

# “Het recht op gezinsleven voor minderjarigen”

*Barbara Doornaert*

## 1. INLEIDING

Migratie en multiculturele samenleving, het zijn twee woorden die we heden ten dage vaak te horen krijgen. De samenleving van de 21<sup>ste</sup> eeuw wordt er niet alleen door gekenmerkt, maar er tevens door uitgedaagd.

De instroom van migranten waarmee Europa wordt geconfronteerd is de laatste decennia aanzienlijk toegenomen.<sup>1</sup> Deze realiteit wordt echter niet door iedereen op dezelfde wijze beleefd. Hoewel migranten voor sommigen een bedreiging voor de samenleving vormen of een extra last op de handelsbalans, zien anderen in hen dan weer een oplossing tegen de vergrijzing van onze westerse samenleving of om de tekorten op de arbeidsmarkt weg te werken. Welke connotatie migratie ook oproept, ze brengt de nodige problemen met zich mee. Een migratiestop lijkt mijn inziens geen optie meer, een efficiënter immigratiebeleid wel.

Een belangrijke vorm van migratie betreft deze via gezinshereniging en gezinsvorming.

Art 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna “EVRM”), dat de bescherming van het familie- en gezinsleven waarborgt, speelt een essentiële rol bij de vraag naar het recht op gezinshereniging. Bij de zoektocht naar een beter bestaan zijn ouders vaak genoodzaakt hun gezin voor enige tijd in de steek te laten. In het kader van de gezinshereniging proberen zij dan, eens zij in het Europese land van keuze gevestigd zijn, de rest van hun gezin naar dit land te laten overkomen. Het recht op gezinshereniging veronderstelt bijgevolg een gezinsleven. Er moet bijgevolg uitsluitel worden gegeven over wat men dient te begrijpen onder het begrip “gezin” en tot welke graad van afstamming er sprake kan zijn van een gezin. Wordt hier enkel het Westerse kerngezin bedoeld of ook het meer uitgebreide gezin zoals in Afrikaanse en andere zuiderse landen?

Ik begin dit seminarie dan ook met een nader onderzoek van hoe het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna “EHRM”) door de jaren heen niet alleen duidelijkheid schiep inzake de vraag wat men onder gezin moet verstaan, maar tevens welk recht op gezinshereniging vreemdelingen, en dan in het bijzonder minderjarigen, kunnen laten

---

<sup>1</sup> [http://www.kuleuven.be/citizenship/\\_data/MigrationPatterns.pdf](http://www.kuleuven.be/citizenship/_data/MigrationPatterns.pdf).

gelden op grond van art 8 EVRM. De nadruk zal hierbij gelegd worden op de rechtspraak van het EHRM aangezien dit een duidelijk en evolutief beeld weergeeft van de interpretatie die het aan bovengenoemd artikel gaf.

Een ander, tevens zeer belangrijk internationaal instrument, in het kader van het recht op gezinshereniging voor minderjarigen, is het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. De doorwerking van dit verdrag laat zich, net zoals art 8 EVRM, duidelijk voelen in de nationale rechtspraak en dan vooral in zaken waar men zich dient te buigen over de vraag naar een recht op maatschappelijke dienstverlening.

Vervolgens zal ik bespreken welk recht op gezinsleven niet-EU-onderdanen kunnen laten gelden in de Europese Unie. Dit recht werd door het Hof van Justitie via enkele spraakmakende arresten verder uitgediept en vorm gegeven. Opnieuw wordt hier vooral de nadruk gelegd op de situatie van minderjarigen. Daarnaast dient in het kader van Europese regelgeving ook enige aandacht besteed te worden aan de Gezinsherenigingsrichtlijn die door de raad van Europa recentelijk werd aangenomen. Deze richtlijn werd door het Hof van Justitie, tegen de mening van het Europees Parlement in, niet als een aantasting gezien van het grondrecht op een familieleven.

Tenslotte zal de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna “Vreemdelingenwet”) besproken worden. Recentelijk werd, in het kader van de door de Raad aangenomen Gezinsherenigingsrichtlijn, de nieuwe Verblijfswet goedgekeurd door Kamer en Senaat op 12 en 14 juli 2006. Deze wet past de huidige regelgeving aan voor gezinshereniging van vreemdelingen met een niet-EU-onderdaan die in België verblijven. Ook hier dient nagegaan te worden in welke mate deze wijziging aan enkele nijpende migratieproblemen het hoofd zullen bieden.

## **2. DE BESCHERMING VAN DE EERBIEDIGING VAN HET RECHT OP EEN FAMILIE- EN GEZINSLEVEN DOOR ARTIKEL 8 EVRM**

*“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 voorzover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de*

*gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen” ( Art 8 EVRM)<sup>2</sup>.*

## 2.1 DE INVULLING VAN ARTIKEL 8 EVRM DOOR HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

### 2.1.1. De draagwijdte van het begrip “gezinsleven”

Het EHRM heeft gaandeweg in enkele spraakmakende arresten het begrip “gezinsleven” vorm en inhoud gegeven. Het “gezinsleven” uit artikel 8 EVRM is in de eerste plaats een autonoom begrip dat los van het nationaal recht moet worden geïnterpreteerd.<sup>3</sup>

Oorspronkelijk was het gezinsleven beperkt tot de heel traditionele gezinsconstellaties, bestaande uit een gehuwd echtpaar en de uit die huwelijkse relatie geboren kinderen. Langzaamaan verliet het EHRM deze al te enge opvatting. Dit gebeurde onder meer in het arrest *Marckx*, waar het EHRM niet alleen het onderscheid ophief tussen de natuurlijke en de wettelijke familie maar tevens het “gezinsleven” als belangrijkste factor in het kader van artikel 8 EVRM op de voorgrond plaatste.<sup>4</sup> Sinds dit arrest is er dus niet enkel meer sprake van een “gezinsleven” indien een kind wordt geboren binnen een huwelijk maar evenzeer in de verhouding tussen een ongehuwde moeder en haar biologisch kind.

In het latere arrest *Keegan* van 1994 herhaalde het EHRM nog maar eens dat “gezin” ook op andere samenlevingsvormen dan het klassieke huwelijk slaat. Een kind, zelfs indien buiten een huwelijkse relatie geboren, is vanaf zijn geboorte een deel van dat “gezin” en dit enkel en alleen door het feit van de geboorte.<sup>5</sup>

In het arrest *Kroon* vervolgens, ging het EHRM nog een stap verder. De Nederlandse Catharina Kroon onderhield een relatie met Ali Zerrouk, van Marokkaanse origine, waaruit in 1987 een zoontje Samir M’Hallem-Driss werd geboren. Beide ouders waren op dat ogenblik niet gehuwd met elkaar. Ze woonden niet samen doch onderhielden een standvastige, langdurige relatie. Samir werd in het geboorteregister ingeschreven als de zoon van mevr. Kroon en de heer Omar M’Hallem-Driss, waarmee mevr. Kroon in 1979 was gehuwd. Eind jaren ’80 liep dit huwelijk op de klippen. Een maand na de geboorte van Samir startte mevr. Kroon een echtscheidingsprocedure op die definitief werd bij de inschrijving in het

---

<sup>2</sup> België heeft het Europees Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden geratificeerd en het werd in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd op 25 december 1957;

<sup>3</sup> P., DE HERT, “Vreemdelingen, artikel 8 E.V.R.M. en de Raad van State. De Rechtspraak onder de loep”, *T. Vreemd.*, 2002, 245;

<sup>4</sup> P., DE HERT, “Vreemdelingen, artikel 8 E.V.R.M. en de Raad van State. De Rechtspraak onder de loep”, *T. Vreemd.*, 2002, 246.

<sup>5</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 26 mei 1994, *Keegan t. Ireland*, §44;

register van de burgerlijke stand. Kort daarop verzochten mevr. Kroon en de heer Zerrouk met een beroep op art. 1:198 lid 1 BW de ambtenaar van de burgerlijke stand te Amsterdam om mevrouw Kroon toe te staan het vaderschap van de heer M'Halleem-Driss te ontkennen en het daarmee voor de heer Zerrouk mogelijk te maken het kind te erkennen. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde echter dit verzoek in te willigen, aangezien dit onmogelijk was volgens het geldende Nederlandse recht. Het EHRM gaf mevr. Kroon gelijk en oordeelde dat de eerbiediging van het gezins- en familieleven in het voorliggend geval vereiste dat de sociale realiteit diende te prevaleren boven het juridische.<sup>6</sup>

Het EHRM herhaalde hier, verwijzend naar eerder vastgestelde principes zoals onder meer in het arrest *Marckx* en *Keegan*, dat de notie "gezinsleven" in de zin van art 8 EVRM geenszins beperkt is tot de klassieke huwelijkse relatie. Gezinsleven kan ook betrekking hebben op andere de facto "familiebanden" waarbij partijen buiten het huwelijk samenwonen. Alhoewel samenwonen als regel een vereiste mag zijn voor een dergelijke relatie, kunnen in bijzondere gevallen andere factoren aantonen dat een dergelijke relatie voldoende bestendigheid heeft om de facto "familiebanden" te creëren. Een uit een dergelijke relatie geboren kind maakt ipso iure vanaf de geboorte deel uit van dit "familieverband".<sup>7</sup> Dit impliceert dat er tussen Samir M'Halleem-Driss en zijn biologische vader reeds sinds de geboorte sprake was van gezinsleven. Het gegeven dat deze laatste niet met de moeder van het kind samenwoonde noch met haar gehuwd was doet hieraan geen afbreuk.

In overeenstemming met de door het EHRM in zijn jurisprudentie ontwikkelde beginselen moet de Staat in kwestie, indien het bestaan van een familieband met een kind is vastgesteld, zo handelen dat het mogelijk is om deze band te ontwikkelen en dienen rechtswaarborgen in het leven te worden geroepen teneinde vanaf de geboorte of zo spoedig daarna als praktisch mogelijk de integratie van het kind in de familie mogelijk te maken.<sup>8</sup> Het Nederlands recht dat *in casu* niet alleen de moeder belette het vaderschap van haar echtgenoot te ontkennen doch ook aan de biologische vader de mogelijkheid ontnam zijn kind te erkennen werd dan ook strijdig bevonden met art 8 EVRM.<sup>9</sup> De desbetreffende wettelijke bepalingen bemoeilijkten immers de mogelijke integratie van het kind in zijn familie op een wijze die de toets met art 8 EVRM niet kon doorstaan. Het EHRM oordeelde dan ook dat in deze zaak het respect voor het gezinsleven primeerde boven het vermoeden *ius en de iure* dat uit een wettig huwelijk voortvloeit. In het licht van de eerbiediging van het familie-en gezinsleven kon de '*pater is est*'-regel *in casu* dan ook geen

<sup>6</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 20 september 1994, Kroon t. Nederland, §40;

<sup>7</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 20 september 1994, Kroon t. Nederland, §30.

<sup>8</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 20 september 1994, Kroon t. Nederland, §32;

<sup>9</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 20 september 1994, Kroon t. Nederland, §37;

doorgang kon vinden aangezien deze flagrant inging, niet alleen tegen de vastgestelde feiten, maar ook tegen de wensen van de partijen.<sup>10</sup>

Deze arresten tonen duidelijk aan dat noch bloed- en aanverwantschap noch een huwelijkse relatie noodzakelijke vereisten zijn om zich op artikel 8 EVRM te kunnen beroepen. Bovendien kan zelfs, zonder dat sprake is van een situatie waarin ouder en kind samenwonen, sprake zijn van een gezinsleven. Naast de bloed-en aanverwantschap bestaat immers nog een tweede belangrijk en doorslaggevend criterium, namelijk de voldoende hechte familieband waarop verder zal worden ingegaan onder 2.1.2.

