

Arrest

**nr. 157 960 van 9 december 2015
in de zaak RvV X / IX**

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

**de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie
en Administratieve Vereenvoudiging.**

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn, op 7 december 2015 heeft ingediend bij faxpost om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering van 2 december 2015.

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

Gelet op artikel 39/82 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gelet op titel II, hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 7 december 2015, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 8 december 2015 om 11 uur.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat VERSTRAETE, die loco advocaat Dominique VAN EENOO verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat L. BRACKE, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Verzoeker verklaart van Afghaanse nationaliteit en minderjarig te zijn. Hij zou geboren zijn op [.../2000].

Op 2 december 2015 werd verzoeker in De Panne opgepakt naar aanleiding van een identiteitscontrole zoals blijkt uit het administratief verslag van dezelfde datum van de politie.

Op 2 december 2015 nam de gemachtigde de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies).

Dit is thans de bestreden beslissing, waarvan de motivering luidt als volgt:

“BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN MET VASTHOUDING MET HET OOG OP VERWIJDERING

Bevel om het grondgebied te verlaten

Aan de heer, die verklaart te heten(1):

[...]

In voorkomend geval, ALIAS:

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

REDEN VAN DE BESLISSING

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

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

Artikel 7, alinea 1 :

• 1 ° wanneer hij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten;

Artikel 74/14:

• artikel 74/14 §3,1 °: er bestaat een risico op onderduiken

De betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort en niet van een geldig visum op het moment van zijn arrestatie.

Betrokkene heeft zich niet aangemeld bij de Belgische autoriteiten om zijn aanwezigheid te melden.

Terugleiding naar de grens

REDEN VAN DE BESLISSING:

Met toepassing van artikel 7, tweede lid, van dezelfde wet, is het noodzakelijk om de betrokkene zonder verwijl naar de grens te doen

terugleiden, met uitzondering van de grens van de staten die het Schengenacquis ten voile toepassen², om de volgende reden :

Betrokkene kan met zijn eigen middelen niet wettelijk vertrekken. Betrokkene is niet in bezit van het vereist reisdocumenten op het moment van zijn arrestatie.

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

De betrokkene moet opgesloten worden want er bestaat een risico op onderduiken:

Betrokkene heeft zich niet aangemeld bij de Belgische autoriteiten om zijn aanwezigheid te melden.

Betrokkene heeft geen gekend of vast verblijfsadres of weigert zijn verblijfsadres door te geven aan de autoriteiten.”

2. 1. Over de ontvankelijkheid inzake het tijdelijk karakter van het instellen van de vordering

Artikel 39/57, §1, laatste lid van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“De in artikel 39/82, § 4, tweede lid, bedoelde vordering wordt ingediend bij verzoekschrift binnen tien dagen na de kennisgeving van de beslissing waartegen ze gericht is. Vanaf een tweede verwijderings- of terugrijvingsmaatregel, wordt de termijn teruggebracht tot vijf dagen”.

Onderhavige vordering is een in artikel 39/82, §4, tweede lid, bedoelde vordering. Zij werd ingesteld binnen de tien dagen na kennisgeving van de beslissing waartegen ze gericht is. Zij is tijdig ingediend, hetgeen niet wordt betwist en is derhalve ontvankelijk.

2.2. Over de ontvankelijkheid wat betreft de beslissing tot vrijheidsberoving

Wat betreft de beslissing tot vasthouding die besloten ligt in de bestreden beslissing werpt verweerder in de nota de exceptie van onbevoegdheid op. Hij stelt dat een vreemdeling, overeenkomstig artikel 71, eerste lid van de Vreemdelingenwet, tegen een dergelijke beslissing een beroep kan instellen bij de raadkamer van de correctionele rechtbank van zijn verblijfplaats in het Rijk of van de plaats waar hij werd aangetroffen. De Raad heeft derhalve, nu de wetgever deze bevoegdheid uitdrukkelijk aan een ander rechtscollege heeft toevertrouwd, geen rechtsmacht om te onderzoeken of de beslissing tot vasthouding met het oog op verwijdering in overeenstemming is met de wet. In de mate dat het beroep bij de Raad erop gericht zou zijn de schorsing van een beslissing tot vasthouding met het oog op verwijdering te verkrijgen is deze onontvankelijk.

