik van het nemen ervan op een afdoende manier rekening werd gehouden met het privé-en gezinsleven van verzoeker waarvan de verwerende partij kennis had op het

moment van het nemen van de bestreden beslissing. Aldus blijkt niet dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing is overgegaan tot een grondige en afdoende belangenafweging, in casu de proportionaliteitstoets, die zij behoorde te doen in het licht van artikel 8 van het EVRM, een belangenafweging waartoe de Raad niet zelf kan overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900; RvV, 29 april 2016, nr. 166.924).

Aangezien de bestreden beslissing het resultaat is van een kennelijk onredelijk handelen, waarbij het voordeel dat verweerster uit de bestreden beslissing put, buiten elke redelijke staat tot het nadeel dat verzoeker (en hierdoor ook zijn dochter) erdoor ondergaan, is deze onrechtmatig en houdt deze een schending in van artikel 8 EVRM.

Indien minderjarige kinderen betrokken zijn, zoals in dit geval, dan moet het hoger belang van deze kinderen in acht worden genomen. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (cf. EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109). Het beginsel van het belang van het kind omvat twee aspecten, met name (i) het behouden van eenheid van het gezin en (ii) het welzijn van het kind (cf. EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136). Bijzondere aandacht moet bijgevolg worden besteed aan de ernst van de moeilijkheden waarmee de kinderen zouden worden geconfronteerd als gevolg van de bestreden beslissing.

Besloten kan worden dat de motieven zoals omschreven in de bestreden beslissing niet kunnen getuigen van enige redelijkheid en zorgvuldigheid. Het hoger belang van het kind verzet zich ten stelligste tegen de inhoud en gevolgtrekkingen van de bestreden beslissing.

De aangehaalde motieven zijn bovendien in strijd met wetenschap en enige vorm van pedagogische realiteit. Dat verwerende partij in haar nota geen enkel bijkomend argument aanhaalt daaromtrent.

Een schending van artikel 8 van het EVRM, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel is afdoende aangetoond.

Het tweede middel is gegrond.”

2.5. Artikel 8 van het EVRM bepaalt:

“1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

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

Allereerst merkt de Raad op dat het gegeven dat verzoeker niet met zijn dochter in België kan verblijven niet het rechtstreekse gevolg is van de bestreden beslissing doch wel van het feit dat hij is onderworpen aan een inreisverbod met een geldigheidsduur van tien jaar. Er dient te worden herhaald dat een gezinsband tussen verzoeker en zijn dochter niet volstaat als rechtvaardiging om aan verzoeker op grond van artikel 20 van het VWEU een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen (HvJ 8 mei 2018, C-82/16, K.A., § 75). De bestreden beslissing heeft daarenboven niet tot gevolg dat de banden tussen verzoeker en zijn dochter verbroken worden, aangezien de bestreden weigeringsbeslissing geen verwijderingsbeslissing omvat.

Voorliggende zaak betreft een situatie van eerste toelating. Hierbij oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geschiedt geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. 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; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland (GK)*, § 105). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu enerzijds, en de samenleving 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). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van

onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven in het land van herkomst normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde. Een andere belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn dat de verblijfsstatus van een van hen ertoe leidt dat het voortbestaan van dit gezinsleven in het gastland vanaf het begin precair zou zijn. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland (GK)*, § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, *Paposhvili/België*, § 142).

Zoals hiervoor reeds vastgesteld, wordt het kind opgevangen en verzorgd door de moeder dat, gedurende de geldigheidsduur van het inreisverbod, verzoeker het gezin financieel kan bijstaan en er contact kan worden gehouden via moderne communicatiemiddelen en periodieke bezoeken in het buitenland. Verweerder betoogt dat verzoeker in het verleden op dergelijke manier ook contact had met zijn dochter. Tijdens verzoekers verblijf in het buitenland en tijdens zijn verblijf in de gevangenis, nam de moeder van het kind de langdurige zorg voor het kind op zich. Er wordt geoordeeld dat de terugkeer van verzoeker gedurende de looptijd van het inreisverbod het welzijn, het welbevinden en de ontwikkeling van zijn dochter niet in de weg staat. Verweerder motiveert dat het kind voldoende omringd is door personen die denken en handelen in licht van haar welzijn. Zoals reeds eerder besproken, aanziet verweerder de neergelegde verklaringen van de moeder en leerkracht van verzoekers dochter waarbij gewezen wordt op haar emotionele moeilijkheden door de afwezigheid van verzoeker, als verklaringen op eer. Er liggen geen objectieve stukken neer die deze verklaringen onderbouwen. Uit de neergelegde stukken leidt verweerder bovendien af dat verzoeker en zijn dochter eerder sporadisch contact met elkaar hebben. Verzoeker is het duidelijk niet eens met deze beoordeling en voegt in dit verband nieuwe stukken toe aan zijn verzoekschrift. In het kader van de annulatiebevoegdheid van de Raad, kunnen deze stukken evenwel niet beoordeeld worden in het kader van het huidige beroep. Zoals eerder opgemerkt, komt het de Raad niet toe zich in de plaats te stellen van de bevoegde administratieve overheid.