### 2.1.2. Artikel 8 EVRM en het recht op gezinsleven

De eerbiediging door de overheid van het gezins- en familieleven behelst zowel een positieve als een negatieve verplichting. De negatieve verplichting wordt omschreven in artikel 8 lid 2 EVRM. Ze houdt in dat een inmenging van de overheid in het gezinsleven geenszins willekeurig mag zijn. Een inbreuk zal maar als legitiem worden aanzien als ze door het nationale recht is voorzien, een legitiem doel dient, nodig is in een democratische samenleving of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De positieve verplichting daarentegen, houdt in dat de staat actief moet optreden ter bescherming van het gezinsleven en de vereiste maatregelen dient te nemen ter vrijwaring van dit recht.

In het arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali*<sup>11</sup> poneerde het EHRM het algemene beginsel dat een staat altijd het recht behoudt om controle uit te oefenen op de toegang van vreemdelingen op zijn grondgebied zolang dit gebeurt overeenkomstig de verdragsrechtelijke bepalingen.<sup>12</sup> In hetzelfde arrest voegde het EHRM hieraan toe dat artikel 8 EVRM geenszins een verplichting oplegt aan lidstaten om de keuze van gemeenschappelijke verblijfplaats van echtparen te eerbiedigen of om gezinshereniging op hun grondgebied toe te laten.<sup>13</sup> Hieruit volgt dat artikel 8 EVRM geenszins het recht voor een vreemdeling waarborgt om zich in een bepaald land te vestigen of om niet door een bepaald land uitgewezen te worden.<sup>14</sup>

Een absoluut recht op gezinsleven wordt door art 8 EVRM dus geenszins gewaarborgd. Indien het EHRM zich dient te buigen over de vraag naar

<sup>10</sup> G., MAES, “Vreemdelingen zonder legaal verblijf met Belgische kinderen: uitzetting van onderdanen of beschermd gezinsleven als hefboom voor regelmatig verblijf”, *T. Vreemd.*, 2005, 334.

<sup>11</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. het Verenigd Koninkrijk*;

<sup>12</sup> G., MAES, “Vreemdelingen zonder legaal verblijf met Belgische kinderen: uitzetting van onderdanen of beschermd gezinsleven als hefboom voor regelmatig verblijf”, *T. Vreemd.*, 2005, 332;

<sup>13</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali t. het Verenigd Koninkrijk*, §68;

<sup>14</sup> P., DE HERT, *Art 8 E.V.R.M. en het belgisch recht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 266;

een recht op gezinsleven zal het eerst, met betrekking tot de eerste paragraaf van art 8 EVRM, de vraag stellen of er sprake is van een voldoende familieband tussen de vreemdeling en zijn familie. Daarna gaat het EHRM over tot een belangenafweging waarbij het weigeren van een gezinshereniging aan de leer van de positieve plichten, zoals hoger uiteengezet, zal worden getoetst. Alle gewicht bij deze toetsing zal uitgaan naar de beantwoording van de vraag of het voor de klagers (on)mogelijk is een familieleven te leiden in het land van oorsprong.<sup>15</sup> Vooral deze tweede voorwaarde geeft aanleiding tot heel wat discussie daar zij door velen als inhumain en disproportioneel wordt aanzien.<sup>16</sup> Niettemin is net deze voorwaarde doorslaggevend bij de beoordeling van het recht op gezinshereniging. Tot deze onmogelijkheid werd ondermeer besloten in het arrest *Berrehab*. In casu oordeelde het EHRM dat de uitwijzing van een uit de echt gescheiden vreemdeling ertoe leidde dat hij geen regelmatig contact kon onderhouden met zijn Nederlandse kind.<sup>17</sup> Niettemin blijkt het, bij nalezing van de verscheidene arresten van het Europese Hof, allermint eenvoudig een rechte lijn te trekken in haar rechtspraak. Tevens lijkt de tweede zo essentiële voorwaarde door het Hof niet altijd even strikt te worden toegepast.

Hoger werd reeds aangehaald dat artikel 8 EVRM geenszins een verplichting oplegt aan lidstaten om de keuze van gemeenschappelijke verblijfplaats van echtparen te eerbiedigen of om gezinshereniging op hun grondgebied toe te laten. Desondanks heeft een gedwongen uitwijzing, die louter administratief van aard is, vaak ingrijpende en nefaste gevolgen voor ouders en kinderen. De uitwijzing kan dan ook een schending uitmaken van het EVRM. Gezinsleden worden immers van elkaar gescheiden en dit tast het door het EVRM beschermde recht op gezinsleven aan.<sup>18</sup> Bovendien dient te worden opgemerkt dat deze maatregelen enkel een vreemdeling en zijn gezinsleden kunnen treffen en per definitie nooit Belgen.<sup>19</sup> Belgen kunnen namelijk, ingevolge art 3 vierde protocol EVRM, nooit het voorwerp uitmaken van een uitwijzingsbeslissing.

De problematiek van de overkomst van ascendenten via gezinshereniging, werd in de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de Vreemdelingenwet niet over het hoofd gezien.<sup>20</sup> Art 10 §2 van de Vreemdelingenwet bepaalt voortaan dat de vreemdeling, wiens

<sup>15</sup> P., DE HERT, *Art 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 275.

<sup>16</sup> P., DE HERT, 'Vreemdelingen, artikel 8 E.V.R.M. en de Raad van State. De Rechtspraak onder de loep', *T. Vreemd.*, 2002, 247;

<sup>17</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Berrehab t. Nederland*, §29;

<sup>18</sup> P., DE HERT, 'Vreemdelingen, artikel 8 E.V.R.M. en de Raad van State. De Rechtspraak onder de loep', *T. Vreemd.*, 2002, 247;

<sup>19</sup> M-C., FOGLETS, "De bescherming van het familieleven van vreemdelingen in België. Over het recht op gezinshereniging en gezinsvorming", *T. Vreemd.*, 1995, 5;

<sup>20</sup> Wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 6 oktober 2006.

ascendenten zich bij hem willen voegen, moet kunnen aantonen dat hij niet alleen over voldoende huisvesting beschikt om dit familielid of deze familieleden te herbergen maar tevens over een ziektekostenverzekering beschikt die de risico's in België voor hem en zijn familieleden kunnen dekken. De conformiteit van deze zware financiële verplichting met het EVRM lijkt niet vanzelfsprekend. Een minderjarige vreemdeling kan, mijn inziens, onmogelijk aan deze zware voorwaarden voldoen. Dit zal zijn recht op een gezinsleven met zijn ascendenten dan ook zwaar hypothekeren, vermoedelijk op een wijze die de toetsing aan art 8 ERVVM niet zal doorstaan.

Een uitwijzingsbeslissing zal in de praktijk des te meer problematisch zijn bij gezinssituaties waar beide ouders, in tegenstelling tot hun minderjarig kind, niet de Belgische nationaliteit bezitten. De ouders die van vreemde origine zijn kunnen immers, in tegenstelling tot hun kind, het voorwerp worden van een uitwijzingsbeslissing. Hun gedwongen terugkeer houdt dan een schending in van het recht op het familie- en gezinsleven aangezien zij voor de gedwongen keuze staan hun minderjarig kind met zich mee te nemen of het in België achter te laten.

In talrijke vonnissen en arresten dienden de Belgische rechters zich te buigen over de vraag in welke mate een uitwijzing van ouders in dergelijke omstandigheden strookt met de bescherming die zij genieten op grond van artikel 8 EVRM. De feiten in dergelijke arresten zijn meestal erg gelijklopend en derhalve wordt ter illustratie slechts een tweetal besproken.

In een vonnis van 16 november 2005 diende de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel zich over een dergelijke zaak uit te spreken.<sup>21</sup> In de aanhangige zaak waren twee ouders van Braziliaanse origine naar België gekomen met hun twee kinderen. Later wordt nog een derde kind op Belgisch grondgebied geboren. Hoewel België inzake de toekenning van nationaliteit niet het *ius soli*-beginsel doch wel het *ius sanguini*-beginsel hanteert, zal een kind dat op Belgisch grondgebied werd geboren de Belgische nationaliteit verkrijgen indien het anders staatloos zou zijn.<sup>22</sup> De ouders van het kind lieten bijgevolg doelmatig na om, met het oog op het verkrijgen van de Belgische nationaliteit, het kind bij de Braziliaanse ambassade aan te geven. Vervolgens, nadat het kind de Belgische nationaliteit had verworven op grond van art 10 Wetboek Belgische nationaliteit, dienden de ouders een aanvraag in tot machtiging om op het grondgebied te kunnen verblijven op grond van art 9 alinea 3 Vreemdelingenwet. Dit werd hen evenwel geweigerd en zij werden bevolen het grondgebied te verlaten.

---

<sup>21</sup> Kort Ged. Brussel 16 november 2005, *T. Vreemd.*, 2006, 202;

<sup>22</sup> art 10 Wetboek Belgische nationaliteit 25 juni 1984, *B.S.* 12 juli 1984;

Gelijkaardige feiten vormden het voorwerp van een ander vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel waar de feiten nagenoeg identiek waren.<sup>23</sup>

In beide arresten handelt het om personen van Zuid-Amerikaanse origine en dit berust niet op een toeval. Het Hof van Beroep te Brussel boog zich in een vonnis van 6 oktober 2006 over de juridische spitsvondigheid waarmee Zuid-Amerikaanse ouders tewerk gaan om een verblijfsvergunning te bekomen.<sup>24</sup> Op basis van deze spitsvondigheid oordeelden de Dienst Vreemdelingenzaken en enkele rechters dat ouders van een Belgisch kind geen verblijfsrecht op grond van mensenrechtenverdragen konden inroepen, in het geval het kind de nationaliteit slechts had verworven door het nalaten van de ouders om het kind in te schrijven waardoor het van zijn natuurlijke nationaliteit werd beroofd. Hierbij werd door de ouders immers een kunstmatige toestand van staatsloosheid in het leven geroepen.<sup>25</sup> Het *ius soli*-beginsel dat in Zuid-Amerikaanse landen geldt inzake de toekenning van nationaliteit maakt dergelijke praktijken mogelijk. Indien de ouders nalaten het kind bij de desbetreffende ambassade in te schrijven krijgt het kind, dat bij gebrek aan inschrijving staatloos dreigt te zijn, op grond van art 10 Wetboek Belgische nationaliteit, de Belgische nationaliteit.<sup>26</sup>

In het kader van deze, toch wel enigszins delicate problematiek, verdient ook art 57§2 OCMW-Wet mijn inziens enige aandacht. Dit artikel bepaalt dat maatschappelijke dienstverlening ten overstaan van illegale vreemdelingen dient te worden ingekort tot dringende medische hulp.<sup>27</sup> Het artikel maakt geen onderscheid tussen meerderjarige en minderjarige verblijfhouders, dus buitenlandse kinderen die delen in het illegaal verblijfsstatuut van hun ouder(s) of voogd kunnen in principe eveneens enkel aanspraak maken op dringende medische hulp.<sup>28</sup>

Dringende medische hulp zou volgens het KB van 12 december 1996 bestaan uit “curatieve of preventieve hulp met uitsluitend medisch karakter, die zowel ambulante als in een verplegingsinstelling kan worden verstrekt, en waarvan de dringendheid met een medisch getuigschrift moet worden aangetoond. In geen geval mag er financiële steunverlening, huisvesting of andere maatschappelijke dienstverlening in natura onder worden begrepen”.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Kort Ged. Brussel 1 juli 2005, *T. Vreemd.*, 2006, 204.