3. Over de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

3.1. De drie cumulatieve voorwaarden

Artikel 43, §1, eerste lid van het procedurereglement van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: het PR RvV) bepaalt dat, indien de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering een uiteenzetting van de feiten dient te bevatten die deze uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen.

Verder kan overeenkomstig artikel 39/82, §2, eerste lid van de Vreemdelingenwet, slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling worden besloten indien er ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Verder wordt in paragraaf 4, tweede lid van diezelfde bepaling gesteld:

“Indien de vreemdeling het voorwerp is van een verwijderings- of terugrijvingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is, in het bijzonder indien hij is vastgehouden in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in de artikelen 74/8 en 74/9 of ter beschikking is gesteld van de regering, en hij nog geen gewone vordering tot schorsing heeft ingediend tegen de bedoelde verwijderings- of terugrijvingsmaatregel, kan hij binnen de in artikel 39/57, §1, derde lid, bedoelde termijn de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze maatregel vorderen bij uiterst dringende noodzakelijkheid.”

Uit het voorgaande volgt dat, opdat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden ingewilligd, de drie voornoemde voorwaarden cumulatief moeten zijn vervuld.

3.2. Betreffende de eerste voorwaarde: het uiterst dringende karakter

3.2.1. De wettelijke bepaling

Artikel 39/82, §4, tweede lid van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Indien de vreemdeling het voorwerp is van een verwijderings- of terugrijvingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is, in het bijzonder indien hij is vastgehouden in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in de artikelen 74/8 en 74/9 of ter beschikking is gesteld van de regering, en hij nog geen gewone vordering tot schorsing heeft ingeleid tegen de bedoelde verwijderings- of terugrijvingsmaatregel, kan hij binnen de in artikel 39/57, § 1, derde lid, bedoelde termijn de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze maatregel vorderen bij uiterst dringende noodzakelijkheid”.

3.2.2. De toepassing van de wettelijke bepaling

In casu bevindt verzoeker zich in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in de artikelen 74/8 en 74/9 van de Vreemdelingenwet. In dit geval wordt het uiterst dringend karakter van de vordering wettelijk vermoed. Verweerder betwist in de nota en ter zitting het dringend karakter van de vordering tot schorsing.

In casu blijkt en staat niet ter betwisting dat de onderhavige vordering werd ingediend binnen de in artikel 39/57, §1, derde lid van de Vreemdelingenwet voorziene beroepstermijn en dat nog geen gewone vordering tot schorsing werd ingediend tegen de verwijderingsmaatregel waarvan verzoeker het voorwerp is. Tevens blijkt en wordt niet betwist dat de verzoeker is vastgehouden in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in artikel 74/8 van de Vreemdelingenwet. Uit de bewoordingen van artikel 39/82, §4, vierde lid van de Vreemdelingenwet (“in het bijzonder”) blijkt dan ook een wettelijk vermoeden dat de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel imminent is indien de betrokken vreemdeling is vastgehouden in een welbepaalde plaats. Nu tevens uitdrukkelijk is bepaald dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze maatregel (waarvan de tenuitvoerlegging imminent is) kan worden gevorderd “bij uiterst dringende noodzakelijkheid”, dient samen met verzoeker te worden vastgesteld dat krachtens artikel 39/82, §4, vierde lid van de Vreemdelingenwet de voorwaarde van het uiterst dringend karakter van de vordering wettelijk is vervuld nu hij is vastgehouden in een welbepaalde plaats.