Bovenstaande motieven tonen aan dat verweerder in wezen is nagegaan in welke mate de bestaande gezinsbanden daadwerkelijk worden verbroken, alsook of er onoverkomelijke hinderpalen aanwezig zijn die verhinderen dat deze gezinsbanden bij terugkeer van de verzoekende partij naar Tunesië kunnen worden verdergezet. Verzoeker toont niet aan dat de belangenafweging die verweerder heeft doorgevoerd kennelijk onredelijk is, of in strijd met artikel 8 van het EVRM, en dat hij de band met zijn kind niet zou kunnen onderhouden vanuit zijn land van herkomst. Uit de bestreden beslissing blijkt verder dat verweerder wel degelijk rekening heeft gehouden met het belang van het kind. Immers, hij heeft zich gebogen over de vraag of het wel aangewezen is voor het kind dat de verzoeker zich daadwerkelijk bij hem voegt maar heeft geoordeeld dat de omstandigheden eigen aan de zaak de bestreden beslissing niet in de weg staan nu geen bijzondere afhankelijkheidsband tussen de verzoeker en zijn dochter blijkt. Gelet op het geheel van motieven omtrent het gezinsleven tussen verzoeker en zijn dochter is een disproportionaliteit tussen de belangen van de verzoeker en zijn kind enerzijds en de belangen van de Belgische Staat in het kader van het doen naleven van de verblijfsreglementering anderzijds, niet aangetoond. Het blijkt niet dat er in voorliggende zaak sprake is van dermate uitzonderlijke omstandigheden die leiden tot een schending van artikel 8 van het EVRM.

Artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag bepaalt:

“9.1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is het belang van het kind. Een dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals wanneer er sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders, of wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.

9.2 In procedures ingevolge het eerste lid van dit artikel dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.

9.3 De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind.

9.4 Indien een dergelijke scheiding voortvloeit uit een maatregel genomen door een Staat die partij is, zoals de inhechtenisneming, gevangenneming, verbanning, deportatie, of uit een maatregel het overlijden ten gevolge hebbend (met inbegrip van overlijden, door welke oorzaak ook, terwijl de betrokkene door de Staat in bewaring wordt gehouden) van één ouder of beide ouders of van het kind, verstrekt die Staat, op verzoek, aan de ouders, aan het kind of, indien van toepassing, aan een ander familielid van het kind de noodzakelijke inlichtingen over waar het afwezige lid van het gezin zich bevindt of waar de afwezige leden van het gezin zich bevinden, tenzij het verstrekken van die inlichtingen het welzijn van het kind zou schaden.

De Staten die partij zijn, waarborgen voorts dat het indienen van een dergelijk verzoek op zich geen nadelige gevolgen heeft voor de betrokkene(n).”

De Raad merkt op dat artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag niet op absolute wijze garandeert dat het kind niet van een ouder wordt gescheiden. Het artikel voorziet niet enkel dat dit kan in een situatie waarin dit in het belang van het kind zou zijn, maar ook dat in geval van maatregelen door de staat, zoals een verwijdering, die staat, op verzoek, aan de ouders, aan het kind of, indien van toepassing, aan een ander familielid van het kind de noodzakelijke inlichtingen moet verstrekken over waar het afwezige lid van het gezin zich bevindt of waar de afwezige leden van het gezin zich bevinden. De bestreden beslissing, die een weigering van een verblijfsaanvraag betreft en op zich geen verwijderingsmaatregel omvat, motiveert voorts dat het voor verzoeker mogelijk moet zijn met zijn kind vrijwillig elders te vestigen en dat het inreisverbod slechts voor een bepaalde tijd geldt. Ook met betrekking tot artikel 22*bis* van de Grondwet (*cf.* RvS 27 december 2013, nr. 225.957) geen directe werking hebben en uit de bespreking merkt de Raad op dat het hoger belang van het kind waarvan sprake in voorgaande artikelen niet impliceert dat verwerende partij geen aandacht mag hebben voor andere belangen en niet zou kunnen oordelen dat deze andere belangen primeren op de belangen van kinderen (*cf.* GwH 17 oktober 2013, nr. 139/2013).

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 twintig maart tweeduizend vierentwintig door:

C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

A.-M. DE WEERDT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A.-M. DE WEERDT

C. VERHAERT