<sup>24</sup> [www.vmc.be](http://www.vmc.be);

<sup>25</sup> L., WALLEYN, “Recente rechtspraak over ouders van Belgische kinderen in onregelmatig verblijf”, *T. Vreemd.*, 2006, 404;

<sup>26</sup> [www.vmc.be](http://www.vmc.be);

<sup>27</sup> Organieke Wet 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *B.S.* 5 augustus 1976;

<sup>28</sup> S., BOUCKAERT, “De doorwerking van het IVRK in het Belgische vreemdelingenrecht”, *FJR*, 2004, 65;

<sup>29</sup> KB 12 december 1996 inzake de dringende medische hulp die door het OCMW wordt verstrekt aan vreemdelingen die onwettig in het Rijk verblijven, *B.S.* 31 december 1996.



In dit contentieux is dan ook frequent de vraag voorgelegd of uit het IVRK geen argumenten kunnen geput worden om de rechtspositie te verstevigen van kinderen wiens ouders hier onregelmatig verblijven.<sup>30</sup>

In haar Arrest 80/99 bracht het Arbitragehof enige klaarheid in deze netelige kwestie.<sup>31</sup> Het hof oordeelde dat art. 57§2 OCMW-wet niet toepasselijk kan verklaard worden in zaken waar vreemdelingen, om medische redenen, in de absolute onmogelijkheid verkeren om aan een bevel het grondgebied te verlaten gevolg te geven.<sup>32</sup> Op basis van dit arrest werd door verscheidene auteurs en arbeidsrechtbanken de stelling ontwikkeld dat minderjarigen die hun ouders met illegaal verblijfsstatuut vergezellen, eveneens in de onmogelijkheid zijn om zelfstandig gevolg te geven aan een bevel dat hun ouders werd gegeven om het grondgebied te verlaten.<sup>33</sup> Art. 57§2 OCMW-wet wordt zo een instrument ter bescherming van het gezinsleven en vooral tot het bekomen van verblijfsrecht voor de ouders.

De Arbeidsrechtbank van Brugge diende zich in haar vonnis van 24 december 2001 over een dergelijke zaak uit te spreken. *In casu* was een asielzoekster met haar twee minderjarige kinderen in ons land binnengekomen. Haar regularisatieaanvraag op grond van art 9, 3° Vreemdelingenwet werd haar echter geweigerd. Zij voerde medische gronden aan (zowel van haarzelf als haar dochter) om de onmogelijkheid tot verlaten van het grondgebied te staven. Het OCMW kende echter alleen de kinderen dringende medische hulp toe. De Brugse rechter stelde zich dan ook de vraag naar de verenigbaarheid met het IVRK en concludeerde dat de samenlezing van verdragsbepalingen 2, 3, 6, 24 en 27 een verbintenis voor staten met directe werking inhoudt, namelijk de menselijke waardigheid en de integriteit van de kinderen beschermen en verzekeren. Het OCMW was dus in de ogen van de Brugse rechter, jegens de kinderen die door hun moeder vertegenwoordigd werden, gehouden tot maatschappelijke dienstverlening zoals bedoeld in art 1 OCMW-wet ter behoud van hun menselijke integriteit en waardigheid. Op grond van artikel 8 EVRM is de aanwezigheid van de moeder evenwel vereist om deze menselijke integriteit en waardigheid te verzekeren. Hieruit volgt dat ook haar menswaardige aanwezigheid in functie van de kinderen moet worden gewaarborgd waardoor zij eveneens gerechtigd wordt op een bestaansminimum.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> S., BOUCKAERT, "De directe werking van het Kinderrechtenverdrag in het contentieux omtrent de toepassing van art. 57§2 OCMW-wet", (noot onder Arbrb Antwerpen 3 mei 2000), *T. Vreemd.*, 2001, 252;

<sup>31</sup> Arbitragehof nr. 80/99, 30 juni 1999, *B.S.* 24 november 1999, 43.370;

<sup>32</sup> Arbrb. Brugge 24 december 2001, *T. Vreemd.*, 2003, 61;

<sup>33</sup> S., BOUCKAERT, "De doorwerking van het IVRK in het Belgische Vreemdelingenrecht", *FJR*, 2004, 70;

<sup>34</sup> Arbrb. Brugge 24 december 2001, *T. Vreemd.*, 2003, 62.

Toch blijkt dat ook in zaken waar geen medische omstandigheden aan de orde zijn, een beroep op art 57§2 OCMW-wet in combinatie met art 8 EVRM ouders van minderjarige

kinderen vaak een verblijfsrecht verschaft op grond van het recht op gezinshereniging.<sup>35</sup> Vaak schenken asielzoeksters het leven aan kinderen op ons grondgebied die dan de Belgische nationaliteit verkrijgen indien ze een Belgische vader hebben of anders staatloos zouden zijn. Bij een bevel tot uitwijzing van de ouder(s) worden deze voor het dilemma geplaatst het kind met zich mee te nemen of het in België achter te laten. In beide gevallen wordt het kind een familieleven met één der ouders ontzegd en bovendien kan zo'n kind als Belgisch onderdaan principieel niet het voorwerp uitmaken van een beslissing tot uitwijzing.<sup>36</sup> Een uitwijzing van een Belgisch onderdaan is dan ook een disproportionele aantasting van art 8 EVRM.<sup>37</sup> Vaak oordelen rechtbanken dan ook, op grond van art 8 EVRM en geïnspireerd door de jurisdictie van het EHRM, dat aan de ouder een eigen verblijfsrecht toekomt zodat een volwaardig familie- en gezinsleven kan uitgebouwd worden. Bovendien zullen zij, als ouder met een minderjarig kind ten laste, ook recht hebben op maatschappelijke dienstverlening.<sup>38</sup> Het verblijfsrecht waarover de ouder beschikt zal, net zoals in het arrest Zhu en Chen het geval was, niet alleen afgeleid zijn van het eigen verblijfsrecht van het kind maar tevens het nuttig effect ervan waarborgen.

### 2.1.3. *Het recht op gezinshereniging : de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

Een eerste belangrijk zaak is het arrest *Gül*.<sup>39</sup> In 1982 laat de heer Gül zijn echtgenote en twee zonen in Turkije achter en vertrekt naar Zwitserland waar hij politiek asiel aanvraagt als Koerd. Zijn vrouw, die aan epilepsie lijdt en bij een aanval ernstige brandwonden oploopt, vervoegt hem enkele jaren later omdat zij van oordeel is dat ze in Zwitserland betere medische zorgen kan krijgen. Ze krijgen een dochter die kort na haar geboorte in een instelling wordt geplaatst waar zij permanent verblijft. De heer Gül en zijn vrouw dienen een verzoek in, gegrond op artikel 8 EVRM, om hun achtjarige zoon Ersin in het kader van gezinshereniging te laten overkomen. Dit wordt door de Zwitserse overheid geweigerd, ondermeer op basis van het gegeven dat Ersin amper drie maand oud was toen zijn vader hem verliet en hij sindsdien zijn leven in Turkije verder heeft opgebouwd. Het EHRM diende zich hier over de vraag te buigen of het voor het gezin Gül onmogelijk zou zijn hun familiaal leven in hun

<sup>35</sup> Arbrb. Brussel 7 februari 2005, *T. Vreemd.*, 2006, 343;

<sup>36</sup> Arbrb. Brussel 26 juni 2006, *T. Vreemd.*, 2006, 422;

<sup>37</sup> Arbrb. Brussel 2 februari 2006, *T. Vreemd.*, 2006, 337;

<sup>38</sup> Arbrb Brussel 6 juli 2006, [www.sdj.be](http://www.sdj.be);

<sup>39</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19 februari 1996, *Gül t. Zwitserland*.

land van oorsprong, Turkije, verder uit te bouwen. Het EHRM achtte het voor dit gezin niet onmogelijk hun familielevens in Turkije verder te beleven. Het EHRM besloot hiertoe in het belang van het kind, dat sinds zijn geboorte in Turkije verbleef en derhalve vertrouwd was met zowel de Turkse taal als de cultuur

Een tweede belangrijk Nederlands arrest betreft de zaak *Ahmut*.<sup>40</sup> De heer Ahmut, van Marokkaanse origine en vader van vijf kinderen, laat zijn gezin in Marokko achter en vertrekt naar Nederland. Na de dood van zijn moeder, wordt zijn zoon Souffiane tot de leeftijd van negen jaar samen met zijn broers en zussen door zijn grootmoeder opgevoed in Marokko. Souffiane vraagt een verblijfsvergunning aan om in het kader van het recht op gezinshereniging bij zijn vader in Nederland te kunnen komen wonen. Net zoals in het arrest *Giil* was het voor het EHRM van doorslaggevend belang dat het kind tot zijn negen jaar in Marokko was verbleven met zijn overige familie en derhalve vertrouwd was met zowel de taal als de cultuur. Het EHRM zag de afstand Nederland-Marokko niet als een beletsel voor de heer Ahmut om de graad van familielevens waarvoor hij zelf had gekozen door naar Nederland te verhuizen te handhaven. Bovendien waren er in deze zaak geen obstakels voor de man om zijn zoon in Marokko te vervoegen.<sup>41</sup>

Twee recentere arresten van het EHRM tonen echter aan dat, ondanks het gegeven dat minderjarigen gedurende lange tijd in hun land van origine verblijven zonder hun ouders, de bescherming van het gezinsleven toch een gezinshereniging vereist.

Het eerste arrest waar het EHRM in deze zin oordeelde is de zaak *Sen*.<sup>42</sup> De feiten van deze zaak zijn als volgt samen te vatten: de heer Sen kwam zelf op de leeftijd van twaalf jaar naar Nederland om daar zijn vader, in het kader van de gezinshereniging, te vervoegen. Begin jaren tachtig, huwt hij een Turkse vrouw die na het huwelijk in Turkije blijft wonen. Uit dit huwelijk wordt een dochter geboren, die na het vertrek van haar moeder, door haar tante en oom in Turkije verder wordt opgevoed. Twee andere kinderen van het gezin worden in Nederland geboren. De ouders doen een aanvraag in Nederland tot gezinshereniging met hun negenjarige dochter maar die wordt door de Nederlandse overheid geweigerd.<sup>43</sup> Het EHRM wijst hier echter op de regelmatige verblijfstitel waarover het echtpaar Sen beschikt dat door het EHRM als één van de obstakels wordt beschouwd voor het echtpaar om zelf hun leven in Turkije verder te zetten. Bovendien zijn de beide andere kinderen in Nederland geboren, alwaar zij school lopen en derhalve aan de taal en cultuur zijn aangepast.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 november 1996, *Ahmut t. Nederland*;

<sup>41</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 november 1996, *Ahmut t. Nederland*, §70;

<sup>42</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21 december 2001, *Sen t. Nederland*.

<sup>43</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21 december 2001, *Sen t. Nederland*, §9-14;

<sup>44</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21 december 2001, *Sen t. Nederland*, §40;

Een laatste, heel recent arrest betreft de zaak *Tuquabo-Tekle* waar de Nederlandse overheid de hereniging van een 15-jarig Eritrees meisje met haar familie weigerde.<sup>45</sup> De familie van het meisje had inmiddels de Nederlandse nationaliteit verworven door langdurig verblijf in Nederland. Het meisje zelf werd door haar grootmoeder in Eritrea verder opgevoed.