Dit wettelijk vermoeden wordt door de verweerder niet afdoende weerlegd. Aan verweerder ter terechtzitting immers gevraagd naar de wettelijke basis voor het schorsend karakter van een hangend verzoek om internationale bescherming, moet hij het antwoord schuldig blijven. Waar verweerder ter zitting stelt dat het evident is dat niet zal worden overgegaan tot verwijdering zolang de asielprocedure loopt, nu deze schorsend is, kan de Raad enkel vaststellen dat de gemachtigde zich niet steeds houdt aan een schorsende werking. Zo werd recent nog een asielzoeker verwijderd door de gemachtigde voorafgaandelijk aan de UDNzitting van de Raad en tijdens de in artikel 39/57 bepaalde beroepstermijn, in strijd met artikel 39/83 van de Vreemdelingenwet (RvV 8 oktober 2015, nr. 154.156). Bovendien vereist de effectiviteit van een rechtsmiddel garanties en kan niet worden volstaan met een verwijzing naar een gangbare praktijk, bereidwilligheid of een praktische regeling (GwH 16 januari 2014, B.8.3.)

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid voorzien in artikel 39/82, § 1, derde lid, van de Vreemdelingenwet, is erop gericht te verhinderen dat de gewone schorsing en, *a fortiori*, de vernietiging, hun effectiviteit verliezen (cf. RvS 13 augustus 1991, nr. 37 530). Te dezen wordt niet betwist dat verzoeker op 4 december 2015 een verzoek tot internationale bescherming heeft ingediend waarover het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen (hierna verkort het CGVS) nog geen beslissing heeft genomen. Niettegenstaande verweerder zowel in de nota als ter zitting stelt dat de bestreden beslissing niet zal worden tenuitvoergelegd zolang het CGVS geen beslissing heeft genomen inzake het verzoek van verzoeker, dient niettemin te worden vastgesteld dat het thans bestreden bevel geen termijn voor een (vrijwillig) vertrek toekent zodat ervan moet worden uitgegaan dat verzoeker wordt bevolen om het grondgebied onmiddellijk te verlaten en dat dit bevel tevens gepaard gaat met een vrijheidsberoving die door de gemachtigde noodzakelijk wordt geacht “*ten einde een doorlaatbewijs te bekomen van zijn nationale overheden*”. Hieruit blijkt een intentie van de verweerder om over te gaan tot de effectieve verwijdering van het grondgebied. De gemachtigde is evenmin overgegaan tot intrekking van de bestreden beslissing na het indienen van het verzoek tot internationale bescherming door de verzoeker, die eveneens voorhoudt minderjarig te zijn. Tegelijk bevat het administratief dossier een attest “fit to fly” van de centrumarts van dezelfde datum als het indienen van het verzoek om internationale bescherming. Bijgevolg blijkt ook uit deze elementen evenmin dat de gemachtigde de intentie heeft af te zien van de gedwongen verwijdering.

Op basis van de thans voorliggende gegevens kan voorts niet precies worden ingeschat wanneer het CGVS een beslissing zal nemen inzake verzoekers verzoek tot internationale bescherming. Het CGVS is ertoe gehouden dit eerste beschermingsverzoek reeds binnen de 15 dagen nadat de minister of zijn gemachtigde het heeft overgemaakt aan het CGVS, bij voorrang te behandelen (art. 52/2, §2 van de Vreemdelingenwet) zodat niet kan blijken dat een gewone vordering tot schorsing reeds zijn beslag zal kunnen hebben alvorens over het verzoek tot internationale bescherming is beslist. Zodoende dreigt nog steeds een risico dat een gewone schorsingsprocedure niet tijdig zal tussenkomen om te verhinderen dat verweerder verzoeker gedwongen verwijdert.

Verzoeker bevindt zich *in casu* in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in artikel 74/8 van de Vreemdelingenwet, waardoor het uiterst dringend karakter van de vordering wettelijk wordt vermoed. Het betoog van de verweerder volstaat, gelet op hetgeen voorafgaat, *in casu* niet om dit wettelijk vermoeden te weerleggen (in dezelfde zin RvV 5 november 2015, nr. X RvV 9 oktober 2015, nr. X; RvV 13 oktober 2015, nr. X).

Aan de eerste cumulatieve voorwaarde is bijgevolg voldaan.

Het uiterst dringende karakter van de vordering staat dan ook vast.

Aan de eerste cumulatieve voorwaarde is bijgevolg voldaan.

3.3. Betreffende de tweede voorwaarde: de ernst van de aangevoerde middelen

3.3.1. De interpretatie van deze voorwaarde

Overeenkomstig het voormelde artikel 39/82, § 2 van de Vreemdelingenwet kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten indien ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Onder "middel" wordt begrepen de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel en van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden beslissing wordt geschonden (RvS 17 december 2004, nr. 138.590; RvS 4 mei 2004, nr. 130.972; RvS 1 oktober 2006, nr. 135.618).

Opdat een middel ernstig zou zijn, volstaat het dat het op het eerste gezicht, en gelet op de toedracht van de zaak, ontvankelijk en gegrond zou kunnen worden verklaard en derhalve kan leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

Het onderzoek van het ernstig karakter van een middel kenmerkt zich in schorsingszaken door het *prima facie* karakter ervan. Dit *prima facie* onderzoek van de door de verzoekende partij aangevoerde verdedigbare grief afgeleid uit de schending van een recht gewaarborgd in het EVRM, moet, zoals gesteld, verzoenbaar zijn met de eis van daadwerkelijkheid van een beroep in de zin van artikel 13 van het EVRM en inzonderheid met de vereiste tot onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van elke verdedigbare grief. Dit houdt in dat, indien de Raad bij dit onderzoek op het eerste gezicht vaststelt dat er redenen voorhanden zijn om aan te nemen dat deze grief ernstig is of dat er minstens twijfels zijn over het ernstig karakter ervan, hij in deze stand van het geding het aangevoerde middel als ernstig beschouwt. Immers, de schade die de Raad toebrengt door in de fase van het kort geding een middel niet ernstig te bevinden dat achteraf, in de definitieve fase van het proces toch gegrond blijkt te zijn, is groter dan de schade die hij berokkent in het tegenovergestelde geval. In het eerste geval kan het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zich voltrokken hebben, in het tweede geval zal ten hoogste voor een beperkte periode de bestreden beslissing zonder reden geschorst zijn.

De Raad doet overeenkomstig artikel 39/82, §4, vierde lid, van de Vreemdelingenwet een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek van alle bewijsstukken die hem worden voorgelegd, en inzonderheid die welke van dien aard zijn dat daaruit blijkt dat er redenen zijn om te geloven dat de uitvoering van de bestreden beslissing de verzoeker zou blootstellen aan het risico te worden onderworpen aan de schending van de grondrechten van de mens ten aanzien waarvan geen afwijking mogelijk is uit hoofde van artikel 15, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

3.3.2. De toepassing van deze voorwaarde

Verzoeker voert in zijn eerste middel de schending aan van artikel 64/14 en 74/16 van de Vreemdelingenwet, van artikel 118 van het Koninklijk Besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna verkort het Vreemdelingenbesluit) en van artikel 3 van het Koninklijk Besluit en artikel 3 van het van het koninklijk besluit van 22 december 2003 tot uitvoering van de Voogdijwet NBM (hierna afgekort het Voogdijbesluit).

Hij licht zijn eerste middel toe als volgt:

"Artikel 64/14 1° Vw. bepaalt het volgende:

"Voor de toepassing van dit hoofdstuk wordt verstaan onder :

1° niet-begeleide minderjarige vreemdeling (NBMV) : een onderdaan van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte, die jonger is dan 18 jaar en die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens de toepasselijke wet, overeenkomstig artikel 35 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, en die definitief geïdentificeerd is als NBMV door de dienst Voogdij, ingesteld door Titel XIII, Hoofdstuk VI, "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002;

2° duurzame oplossing : hetzij de gezinshereniging, overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, in het land waar de ouders zich legaal bevinden; hetzij de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar de NBMV gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, met garanties op adequate opvang en verzorging, naargelang zijn leeftijd en zijn graad van zelfstandigheid, hetzij door zijn ouders of andere volwassenen die voor hem zullen zorgen, hetzij door overheidsinstanties of niet-gouvernementele instanties; hetzij de machtiging tot verblijf in België, met inachtneming van de bepalingen waarin de wet voorziet;

3° voogd : wettelijke vertegenwoordiger van de NBMV, zoals aangewezen door de dienst Voogdij."