In deze vier arresten spreekt het EHRM zich, ondanks de sterke gelijkenissen inzake de voorliggende feiten, niet steeds in dezelfde zin uit. Bij het zoeken naar het doorslaggevend criterium dat door het EHRM wordt gehanteerd, dienen eerst en vooral de gelijkenissen tussen de verschillende zaken onderzocht te worden.

In deze vier besproken arresten is telkens het recht op gezinshereniging voor minderjarige kinderen aan de orde. De leeftijd kan hier echter niet als het essentiële criterium worden aangemerkt. Hoewel het in de arresten *Giil*, *Ahmut en Sen* om kinderen gaat van ongeveer dezelfde leeftijd (acht en negen jaar) die gedurende gelijkaardige periodes in het land van origine verbleven, besluit het EHRM alleen in de zaak *Sen* dat de ouders hun gezinsleven niet in het land van origine verder kunnen zetten.

Ook de al dan niet geldige verblijfstitel van de ouders weegt in de beoordeling van het EHRM mijn inziens niet het zwaarst door.

Ondanks de gelijkenissen inzake de feiten moet het antwoord op de vraag waarom het EHRM toch in andere zin beslist, gezocht worden in de door het EHRM gemaakte belangenafweging. In tegenstelling tot de zaak *Giil* waar het Hof een beperkte belangenafweging maakt, is die in de zaak *Ahmut* veel uitgebreider. In de zaak *Giil* beperkt de belangenafweging zich tot de vraag of de overkomst van de jongen nu werkelijk de enige manier is voor de ouders om een gezinsleven uit te bouwen. In *Ahmut* daarentegen, worden verschillende elementen in de beoordeling betrokken zoals onder meer de in Marokko wonende familieleden die zich over het kind kunnen ontfermen en het gegeven dat het kind in een Marokkaanse kostschool werd ingeschreven door zijn vader.<sup>46</sup> Deze uitgebreide belangenafweging wordt door het EHRM eveneens gemaakt in het arrest *Sen*. Het EHRM wijst in zijn beoordeling niet alleen op de gelijkenissen met het arrest *Ahmut* maar tevens op de verschillen. Bij de beoordeling in het arrest *Sen* legt het EHRM sterk de nadruk op de integratie van de ouders. Het wijst erop dat de ouders niet alleen over een geldige verblijfstitel beschikken, maar tevens hun verder gezin uitbouwden in Nederland waar later nog twee andere kinderen uit het huwelijk werden geboren. Het is hier volgens het EHRM van groot belang dat deze twee kinderen zowel geboren als opgevoed zijn in Nederland. Het uit hun vertrouwde omgeving weghalen zou dan ook een schending inhouden van art 8 EVRM.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Europees Hof voor de rechten van de Mens, 1 december 2005, *Tuquabo-Tekle* t. Nederland.

<sup>46</sup> P. DE HERT, *Art 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 278;

<sup>47</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21 december 2001, *Sen* t. Nederland, §40;

In het arrest *Tuquabo-Tekle* tenslotte, stelt het EHRM zich de vraag of de Nederlandse autoriteiten een redelijke afweging maakten tussen de belangen van de gemeenschap en die van het individu. Het EHRM verwijst bij deze beoordeling naar de gelijkaardige feiten die zich voordeden in het arrest *Sen*. In beide arresten zijn de ouders in het bezit van een rechtmatige verblijfstitel en werden de andere kinderen van het gezin in Nederland geboren. Wederom legt het EHRM, net als bij *Sen*, de nadruk op de band die beide andere kinderen met Nederland hebben gezien zij enkel in dit land hebben gewoond, hier school lopen en derhalve met de Nederlandse taal en cultuur vertrouwd zijn.<sup>48</sup> Opmerkelijk is echter, dat de vraag of een gezinsleven in Eritrea mogelijk zou zijn, niet door het EHRM wordt beantwoord. Dit staat in schril contrast met de drie ander besproken arresten en in het bijzonder met het arrest *Güil* waar het EHRM zich de vraag stelt of een gezinshereniging op het Zwitsers grondgebied werkelijk de enige manier is om een familieleven met het kind te ontwikkelen.

Wat het opmerkelijk verschil in leeftijd betreft (Ersin Sen is 9 terwijl Mehret reeds 15 is) oordeelt het EHRM dat net de al gevorderde leeftijd van Mehret haar overkomst naar Nederland zo dringend maakt. Zij werd immers door haar grootmoeder van school afgehaald omdat zij oud genoeg was om uitgehuwelijkt te worden. Haar moeder, die allerminst akkoord bleek met de opvoeding die het kind van haar grootmoeder kreeg, kon hierin echter niet ingrijpen zolang het kind op buitenlands grondgebied verbleef.

### 3. DE ROL VAN HET INTERNATIONAAL VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN HET KIND

Dit verdrag werd op 20 november 1989 aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.<sup>49</sup> Onder een kind wordt een jongere bedoeld die de leeftijd van achttien nog niet heeft bereikt tenzij volgens zijn of haar nationale wetgeving de meerderjarigheidsgrens vroeger valt. Het Verdrag bevat niet expliciet een recht op gezinshereniging maar op grond van samenlezing van de artikelen 5, 7, 8,

---

<sup>48</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 1 december 2005, *Tuquabo-tekle t. Nederland*, §43-52.

<sup>49</sup> Verdrag van 20 november 1989 inzake de Rechten van het kind aangenomen te New York op 20 november 1989, *B.S.* 24 maart 1993;

9, 10, 16,18 en 27 lid 2, zien we dat de inhoud van het IVRK in letter en geest in die richting verwijst.<sup>50</sup>

Het verdrag gaat verder dan art 8 EVRM en stelt voorop dat kinderen bij hun ouders horen. Scheiding van beide, gezien de kwetsbare positie van kinderen, kan alleen als dit in hun belang is.<sup>51</sup> Bij alle maatregelen die kinderen betreffen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.<sup>52</sup>

In het kader van dit seminarie is vooral art 10 IVRK van belang. Dit artikel handelt immers over het recht van kinderen en hun ouders om het even welk land te verlaten en hun eigen land terug binnen te komen met het oog op hereniging of om de ouder-kind relatie te onderhouden. Net zoals art 10 beoogt ook art 9 IVRK hetzelfde doel, namelijk de bescherming van kinderen tegen een mogelijke scheiding met hun ouders. Beide artikelen speelden trouwens een rol bij de beoordeling van het Hof van justitie toen het zich diende te buigen over de geldigheid van een aantal bepalingen van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Hierop wordt echter dieper ingegaan onder punt 4.2.b.

Het IVRK zal in de nationale rechtspraak dan ook vaak een hinderpaal zijn om een minderjarig kind en zijn gezin uit te wijzen. Indien de ouders uitgeprocedeerd zijn, zal het kind op grond van het in het IVRK gewaarborgde recht op een menswaardig bestaan, vaak een recht hebben op zowel volwaardige maatschappelijke steun als de aanwezigheid van zijn ouders.<sup>53</sup>

## **4. HET RECHT OP GEZINSHERENIGING IN DE EU**

### **4.1 DE EUROPESE REGELGEVING EN DE INTERPRETATIE ERVAN DOOR HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN**

Hoewel het verblijfsrecht op het grondgebied van lidstaten voornamelijk door nationaal recht wordt geregeld, moeten de lidstaten voorrang geven aan de terzake geldende Europese regelgeving.

Het burgerschap van de Europese Unie en het eraan verbonden verblijfsrecht in een EU-lidstaat is voorbehouden aan zij die de

---

<sup>50</sup> S., MEUWESE, C., MORELLI en A., WOLTHUIS, "Gezinshereniging in het Nederlands Vreemdelingenrecht getoetst aan het VN-verdrag inzake de Rechten van het Kind", *Migrantenrecht*, 2000, 192;

<sup>51</sup> S., MEUWESE, C., MORELLI en A., WOLTHUIS, "Gezinshereniging in het Nederlands Vreemdelingenrecht getoetst aan het VN-verdrag inzake de Rechten van het Kind", *Migrantenrecht*, 2000, 193;

<sup>52</sup> Kort Ged. Brussel 16 november 2005, *T. Vreemd.*, 2006, 203.

<sup>53</sup> Arbrb.Brugge, 24 december 2001, *T. Vreemd*, 2003 p 60;

nationaliteit van een EU-lidstaat bezitten.<sup>54</sup> Artikel 18 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap bepaalt immers dat “iedere burger van de Unie het recht heeft vrij op het grondgebied van de Unie te reizen en te verblijven”.<sup>55</sup> Dit vrij verkeer is gebaseerd op art 14 EG-verdrag dat de interne markt omschrijft als een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van onder andere personen en diensten wordt verzekerd.

De relevante verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen zijn naast art 18, de artikelen 39, 43 en 49 EG-verdrag die toegang tot het grondgebied verlenen aan werknemers, zelfstandigen of dienstverleners/ontvangers.

Deze categorie van Europese burgers werd uitgebreid door de richtlijn 2004/38 inzake het vrij verkeer voor burgers van de EU en hun familieleden.<sup>56</sup> Deze richtlijn diende uiterlijk tegen 30 april 2006 in Belgische wetgeving te zijn omgezet. België kwam deze verplichting, naar goeie gewoonte, niet tijdig na. Niettemin hebben verschillende bepalingen van deze richtlijn sinds 1 mei 2006 directe werking. De ministerraad keurde recentelijk een wetsontwerp goed over het tweede luik van de hervorming van de verblijfwet. Dit wetsontwerp dient ter implementatie van de richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de EU en hun familieleden.<sup>57</sup> Deze tekst is echter op heden, bij gebrek aan goedkeuring door de senaat nog niet in werking getreden.<sup>58</sup>

Volgens het wetsontwerp kunnen de volgende familieleden van een Belg of EU-burger kunnen gezinshereniging aanvragen, voor zover ze de Belg of EU-burger begeleiden of zich bij hem voegen: de echtgenoot, de vreemdeling die een wettelijk geregistreerd partnerschap heeft gesloten met de Belg of EU-burger (al dan niet gelijkwaardig aan het huwelijk), de (klein)kinderen van de Belg of EU-burger of van diens echtgenoot of

---

<sup>54</sup> Art. 17 EG-verdrag;

<sup>55</sup> Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *B.S.* 25 december 1957;

<sup>56</sup> 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 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, *P.B. L.* 30 april 2004, afl. 158, 77-123.

<sup>57</sup> 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 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, *P.B. L.* 30 april 2004, afl. 158, 77-123;

<sup>58</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St. Kamer* 2006-2007, nr. 2845/001.

partner, op voorwaarde dat ze jonger zijn dan 21 jaar of ouder en ten laste, de (groot)ouders van de Belg of EU-burger of van diens echtgenoot of partner, op voorwaarde dat ze ten laste zijn. Deze laatste categorie kan echter geen gezinshereniging vragen met de EU-student. Bovendien zal er, in tegenstelling tot wat nu geldt, geen recht op gezinshereniging meer bestaan voor de echtgenoten van (klein)kinderen of (groot)ouders van Belgen of EU-burgers.

Aan de gezinshereniging werden de nodige voorwaarden gekoppeld. De economisch niet-actieve EU-burger die zich wil laten vervoegen kan dit enkel wanneer hij voor zijn familie over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering beschikt, de EU-student die zich wil laten vervoegen kan dit enkel wanneer hij voor zijn familie over voldoende bestaansmiddelen beschikt. De Belg die zich wil laten vervoegen door zijn (groot)ouders, of door de (groot)ouders van zijn echtgenoot, moet over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering beschikken. Voor de overige categorieën EU-burgers gelden er geen bijkomend voorwaarden voor gezinshereniging.