Verzoeker verklaart 15 jaar oud te zijn. In casu is verzoeker dus een niet- begeleidende minderjarige. Het is aan de bevoegde overheid om bij twijfel over de leeftijd van een minderjarige een medisch onderzoek te bevelen teneinde zo de ware leeftijd te achterhalen (zie artikel 3 van het van het koninklijk besluit van 22 december 2003 tot uitvoering van de Voogdijwet NBM van 24 december 2002 (hierna: Voogdijbesluit).

Dit is in casu niet gebeurd. Hoewel verzoeker verklaarde van minderjarige leeftijd te zijn, werd hier helemaal geen medisch onderzoek bevolen maar werd verzoeker onmiddellijk overgebracht naar het gesloten centrum te Brugge.

Evenwel is elke overheid die kennis heeft van de aanwezigheid aan de grens of in het binnenland van een persoon die een NBM zou kunnen zijn, gehouden om onmiddellijk de Dienst Voogdij hiervan op de hoogte te brengen (programmawet 24 december 2002, titel XIII, hoofdstuk VI, artikel 6 §1).

Mocht uit het medisch onderzoek blijken dat verzoeker minderjarig is, kan hem nooit een BGV betekend worden. Dit wordt ten stelligste verboden! Er dient dan aan verzoeker een bevel tot terugbrenging te worden betekend (bijlage 38) aangezien artikel 118 Vb. bepaalt dat:

"Behoudens bijzondere beslissing van de (Minister) of zijn gemachtigde, mag geen bevel om het grondgebied te verlaten worden afgegeven aan een vreemdeling die minder dan achttien jaar oud is of die volgens zijn personeel statuut minderjarig is.

Dat bevel om het grondgebied te verlaten wordt vervangen door een bevel tot terugbrenging overeenkomstig het model van bijlage 38."

Dit bevel tot terugbrenging moet worden afgegeven overeenkomstig het model van een bijlage 38 en deze bepaalt een termijn van dertig dagen.

Enkel in uitzonderlijke gevallen is het mogelijk dat personen vanaf 16 jaar een BGV kunnen krijgen. Hiertoe is wel een bijzonder gemotiveerde beslissing nodig van de minister of zijn gemachtigde, zoals hierboven beschreven in artikel 118 Vb.

Nergens in de bestreden beslissing wordt er gemotiveerd waarom er een BGV wordt afgegeven aan een minderjarige! Verzoeker zou dus een bijlage 38 hebben moeten krijgen en geen bijlage 13septies!

Toch is verzoeker een bijlage 13septies afgegeven. Deze bijlage werd hem betekend op 02.12.2015.

Tegenpartij motiveert dat dit mogelijk is aangezien er volgens haar risico is op onderduiken. De motivering die tegenpartij hiervoor geeft kan allerm minst voldoende zijn.

Zo stelt tegenpartij dat aangezien verzoeker geen vast gekende verblijfplaats heeft of weigert zijn verblijfsadres door te geven aan de autoriteiten, hierdoor een risico op onderduiken bestaat.

Verzoeker, als kwetsbare minderjarige, kan onmogelijk het profiel hebben van iemand die een risico vormt op onderduiken. Verzoeker heeft in geen enkel ander Europees land asiel aangevraagd, dus hij zou niet onderduiken uit vrees om teruggestuurd te worden conform de Dublin- reglementering.

Vervolgens haalt tegenpartij aan dat verzoeker manifest weigert om op eigen initiatief een einde te maken aan zijn onwettige verblijfssituatie.

Verzoeker wijst hierop dat hij gewoonweg nog niet de kans had gekregen om een einde te stellen aan zijn illegale verblijfssituatie! Verzoeker is onmiddellijk opgepakt geweest en overgebracht naar het Centrum voor Illegalen te Brugge.

Ondertussen heeft verzoeker op 04.12.2015 een aanvraag tot asiel ingediend bij tegenpartij. De veronderstelling van tegenpartij dat hij manifest weigert om op eigen initiatief een einde te maken aan zijn illegale verblijfssituatie, gaat dus niet op!

Dat een NBM, die nog maar enkele dagen in België is, onmiddellijk wordt gestigmatiseerd als een risico op onderduiken, is niet conform internationale en Europese bepalingen waar tegenpartij zich aan dient te houden.