Het wetsontwerp, dat door de ministerraad recentelijk werd goedgekeurd in het kader van het tweede luik van de hervorming van de verblijfswet, voert tevens een nieuw verblijfsstatuut in voor niet-EU onderdanen (derdelanders) die langdurig in België of een ander EU-land wonen. Zoals hoger reeds vermeld is deze tekst nog niet in werking getreden bij gebreke aan parlementaire goedkeuring. Dit wetsontwerp houdt de omzetting naar Belgische wetgeving in van de Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen.<sup>59</sup> De regels inzake gezinshereniging met een langdurig ingezetene zijn volledig gelijk aan de regels gezinshereniging met een vreemdeling die toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van onbepaalde duur of die gemachtigd is tot vestiging zoals geregeld in de Gezinsherenigingsrichtlijn 3003/86/EG die verder in dit werk zal worden besproken.

Deze voornoemde, recente richtlijnen buiten beschouwing gelaten, dient opgemerkt dat het verblijfsrecht voor derdelanders slechts sporadisch door het Europees recht wordt geregeld zodat er ruimte is voor nationale belevingsvrijheid.<sup>60</sup>

Het EU-recht verleent niet EU-onderdanen echter in bepaalde omstandigheden toch een verblijfsrecht in een EU-staat. Dit verblijfsrecht kan gebaseerd zijn op een band (familiaal of economisch) met een economisch actieve EU-burger.<sup>61</sup> Wat het verblijfsrecht voor niet-

<sup>59</sup> Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen, *PB. L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44-53;

<sup>60</sup> DESOMER, M., FOUBERT, P. en LENAERTS, K. e.a., *Themis. School voor postacademisch juridische vorming 2002-03*, Brugge, Die Keure, 2002, 87;

<sup>61</sup> Art 10-11-12 verordening nr. 1612/68/EEG van de Raad van 25 oktober 1968 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de gemeenschap, *PB. L.* 19 oktober 1968, afl. 257;



economisch actieve burgers betreft, dient ondermeer verwezen te worden naar de richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht.<sup>62</sup> Deze richtlijn verschaft niet-economisch actieven en hun familieleden een verblijfsrecht, mits zij over voldoende bestaansmiddelen en een ziektekostenverzekering beschikken. Recentere Europese wetgeving hieromtrent betreft de richtlijn 2004/38 inzake het vrij verkeer voor burgers van de EU en hun familieleden, waarnaar hoger reeds werd verwezen.

Het verblijfsrecht van derdelanders, op grond van hun bestaande band met een EU-burger, wordt hen toegekend ongeacht hun nationaliteit. Hieruit volgt dat het altijd om een afgeleid recht gaat zodat de EU-onderdaan zelf gebruik moet maken van zijn op het EG-verdrag gebaseerde rechten en vrijheden opdat zijn familieleden eveneens een verblijfsrecht zouden hebben.<sup>63</sup> Dat dit door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna "Hof") erg strikt wordt geïnterpreteerd blijkt uit het arrest *Morson en Jhanjan*.<sup>64</sup> In deze zaak hadden beide verzoeksters, van Surinaamse nationaliteit, een vergunning tot verblijf in Nederland aangevraagd om zich bij hun dochter respectievelijk zoon te vestigen die de Nederlandse nationaliteit hebben en te wier laste zij komen. Zowel de zoon als de dochter zijn in Nederland in loondienst werkzaam. Beiden hebben bovendien nooit in een andere lidstaat dan Nederland in loondienst gewerkt. Hun verzoek wordt evenwel afgewezen. Beide verzoeksters vorderen in kortgeding dat aan de staat der Nederlanden het verbod zou worden opgelegd om hen uit te zetten. Zij baseren zich hiervoor in eerste instantie op art 10 lid 1 van verordening 1612/68, volgens hetwelk bepaalde familieleden van een werknemer die onderdaan is van een lidstaat en die op het grondgebied van een andere lidstaat is tewerkgesteld, waaronder bloedverwanten in opgaande lijn die te zijnen laste komen, het recht hebben zich met die werknemer aldaar te vestigen. In tweede instantie voeren beide verzoeksters de schending aan het in de artikelen 7 en 48 EEG-verdrag neergelegde discriminatieverbod.<sup>65</sup> Het Hof oordeelt echter dat het gemeenschaprecht een lidstaat niet verbiedt om aan een familielid, in de zin van art 10 van verordening 1612/68, van een werknemer die op het grondgebied van die lidstaat is tewerkgesteld en nooit van het recht op vrij verkeer binnen de gemeenschap gebruikt heeft gemaakt, de toegang tot of het verblijf op zijn grondgebied te weigeren, wanneer die werknemer de nationaliteit van die lidstaat bezit en het familielid de nationaliteit van een derde land.

<sup>62</sup> Richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht, *PB. L.* 3 juli 1990, afl.180, 26-27;

<sup>63</sup> DESOMER, M., FOUBERT, P. en LENAERTS, K. e.a., *Themis. School voor postacademisch juridische vorming 2002-03*, Brugge, Die Keure, 2002, 101;

<sup>64</sup> H.v.J. 27 oktober 1982, *Morson en Jhanjan t. Nederland*, 36/82.

<sup>65</sup> H.v.J. 27 oktober 1982, *Morson en Jhanjan t. Nederland*, 36/82, §1-4;

Het Hof sprak zich in het arrest *Kari Uecker en Vera Jacquet* opnieuw in zeer strikte zin uit.<sup>66</sup> De Noorse Uecker en Russische Jacquet, docenten Noors respectievelijk Russisch aan Duitse universiteiten, zijn beiden gehuwd met een Duits onderdaan en woonachtig te Duitsland. Beide dames sluiten een arbeidsovereenkomst met het Land Nordrhein-Westfalen om als lector vreemde talen aan de universiteit van Münster respectievelijk Bochum te werken. In overeenstemming met de terzake gelden Duitse wetgeving wordt hun arbeidsovereenkomst in duur beperkt. Uecker voert in haar betoog de strijdigheid van deze clausule aan met de Europese Economische Ruimte en in het bijzonder art 48 lid 2 EG-verdrag. Jacquet daarentegen beroept zich op het recht van gelijke behandeling zoals neergelegd in art 11 van verordening 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap en in art 7 van verordening 1251/70 van de Commissie van 29 juni 1970 met betrekking tot het recht van werknemers om verblijf te houden op het grondgebied van een Lidstaat en er een betrekking te hebben. De vraag waarover het Hof zich diende te buigen luidde als volgt: Omvat het recht van de echtgenoot die niet de nationaliteit van een lidstaat bezit, om op het gehele grondgebied van de betrokken lidstaat iedere arbeid in loondienst te aanvaarden, het recht om met betrekking tot de tewerkstellings- en arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder de voorwaarden waaronder een arbeidsverhouding rechtsgeldig voor bepaalde tijd kan worden aangegaan, door de werkgever in de betrokken lidstaat op dezelfde wijze te worden behandeld als waarop deze werkgever de echtgenoot die onderdaan van de Lidstaat is, zou moeten behandelen. Deze vraag wordt door het Hof negatief beantwoord. Het Hof stelt onder andere dat het burgerschap van de Unie, zoals voorzien in art 8 EG-verdrag, niet tot doel heeft de materiële werkings sfeer van het verdrag uit te breiden tot interne situaties die geen enkel aanknopingspunt hebben met het gemeenschapsrecht. Een onderdaan van een derde land, die gehuwd is met een werknemer die onderdaan is van een lidstaat, kan geen beroep doen op het recht verleend bij art 11 van verordening 1612/68 van de raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de gemeenschap, wanneer die werknemer nooit gebruik heeft gemaakt van het recht van vrij verkeer binnen de gemeenschap.<sup>67</sup>

In het arrest *Zhu en Chen* vloeide het afgeleide verblijfsrecht van de moeder voort uit het Europese burgerschap van het minderjarige kind.<sup>68</sup> Opnieuw was bovendien, net zoals in de twee hoger besproken arresten, nog geen gebruik gemaakt van het vrij verkeer. De feiten zijn als volgt

<sup>66</sup> H.v.J. 5 juni 1997, *Kari Uecker en Vera Jacquet t. Land Nordrhein-Westfalen*, C-64/96 en C-65/96.

<sup>67</sup> H.v.J. 5 juni 1997, *Kari Uecker en Vera Jacquet t. Land Nordrhein-Westfalen*, C-64/96 en C-65/96, §24;

<sup>68</sup> H.v.J. 19 oktober 2004, *Zhu en Chen tegen de Secretary of State for the Home Department*, zaak C-200/02;

samen te vatten: De heer Zhu en mevrouw Chen, beiden met de Chinese nationaliteit, werken voor een Chinese onderneming. In het kader van zijn beroepsbezigdheden reist de heer Zhu als één der directeuren vaak naar het Verenigd Koninkrijk. Zwanger van haar tweede kind, reist mevrouw Chen naar Belfast waar zij bevalt van Catherine.<sup>69</sup> Moeder en dochter wonen vanaf dan in Wales. Overeenkomstig de Wet van 1956 betreffende de Ierse nationaliteit en het Ierse burgerschap verkrijgt Catherine een Iers paspoort. In deze zaak moest het Hof zich buigen over de vraag of richtlijn 73/148, richtlijn 90/364 of art 18 EG juncto artikelen 8 en 14 EVRM aan een minderjarige onderdaan van een lidstaat van de EU, die ten laste is van haar ouders die zelf onderdaan zijn van een derde staat, het recht verleent om te verblijven in een andere lidstaat waar deze minderjarige ontvanger is van diensten op het gebied van kindertzorg.<sup>70</sup>

Het Hof beaamde dit. Volgens het Hof verlenen art 18 EG en richtlijn 90/364 in de omstandigheden zoals in deze zaak voorliggen een recht aan een minderjarige om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van deze lidstaat te verblijven. Het Hof erkent hier met andere woorden dat een minderjarig kind zich wel degelijk kan beroepen op de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde rechten van vrij verkeer en verblijf, en het (indien aan alle voorwaarden voldaan is) een verblijfsrecht voor onbepaalde duur in het V.K. moet krijgen.

*In casu* is het kind immers gedekt door een passende ziektekostenverzekering (vereiste van art 1 lid 1 richtlijn 90/364) en komt het ten laste van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen bovendien toereikend zijn zodat het kind niet ten laste komt van de overheidsfinanciën. Mevr. Chen kon zich echter niet op deze richtlijn beroepen aangezien zij niet ten laste kwam van haar dochter Catherine Zhu (zie art 1 lid 2 sub b richtlijn “bloedverwanten in opgaande lijn ten laste”). Haar geen verblijfsrecht toekennen zou echter volgens het Hof het nuttig effect (effet utile) aan het verblijfsrecht van het kind ontnemen. Het kind kon immers niet zonder haar moeder op het grondgebied verblijven en bij uitwijzing zou aan het kind het genot van haar eigen verblijfsrecht ontzegd worden.<sup>71</sup> Door het gebruik van de effect-utile leer (nuttig effect) kreeg mevrouw Chen aldus een verblijfsrecht, afgeleid van het verblijfsrecht van haar dochter en verbonden aan de voorwaarde van effectieve zorg door haar.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> H.v.J. 19 oktober 2004, Zhu en Chen tegen de Secretary of State for the Home Department, zaak C-200/02,§7-10.

<sup>70</sup> H.v.J. 19 oktober 2004, Zhu en Chen tegen de Secretary of State for the Home Department, zaak C-200/02,§16;

<sup>71</sup> H.v.J. 19 oktober 2004, Zhu en Chen tegen de Secretary of State for the Home Department, zaak C-200/02,§41-45;

<sup>72</sup> H.,VERSCHUEREN, “Gezinshereniging met EU-burgers door derdelandsonderdanen. Twee opmerkelijke arresten van het Europese Hof van Justitie in de zaken Akrich en Zhu en Chen”, *T. Vreemd*, 2005,121;

Het laatste en meest verrassend arrest is de zaak Carpenter.<sup>73</sup> Dit arrest veroorzaakte enige opschudding daar veel auteurs de mening toegedaan waren dat er in deze zaak geen enkel aanknopingspunt met het Europees recht kon gevonden worden en het derhalve om een puur interne situatie ging. Het Hof zag dit evenwel anders en slaagde er bijgevolg in om een afgeleid verblijfsrecht te creëren op grond van het vrij verkeer van diensten.

De feiten kunnen als volgt worden weergegeven: de Filippijnse mevr. Carpenter kwam het Verenigd Koninkrijk binnen met een bezoekersvisum dat zes maanden geldig was. Zij liet evenwel na tijdig de hernieuwing van haar vergunning tot verblijf aan te vragen. Twee jaar later trad zij in het huwelijk met een Brits onderdaan, de heer Carpenter. Mevr. Carpenter deed een aanvraag bij de Secretary of State for the Home Department om als echtgenoot van een Brits onderdaan in het Verenigd Koninkrijk te kunnen verblijven. Dit verzoek werd geweigerd en de Secretary of State nam een besluit tot uitzetting.<sup>74</sup> Mevr. Carpenter vocht dit besluit aan op grond van het afgeleide verblijfsrecht dat ze genoot via haar echtgenoot. Een belangrijk deel van de beroepsactiviteit van de heer Carpenter bestaat er immers uit, tegen een vergoeding, diensten te verrichten ten behoeve van in andere lidstaten gevestigde adverteerders. De heer Carpenter maakte dus gebruik van het door art 49 EG gewaarborgde recht op het vrij verkeer van diensten.<sup>75</sup> Een niet onbelangrijk gegeven in deze zaak is voorts dat bij zijn aanwezigheid in het buitenland, mevr. Carpenter de zorg voor de kinderen uit zijn eerder huwelijk op zich nam. Haar uitzetting zou de opvang voor die kinderen aanzienlijk bemoeilijken en zo zijn recht om diensten te verrichten als EU-burger aanzienlijk beperken.<sup>76</sup> Bij nalezing van bovengenoemde arresten valt eerst en vooral een opmerkelijke evolutie waar te nemen. Waar het afgeleide verblijfsrecht aanvankelijk al te eng werd geïnterpreteerd ging het naderhand over tot een meer soepele hantering van de geldende Europese regelgeving. Langzaam maar verliep het Hof de aanvankelijk zo strikt gestelde voorwaarde dat de EU-burger uit wiens eigen burgerschap een afgeleid verblijfsrecht voortvloeit, zelf een beroep op het vrij verkeer van diensten diende te doen. De regelgeving blijkt dan ook meer en meer een kneedbaar instrument te zijn in handen van het Hof van Justitie om net dat te verzekeren waar het veel waarde aan toekent, namelijk het gezinsleven van minderjarige kinderen met hun ouders. Toch blijkt ook hier, net zoals bij het EHRM, dat het Hof geen absoluut recht op gezinshereniging

---

<sup>73</sup> H.v.J. 11 juli 2002, Mary Carpenter t. Secretary of State for the Home Department, zaak C-60/00.

<sup>74</sup> H.v.J. 11 juli 2002, Mary Carpenter t. Secretary of State for the Home Department, zaak C-60/00, §3-16;

<sup>75</sup> H.v.J. 11 juli 2002, Mary Carpenter t. Secretary of State for the Home Department, zaak C-60/00, §29-30;

<sup>76</sup> DESOMER, M., FOUBERT, P. en LENAERTS, K. e.a., *Themis. School voor postacademisch juridische vorming 2005-06*, Brugge, Die Keure, 2005, 22.

voorstaat. Het Hof is derhalve ook hier genoodzaakt om in elke zaak opnieuw een zorgvuldige belangenafweging te maken.

## 4.2 DE GEZINSHERENIGINGSRICHTLIJN 2003/86 EG

### 4.2.1. *Ontstaan*

Op 1 december had de Europese commissie een ontwerp van deze richtlijn klaar.<sup>77</sup> De richtlijn zelf werd door de Raad pas aangenomen op 22 september 2003 en dient uiterlijk op 3 oktober 2005 in nationaal recht te zijn omgezet (zie art 20). Het uitgangspunt van deze richtlijn is de eerbiediging van het recht op familielevens zoals neergelegd in art 8 EVRM.<sup>78</sup>

Het is de eerste communautaire maatregel op het gebied van immigratie- en asielrecht op grond van de nieuwe vierde titel van het EG-verdrag.<sup>79</sup> De rechtsgrond van de richtlijn, zoals vermeld in de preambule, is art 63 lid 3, a EG-verdrag. De keuze van een richtlijn biedt meerdere voordelen. Een richtlijn geeft de lidstaten immers de mogelijkheid algemene beginselen waarop het gemeenschappelijk gezinsherenigingsrecht is gebaseerd in te passen in hun nationale rechtsorde. Hierbij kan dan rekening worden gehouden met de bijzondere eigenschappen van het desbetreffende rechtstelsel.<sup>80</sup> De harmonisatie die deze richtlijn tot stand brengt moet een halt toeroepen aan het forum-shopperen dat thans op het vlak van de gezinshereniging bestaat.<sup>81</sup>

### 4.2.2. *De Gezinsherenigingsrichtlijn ter discussie bij het Hof van Justitie*

Het Europees Parlement was echter niet meteen overtuigd van deze richtlijn. Het was de mening was toegedaan dat de bepalingen van de richtlijn niet strookten met de communautaire grondrechten, in het bijzonder het recht op familielevens.<sup>82</sup> Het Parlement stelde bijgevolg bij het Europees Hof van Justitie een beroep tot nietigverklaring in van zowel art 4 lid 1 laatste alinea en lid 6 alsook van art 8.

Het beriep zich op het recht op familielevens (art 8 EVRM, art 7 EU-Grondrechtenhandvest) en het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (art 14 EVRM, art 21 lid 1 EU-Grondrechtenhandvest).

<sup>77</sup> P., BOELES, "Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht", *Migrantenrecht*, 2000, 179;

<sup>78</sup> H., STAPLES, "Gezinshereniging naar komend Unie-recht", *NTER*, 2000, 77;

<sup>79</sup> P., BOELES, "Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht", *Migrantenrecht*, 2000, 179.

<sup>80</sup> H., STAPLES, "Gezinshereniging naar komend Unie-recht", *NTER*, 2000, 77;

<sup>81</sup> K., VANVOORDEN, "Recente ontwikkelingen van het Europees asiel- en migrantenrecht" in X, *Recht in beweging. 12<sup>de</sup> VRG-Alumnidag 2005*, 76;

<sup>82</sup> M.K., BULTERMAN, "Gezinsherenigingsrichtlijn houdt stand voor het hof van justitie: hof bindt gezinnen én de lidstaten", *NTER*, 2006, 205.

Artikel 4, lid 1, van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten uit hoofde van deze richtlijn toestemming tot toegang en verblijf geven aan in het bijzonder de minderjarige kinderen, met inbegrip van geadopteerde kinderen, van de gezinshereniger en diens echtgenoot, alsmede aan die van de gezinshereniger of van zijn echtgenoot, indien de ouder het gezag over de kinderen heeft en deze te zijnen laste komen. Volgens artikel 4, lid 1, voorlaatste alinea, moeten de in dit artikel bedoelde minderjarige kinderen jonger dan de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke meerderjarigheidsleeftijd en ongehuwd zijn. Artikel 4, lid 1, laatste alinea tenslotte bepaalt: „In afwijking hiervan kan de lidstaat voor een kind van boven de twaalf jaar, dat onafhankelijk van de rest van het gezin aankomt, nagaan of het aan een op de eerste datum van de uitvoering van deze richtlijn in zijn wetgeving vastgelegd integratiecriterium voldoet, alvorens toestemming te geven voor toegang en verblijf op grond van deze richtlijn.”

Het Hof herhaalt in zijn antwoord dat er geen absoluut recht bestaat op gezinshereniging en dat lidstaten bijgevolg in elke concreet geval bepaalde belangen moeten afwegen. Leeftijd is bovendien een factor waar ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens rekening mee houdt. De leeftijd van twaalf komt tevens overeen met een fase in het leven van een minderjarige waarin hij reeds een relatief lange periode in een derde in een derde land heeft gewoond zonder zijn gezinsleden, zodat een integratie in een andere omgeving meer problemen kan veroorzaken. Evenmin blijkt volgens het Hof dat communautaire wetgever niet voldoende aandacht heeft besteed aan de belangen van het kind. De inhoud van artikel 4, lid 1, van de richtlijn getuigt immers ervan dat de belangen van kinderen een doorslaggevende overweging waren bij de vaststelling van deze bepaling, en het blijkt niet dat de laatste alinea van dit artikel hiermee niet voldoende rekening houdt of de lidstaten die ervoor kiezen om een integratiecriterium in aanmerking te nemen, machtigt hiermee geen rekening te houden. Integendeel, zoals in herinnering is gebracht in punt 63 van dit arrest, verplicht artikel 5, lid 5, van de richtlijn de lidstaten om terdege rekening te houden met de belangen van minderjarige kinderen. Ook het feit dat de echtgenoot en het kind van boven de twaalf jaar niet op dezelfde wijze behandeld worden, kan niet als een ongerechtvaardigde discriminatie ten opzichte van het minderjarig kind worden beschouwd. Het eigenlijke doel van een huwelijk is immers om een duurzame levensgemeenschap tussen de echtgenoten te vormen, terwijl een kind van boven de twaalf jaar niet noodzakelijkerwijs lang bij zijn ouders zal blijven. Daarom kon het gerechtvaardigd zijn dat de communautaire wetgever rekening houdt met deze verschillende situaties en heeft hij daarvoor verschillende regels vastgesteld zonder met zichzelf in tegenspraak te komen.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> H.v.J. 27 juni 2006, Europees Parlement t. Raad, zaak C-540/03, §73-75;

Een tweede struikelblok voor het Parlement bestond erin dat lidstaten kunnen verlangen dat verzoeken tot gezinshereniging met betrekking tot minderjarige kinderen worden ingediend voordat deze kinderen vijftien jaar oud zijn. Art 4 lid 6 bepaalt immers dat de lidstaten, bij wijze van uitzondering kunnen verlangen dat verzoeken om gezinshereniging met betrekking tot minderjarige kinderen worden ingediend voordat deze kinderen 15 jaar oud zijn, zoals wordt bepaald in de bestaande wetgeving op datum waarop deze richtlijn toegepast wordt. Indien het verzoek wordt ingediend nadat de leeftijd van 15 jaar is bereikt, geven de lidstaten die besluiten deze afwijking toe te passen, voor deze kinderen bescherming tot toegang en verblijf om ander redenen dan gezinshereniging. Ook hier zag het Hof geen discriminatie. Volgens het Hof kan dit artikel niet uitgelegd worden in de zin dat het lidstaten zou verbieden een verzoek met betrekking tot een kind van boven de vijftien jaar in overweging te nemen of hen zou machtigen dit niet te doen.<sup>84</sup>

Art 8 van de richtlijn bepaalt tenslotte dat lidstaten van de gezinshereniger een periode van hoogstens twee jaar legaal verblijf op hun grondgebied mogen eisen voordat zijn gezinsleden zich bij hem voegen. In afwijking daarvan kan een lidstaat indien de op de datum van aanneming van deze richtlijn geldende wetgeving rekening houdt met zijn opnamecapaciteit, voorzien in een wachttijd van hoogstens drie jaar tussen de indiening van het verzoek om gezinshereniging en de afgifte van een verblijfstitel aan de gezinsleden. Ook dit artikel doorstaat de toets glansrijk. De bepaling heeft immers volgens het Hof niet tot gevolg dat iedere gezinshereniging wordt verhinderd, doch handhaaft een beperkte beoordelingsmarge voor de lidstaten door hen de mogelijkheid te bieden zich ervan te vergewissen dat de gezinshereniging in gunstige omstandigheden plaatsvindt, nadat de gezinshereniger gedurende een voldoende lange periode in de staat van ontvangst heeft verbleven zodat kan aangenomen worden dat er sprake is van voldoende integratie en een duurzame vestiging.<sup>85</sup>

De richtlijn heeft dus stand gehouden voor het Hof van Justitie en bindt bijgevolg de lidstaten en de gezinnen. Niettemin verwijst het Hof in haar beoordeling op het belang van een met het EVRM conforme implementatie en interpretatie. Het Hof stelt immers dat de uitvoering van de richtlijn onderworpen is aan het toezicht van de nationale rechterlijke instanties. Art 18 van de richtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten waarborgen dat de gezinshereniger en/of de leden van zijn gezin het recht heeft/hebben beroep in te stellen in geval van afwijzing van een verzoek tot gezinshereniging, van intrekking of niet-verlenging van een verblijfstitel of in geval van een verwijderingmaatregel. Indien zijn moeilijkheden ondervinden met betrekking tot de uitlegging of de geldigheid van deze richtlijn, staat het aan deze rechterlijke instanties om

---

<sup>84</sup> H.v.J. 27 juni 2006, Europees Parlement t. Raad, zaak C-540/03, §85;

<sup>85</sup> H.v.J. 27 juni 2006, Europees Parlement t. Raad, zaak C-540/03, §97-98.

het Hof onder de voorwaarden van art 68 Eg en 234 EG een prejudiciële vraag te stellen.<sup>86</sup>

Toch gaat het belang van dit arrest verder dan de erkenning van de geldigheid ervan. In dit arrest erkent het Hof expliciet het belang van het EU-Grondrechtenhandvest in het kader van de door het hof geboden rechtsbescherming.<sup>87</sup> Terwijl het Gerecht van Eerste Aanleg en een aantal Advocaten-Generaal al herhaaldelijk naar het Handvest hadden verwezen, leek het Hof elke verwijzing naar het Handvest zorgvuldig te vermijden, zolang het niet door de lidstaten formeel was bekrachtigd. Dat het Hof in deze zaak naar het EU-Grondrechtenhandvest verwijst, is op zich nog niet zo opmerkelijk. In de preambule van de gezinsherenigingsrichtlijn verwijst de gemeenschapswetgever namelijk zelf naar het EU-Grondrechtenhandvest. Toch is in deze zaak de meerwaarde van het Grondrechtenhandvest ten opzichte van het EVRM in elk geval gering. De toets van het Hof aan artikel 7 van het EU-Grondrechtenhandvest (familieleven) en art 24 (rechten van het kind) leveren geen uitbreiding op van de bescherming die volgens het Hof door art 8 EVRM wordt geboden.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> H.v.J. 27 juni 2006, Europees Parlement t. Raad, zaak C-540/03, §106;

<sup>87</sup> M.K., BULTERMAN, "Gezinsherenigingsrichtlijn houdt stand voor het hof van justitie: hof bindt gezinnen én de lidstaten", *NTER*, 2006, 208;

<sup>88</sup> M.K., BULTERMAN, "Gezinsherenigingsrichtlijn houdt stand voor het hof van justitie: hof bindt gezinnen én de lidstaten", *NTER*, 2006, 208.



## 5. HET RECHT OP GEZINSHERENIGING IN BELGIË OP GROND VAN DE WET VAN 15 DECEMBER 1980 BETREFFENDE DE TOEGANG TOT HET GRONDGEBIED, HET VERBLIJF, DE VESTIGING EN DE VERWIJDERING VAN VREEMDELINGEN

### 5.1. HET RECHT OP GEZINSHERENIGING VOOR MINDERJARIGEN

Het recht op gezinshereniging in België wordt geregeld door de Vreemdelingenwet.<sup>89</sup> Deze wet maakt slechts een onderscheid tussen enerzijds de minderjarige kinderen van niet EU-ouders met inbegrip van niet-Belgische ouders (art 10) en anderzijds de minderjarige kinderen van EU-ouders met inbegrip van Belgische ouders (art 40). Minderjarigen van EU-ouders als Belgische ouders worden in deze wet gelijk behandeld, waardoor er bijgevolg in de Belgische Vreemdelingenwet geen sprake is van de door het gemeenschapsrecht toegelaten omgekeerde discriminatie. Bij nalezing van art 10 Vreemdelingenwet wordt duidelijk over welke kinderen de gezinshereniging van niet EU-ouders handelt, namelijk kinderen die te hunnen laste zijn en die met hen komen samenleven alvorens zij de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt, tenzij een internationaal verdrag dat België bindt meer voordelige bepalingen bevat.

Deze zinsnede vraagt om enige uitleg. Er is geen betwisting meer dat met "hun kinderen" zowel de gemeenschappelijke kinderen van een echtpaar als kinderen van één van beiden uit een vorig huwelijk bedoeld wordt. Bovendien kunnen die kinderen zowel wettig, natuurlijk als geadopteerd zijn.<sup>90</sup> Kinderen ouder dan achttien, zelfs indien zij naar eigen nationaal recht nog steeds minderjarig en bovendien nog ten laste van hun ouders zijn, kunnen slechts met inroeping van humanitaire omstandigheden (art 9 Vreemdelingenwet) of op grond van art 8 EVRM hopen dat hun verblijf wordt gemachtigd.<sup>91</sup>

Ouders van niet EU-onderdanen kunnen in beginsel niet naar België komen via gezinshereniging. Hierop bestaat slechts één uitzondering: de ouders ten laste van een onderdaan van Turkije kunnen in "bijzondere gevallen" via gezinshereniging naar België komen op basis van een bilateraal Verdrag dat België afsloot met Turkije (16/07/1964). Dit begrip

<sup>89</sup> Wet 15 december 1980 betreffende de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 31 december 1980;

<sup>90</sup> L., WALLEYN, "Gezinshereniging van niet E.U.-vreemdelingen na de wet van 6 augustus 1993", *T Vreemd.*, 1995, 12;

<sup>91</sup> S., D'HONT, *Relatievorming en gezinshereniging getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, de bescherming van het gezinsleven en de interne en internationale beslissingsharmonie, proefschrift aangeboden tot het verkrijgen van de graad Doctor in de rechten*, K.U.Leuven, 2003, 886.

wordt verder niet gedefinieerd. De Turkse onderdaan die zijn ouders naar België wil laten komen moet ten eerste reeds 1 maand in België gewerkt hebben, ten tweede nog steeds tewerkgesteld zin in België en ten derde over aangepaste huisvesting beschikken om de ouders(s) op te vangen. Ouders van andere vreemdelingen kunnen eventueel wel een beroep doen op de procedure van artikel 9, lid 3 indien het voor hun bijna onmogelijk is om een gezinsleven te hebben.<sup>92</sup>

Toch zijn het niet alleen buitenlandse kinderen die in het kader van de gezinshereniging naar België proberen over te komen. Vaak doet de omgekeerde situatie zich immers voor waar vreemdelingen hun uitwijzing proberen te verhinderen door een beroep te doen op de gezinshereniging om bij hun Belgische kinderen te kunnen blijven.<sup>93</sup> Een tweede vorm van gezinshereniging betreft dan ook die met een EU-onderdaan of een Belg en wordt geregeld in art 40 Vreemdelingenwet.

Binnen de Europese Unie, zoals hoger reeds besproken, geldt het vrij verkeer van personen. De in ons land geldende verblijfsreglementering voor EU-burgers is dan ook veel soepeler dan die voor onderdanen van derdelanden. Familieleden van EU-onderdanen, die zelf geen EU-onderdaan zijn, hebben geen zelfstandige recht op binnenkomst en verblijf in één van de lidstaten. Zij beschikken over een afgeleid recht. Hieruit volgt dat het altijd om een afgeleid recht gaat zodat de EU-onderdaan zelf gebruik moet maken van zijn op het EG-verdrag gebaseerde rechten en vrijheden opdat zijn familieleden eveneens een verblijfsrecht zouden hebben. Dat deze voorwaarde thans niet meer zo strikt wordt geïnterpreteerd door het Hof van Justitie bleek al uit de onder punt 4.1 besproken arresten.

Wat het huidige recht op gezinshereniging voor minderjarige kinderen van Belgen of EU-onderdanen betreft bepaalt art 40 Vreemdelingenwet dat minderjarigen recht hebben op gezinshereniging tot de leeftijd van 21 jaar of zolang ze hen tot last zijn.

Een eerste onderscheid tussen de behandeling van minderjarigen enerzijds van Belgen of EU-onderdanen en anderzijds niet EU-onderdanen ligt dan ook in het leeftijdsverschil. Waar kinderen van niet EU-onderdanen of niet Belgen slechts recht hebben op gezinshereniging tot hun achttiende levensjaar, hebben minderjarigen van EU-onderdanen of Belgische ouders dit recht tot hun éénnentwintigste levensjaar. Dit houdt in dat ze dus eigenlijk niet minderjarig moeten zijn om in het kader van de gezinshereniging naar België te komen en bovendien geldt dit recht ook als ze reeds in hun eigen onderhoud voorzien.<sup>94</sup> Minderjarigen van niet EU-

---

<sup>92</sup> www.vmc.be;

<sup>93</sup> Brussel 6 oktober 2006, [www.sdj.be](http://www.sdj.be).

<sup>94</sup> S., D'HONT, *Relatievorming en gezinshereniging getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, de bescherming van het gezinsleven en de interne en internationale beslissingsharmonie, proefschrift aangeboden tot het verkrijgen van de graad Doctor in de rechten*, K.U.Leuven, 2003, 893;

onderdanen of niet-Belgen moeten daarentegen nog ten laste van hun ouders zijn.

Een tweede belangrijk onderscheid ligt in de cascaderегeling die enkel aan minderjarigen van niet-Belgen of niet EU-onderdanen wordt opgelegd (zie art 10 lid 4 derde alinea). Het cascadeverbod houdt in dat een ouder die zelf gebruik maakte van het recht op gezinshereniging om België binnen te komen zich later niet op dit recht kan beroepen om zijn eigen kinderen te laten overkomen. Dit verbod is echter niet absoluut. In een arrest van de Raad van State van 13 oktober 1995 oordeelde de Raad dat de regels voor gezinshereniging voor gehandicapte kinderen primeren boven de cascaderегels bij gezinshereniging.<sup>95</sup> Bovendien werd deze cascaderегeling in de wet van 15 september 2005 tot wijziging van de Vreemdelingenwet niet behouden.

Een laatste duidelijk verschil in behandeling ligt in het verbod op verspreide gezinshereniging dat enkel geldt voor minderjarigen van niet EU-onderdanen of niet-Belgen (art 10 lid 4 tweede alinea). Dit verbod houdt in dat wanneer een ander familielid al gebruik maakte van het recht op gezinshereniging om in België binnen te komen, de overige familieleden er slechts gebruik kunnen van maken tijdens hetzelfde en het daarop volgende kalenderjaar.

## 5.2. DE BILATERALE TEWERKSTELLINGSOVEREENKOMSTEN GESLOTEN DOOR BELGIË

Hierboven werd al aangehaald dat er een discriminatie bestaat op het vlak van leeftijd bij gezinshereniging tussen EU-onderdanen en Belgen enerzijds en niet EU-onderdanen anderzijds. Bij niet EU-onderdanen onderling bestaat echter ook een verschil in behandeling. Op basis van bilaterale tewerkstellingsovereenkomsten werd immers een categorie van bevoorrechte derdelanders gevormd. In twee arresten (arresten van 29 november 1991<sup>96</sup> en 15 juli 1992<sup>97</sup>) bevestigde de Raad van State dat bepalingen met betrekking tot gezinshereniging uit bilaterale overeenkomsten rechtstreekse werking hebben in de Belgische rechtsorde.<sup>98</sup> Deze derdelanders zijn bevoorrecht op zij die onder het toepassingsgebied van de Vreemdelingenwet vallen. Deze laatste zijn immers gebonden aan de in art 10 van deze wet gestelde leeftijdsbeperving, terwijl bij de bilaterale overeenkomsten de minderjarigheid van descendenten wordt bepaald door hun eigen nationaal recht. Kinderen van Marokkanen en Turken zullen zich derhalve

<sup>95</sup> R.v. St., 13 oktober 1995, *T. Vreemd.*, 996, 29.

<sup>96</sup> R.v. St., 29 november 1991, *T.V.R.*, 1992, nr. 64, 161;

<sup>97</sup> R.v. St., 15 juli 1992, *T.V.R.*, 1992, nr. 65, 260;

<sup>98</sup> H., VERSCHUEREN, "Het recht op gezinshereniging in de bilaterale tewerkstellingsovereenkomsten gesloten door België en de verdragen met derde landen gesloten door de E.G.", *T Vreemd.*, 1995, 16;

tot de leeftijd van twintig jaar bij hun ouders kunnen voegen en kinderen van Algerijnen tot de leeftijd van negentien jaar.<sup>99</sup>

## 6. DE WET VAN 15 SEPTEMBER 2006 TOT WIJZIGING VAN DE VREEMDELINGENWET IN HET KADER VAN DE GEZINSHERENIGINGSRICHTLIJN

Recentelijk werd, in het kader van de door de Raad aangenomen Gezinsherenigingsrichtlijn, de nieuwe Verblijfwet goedgekeurd door Kamer en Senaat op 12 en 14 juli 2006 die de huidige regelgeving aanpast voor gezinshereniging met een niet-EU-onderdaan die in België verblijft.<sup>100</sup> Deze wet van 15 september 2006 tot wijziging van de Vreemdelingenwet houdt een aanzienlijke verstrenging in van de criteria om gezinshereniging te bekomen. Bij het opstellen van het ontwerp wilde men de ogen niet sluiten voor het misbruik van de procedure van de gezinshereniging als migratiemiddel waarmee men thans te kampen heeft. Naast de afschaffing van de cascadereregeling is de financiële zekerheid waarover de gezinshereniger moet beschikken een eerste opmerkelijke wijziging. In artikel 10 §1 worden niet alleen toereikende, stabiele en regelmatige middelen bestaansmiddelen vereist maar ook huisvesting en een ziekteverzekering. Hiermee wil men voorkomen dat de immigranten ten laste zouden komen van de openbare overheden. Deze voorwaarden werden nagenoeg letterlijk overgenomen uit art 7 van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Deze voorwaarde is toch enigszins discriminerend aangezien zij in het voordeel zal spelen van zij die bemiddeld zijn. Het is dan ook maar de vraag of dit strookt met art 8 EVRM.<sup>101</sup>

De leeftijd voor de minderjarige kinderen van de gezinshereniger blijft staan op achttien jaar en ook de voorwaarde dat deze ten laste zijn van de ouders blijft behouden. Voor de ongehuwde meerderjarige kinderen, die wegens hun gezondheidstoestand niet in staat zijn voor zichzelf te zorgen, verandert er weinig. Zij hebben recht op gezinshereniging mits zij het bewijs voorleggen dat ze effectief ten laste zijn aangevuld met een doktersattest. Discriminatie tussen kinderen van EU-onderdanen en derdelanders (tot 21 jaar) op het vlak van leeftijd die reeds bestond blijft dus behouden.

<sup>99</sup> S., D'HONT, *Relatievorming en gezinshereniging getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, de bescherming van het gezinsleven en de interne en internationale beslissingsharmonie, proefschrift aangeboden tot het verkrijgen van de graad Doctor in de rechten*, K.U.Leuven, 2003, 887;

<sup>100</sup> Gepubliceerd in het belgisch staatsblad op 6 oktober 2006.

<sup>101</sup> [http://www.progresslaw.net/NL/persberichten/persbericht\\_130406nl.pdf](http://www.progresslaw.net/NL/persberichten/persbericht_130406nl.pdf).

Een tweede discriminatie tussen EU-onderdanen en derdelanders kan worden gevonden in het verbod voor deze laatste, tenzij deze erkend zijn als vluchteling en jonger dan achttien, om hun ouders te laten overkomen. De Richtlijn bepaalt in artikel 4 lid 2 b immers dat het aan de lidstaten vrij staat de gezinshereniging toe te staan met bloedverwanten in opgaande lijn. België is derhalve wat dit betreft strenger geweest dan de richtlijn vereiste.

## 7. BESLUIT

De stroom immigranten naar Europa de laatste decennia mee geconfronteerd werd nam gestaag toe. Dit resulteerde in een migratiestop voor derdelanders in de jaren zeventig. Sindsdien kunnen zij enkel in het kader van asiel, gezinsvorming en gezinshereniging naar België komen. Ondanks deze migratiestop bleven de problemen zich opstapelen. De snel-Belgwet en het lakse asielbeleid van de vorige regering zouden volgens sommigen de oorzaak zijn van de problemen waarmee we thans te kampen hebben. Onze maatschappij kenmerkt zich door het gedwongen samenleven van vele culturen. Wij leven niet alleen in een multiculturele samenleving, doch ook in een immigratiesamenleving. De globalisering van de arbeidsmarkt verlaagt de migratiedrempel. Het rijke westen zal dan ook in de toekomst vreemdelingen blijven lokken.

Gezinshereniging is een belangrijk migratiekanaal dat zich in de praktijk leent tot misbruik. Hoewel een staat misbruik van een wetgeving niet moet tolereren, kan men ouders niet verwijten het beste voor hun kind te willen. Welke ouder zou de kans niet grijpen om zijn kind in een welvarend land te laten opgroeien waar het des te meer kansen krijgt? Lang aanslepende asielprocedures zorgen ervoor dat vreemdelingen gedurende lange tijd in het ongewisse blijven over hun statuut. Hierdoor wordt het dan steeds moeilijker om niet erkende asielzoekers uit te wijzen. Hun kinderen groeien hier verder op, gaan naar school en leren onze taal. Kinderen, die hier vaak al op jonge leeftijd zijn toegekomen, uit hun bekende omgeving wegrukken en terugsturen naar een land dat ze vaak niet kennen lijkt dan ook inhumain.

Het recht om een gezinsleven uit te bouwen is een hoeksteen van onze samenleving. Dit recht wordt ondermeer gewaarborgd in art. 22 van onze Belgische Grondwet en in internationale verdragen zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

De vraag of er een recht op gezinshereniging is moet positief beantwoord worden. Niettemin blijkt uit de rechtspraak van zowel het EHRM als het Hof van Justitie dat dit geenszins een absoluut recht is. Telkens dienen verschillende belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Zaken met

ogenshijnlijk identieke feiten hebben hierdoor vaak toch een andere uitkomst.

Dit toont aan dat gezinshereniging een complexe en delicate problematiek is. Dit grondrecht is thans herleid tot een structurele migratiepolitiek.

Niet alleen België wordt met deze problematiek geconfronteerd, doch ook andere welvarende Europese landen. Een gezamenlijk Europees immigratiebeleid staat dan ook al enige tijd op top van de agenda. Men ziet in dat het weinig waarschijnlijk is dat de immigratiedruk op Europa in de toekomst zal afnemen. Een geharmoniseerd beleid dringt zich dus stilaan op. De Gezinsherenigingsrichtlijn is hierbij een stap in de goede richting. Deze gaf de lidstaten de vrijheid om gunstiger bepalingen voor derdelanders in hun nationale wetgeving in te voeren. België maakte hier echter geen gebruik van. Het wetsontwerp tot wijziging van de Vreemdelingenwet is dan ook op heel wat punten aanzienlijk strenger dan de richtlijn vereiste.

De tegenstelling tussen het vrij verkeer voor EU-burgers enerzijds en vreemdelingen anderzijds lijkt steeds groter te worden. Waar men de grenzen voor derdelanders steeds meer probeert af te sluiten, gaan die voor EU-burgers steeds verder open. Europa wordt immers steeds groter waardoor steeds meer onderdanen van verschillende lidstaten het EU-burgerschap en het bijhorende recht van vrij verkeer en vestiging verkrijgen. Toch lijkt Europa toch ook hier voorzichtiger te zijn geworden. Op 1 januari 2007 traden zowel Roemenië als Bulgarije tot de Europese Unie toe. Uit een angst voor een massale immigratiestroom van deze landen voegde men, net zoals bij de toetreding van andere Oost-Europese landen trouwens het geval was, een twee jaar durende overgangsregeling in inzake het vrij verkeer van werknemers. Hierdoor zal in de eerste twee jaar na de toetreding van Bulgarije en Roemenië de toegang van Bulgaarse en Roemeense werknemers tot de arbeidsmarkten van de EU-lidstaten afhankelijk zijn van de nationale wetgeving en het nationale beleid van deze lidstaten, en van eventuele bilaterale overeenkomsten tussen die lidstaten en Bulgarije of Roemenië. Waar enkele lidstaten van plan zijn hun arbeidsmarkten volledig open te stellen voor Bulgaarse en Roemeense werknemers, zullen andere EU-lidstaten de toegang beperken.

Deze aanpak, zowel op Europees als nationaal vlak, geeft aan dat het lakse migratiebeleid in de toekomst niet langer zal gelden. De eerste tekenen hiervan zijn in België al merkbaar. Na de hervorming van de gezinshereniging met niet-EU onderdanen, besliste de federale regering in december ook over het recht op gezinshereniging met Belgen en EU-onderdanen. Het geheel van de hervormingen zou in werking treden in april 2007.<sup>102</sup> Hieruit blijkt dat de regering een discriminatie wil invoeren

---

102

<http://www.vmc.be/uploadedFiles/VMC/Pers/Persberichten/VMC%20advies%20gezinshereniging%203.pdf>;

van Belgen ten aanzien van EU-onderdanen en sommige niet EU-onderdanen inzake gezinshereniging. Bovendien zouden de regels voor gezinshereniging met EU-onderdanen en Belgen in de toekomst ook strenger worden. Deze wijzigingen maken deel uit van het tweede luik van de hervormingen van de Verblijfwet. Het parlement zal deze wijzigingen wellicht binnenkort goedkeuren. Over de inwerkingtreding ervan zal de nieuwe regering moeten beslissen, na de parlamentsverkiezingen van juni 2007.<sup>103</sup> Hoe dit te rijmen zal zijn met de grondrechten en het gezins- en familieleven zal ongetwijfeld nog vaak door het EHRM moeten beslecht worden.

---

<sup>103</sup> [www.vmc.be](http://www.vmc.be).