Verder is niet enkel de vorm waarin verzoeker wordt verplicht het grondgebied te verlaten niet conform de wettelijke bepalingen, ook de afgifte kan allerm minst als wettig worden beschouwd.

Daar het in casu om een NBM gaat, is een bijlage 38 de correcte wijze van kennisgeving dat verzoeker het grondgebied dient te verlaten. Maar deze bijlage dient afgegeven te worden, niet aan de minderjarige, maar aan de voogd! (RvS 9 juni 2005, nr. 145.720, Rev.dr.étr. 2005, 196)

Aangezien verzoeker nooit onder de bescherming van een voogd is geplaatst, hoewel dit een vereiste is conform artikel 8 programmawet 24 december 2002, is de afgifte van het bevel manifest onwettig.

Verder is de tegenpartij gehouden conform artikel 74/16 §1 Vw. om vooraleer over te gaan tot een verwijderingbeslissing elk voorstel tot duurzame oplossing van de voogd in overweging te nemen en moet hierbij rekening worden gehouden met het hoger belang van het kind.

Tegenpartij vergewist zich ervan dat de minderjarige die van het grondgebied wordt verwijderd, waarborgen qua opvang en tenlasteneming krijgt in het land van herkomst of in het land waar hij verblijfsrecht heeft, gelet op zijn behoeften volgens zijn leeftijd en graad van zelfstandigheid, ofwel van zijn ouders of een ander familielid of zijn voogd die voor hem zorgt of wel van regeringsinstanties of NGO's (artikel 74/16 §2 Vw.).

Hiervoor dient tegenpartij zich te houden aan de voorwaarden van artikel 74/16 2e lid Vw.

Aangezien verzoeker nooit geplaatst is geweest onder de bescherming van een voogd kan tegenpartij het onmogelijk waarmaken dat zij zich gehouden heeft aan de toepasselijke bepalingen van artikel 74/16 en dat zij gezocht hebben naar een duurzame oplossing alvorens over te gaan tot verwijdering.

Aangezien verzoeker quasi onmiddellijk is opgepakt in België staat het al helemaal vast dat tegenpartij totaal geen moeite heeft gedaan om naar een duurzame oplossing te zoeken!

Niet- begeleide minderjarigen hebben het recht om extra beschermd te worden aangezien zij behoren tot een uiterst kwetsbare groep.

Derhalve dient dan ook met deze kwetsbare positie van verzoeker rekening gehouden te worden en kan het dan ook niet aanvaard worden dat, zonder een ten gronde onderzoek over de leeftijd van verzoeker, hem een BGV wordt betekend.

Tegenpartij schendt dan ook de hierboven vermelde artikelen.

Dat het eerste middel gegrond is."

Verzoeker voert onder meer de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel en van artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet.

Aangaande de vermeende schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, wijst de Raad erop dat voornoemd beginsel de overheid de verplichting oplegt haar beslissing op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitevinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411, RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratie bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

Het onderzoek naar het zorgvuldigheidsbeginsel gebeurt in het licht van de toepasselijke wetsbepalingen.

Verzoeker citeert artikel 61/14 van de Vreemdelingenwet, dat bepaalt dat:

"Voor de toepassing van dit hoofdstuk wordt verstaan onder :

1° niet-begeleide minderjarige vreemdeling (NBMV) : een onderdaan van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte, die jonger is dan 18 jaar en die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens de toepasselijke wet, overeenkomstig artikel 35 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, en die definitief geïdentificeerd is als NBMV door de dienst Voogdij, ingesteld door Titel XIII, Hoofdstuk VI, " Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002;

2° duurzame oplossing : hetzij de gezinshereniging, overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, in het land waar de ouders zich legaal bevinden; hetzij de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar de NBMV gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, met garanties op adequate opvang en verzorging, naargelang zijn leeftijd en zijn graad van zelfstandigheid, hetzij door zijn ouders of andere volwassenen die voor hem zullen zorgen, hetzij door overheidsinstanties of niet-gouvernementele instanties; hetzij de machtiging tot verblijf in België, met inachtneming van de bepalingen waarin de wet voorziet;

3° voogd : wettelijke vertegenwoordiger van de NBMV, zoals aangewezen door de dienst Voogdij."

Artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat:

“§ 1

Alvorens een beslissing tot verwijdering te nemen jegens een illegaal op het grondgebied verblijvende niet-begeleide minderjarige vreemdeling, neemt de minister of zijn gemachtigde elk voorstel tot duurzame oplossing van zijn voogd in overweging en houdt hij rekening met het hoger belang van het kind.

§ 2

De minister of zijn gemachtigde vergewist zich ervan dat deze minderjarige, die wordt verwijderd van het grondgebied, garanties qua opvang en tenlasteneming krijgt in zijn land van herkomst of in het land waar hij gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, gelet op zijn behoeften volgens zijn leeftijd en graad van zelfstandigheid, ofwel van zijn ouders of een ander familielid of zijn voogd die voor hem zorgt ofwel van regeringsinstanties of niet-gouvernementele instanties.

Daartoe vergewist de minister of zijn gemachtigde zich ervan dat de volgende voorwaarden vervuld zijn:

1° dat er geen gevaar bestaat op mensensmokkel of mensenhandel en;

2° dat de gezinssituatie van die aard is dat de minderjarige er opnieuw in kan worden opgenomen, en dat een terugkeer naar een ouder of een familielid wenselijk en opportuun is in het licht van de capaciteit van het gezin om het kind te ondersteunen, op te voeden en te beschermen of;

3° dat de opvangstructuur aangepast is, en dat het in het hoger belang van het kind is om het kind in die opvangstructuur te plaatsen bij zijn terugkeer naar zijn land van herkomst of naar het land waar hij tot het verblijf is toegelaten.

De niet-begeleide minderjarige vreemdeling en zijn voogd in België worden op de hoogte gebracht van de naam van de persoon of van de opvangstructuur aan wie het kind wordt toevertrouwd alsook over de rol die deze persoon vervult ten aanzien van de minderjarige.”

Deze bepaling vormt de omzetting van artikel 10 van de Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna verkort de Terugkeerrichtlijn). De lidstaten zijn ertoe gehouden conform artikel 51 van het Handvest van de Grondrechten van de Unie (hierna verkort het Handvest) wanneer zij het recht van de Unie tenuitvoer brengen de richtlijnen te interpreteren in het licht van het Handvest en de rechten van het Handvest te eerbiedigen, *in casu* in het licht van artikel 24 aangaande het hoger belang van het kind.

Artikel 7 van de Programmawet – Titel XIII-Hoofdstuk VI: Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen van 24 december 2002 (hierna verkort de Voogdijwet) luidt als volgt:

“§ 1. Wanneer de dienst Voogdij of de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering twijfel koesteren omtrent de leeftijd van de betrokken persoon, laat de dienst Voogdij onmiddellijk een medisch onderzoek door een arts uitvoeren teneinde na te gaan of deze persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar. Het medisch onderzoek geschiedt onder toezicht van de dienst Voogdij. De kosten van dat medisch onderzoek zijn ten laste van de overheid die het heeft gevraagd. Ingeval de dienst Voogdij uit eigen beweging een onderzoek laat verrichten, zijn de kosten ten laste van die dienst.

§ 2. Wanneer uit het medisch onderzoek blijkt dat betrokkene minder dan 18 jaar oud is, wordt gehandeld overeenkomstig artikel 8.

Wanneer uit het medisch onderzoek blijkt dat betrokkene meer dan 18 jaar oud is, vervalt de hoede door de dienst Voogdij van rechtswege. De dienst Voogdij stelt daarvan onmiddellijk de betrokkene in kennis, alsook de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en iedere andere betrokken overheid.

§ 3. Ingeval van twijfel over de uitslag van het medisch onderzoek, wordt met de jongste leeftijd rekening gehouden.”

Verzoeker verklaart zijn geboortedatum niet te kennen, doch meent minderjarig te zijn. Hij voert aan dat in geval van twijfel over de leeftijd van een minderjarige een medisch onderzoek moet worden bevolen teneinde de ware leeftijd te achterhalen. Hij verwijst hiervoor naar artikel 3 van het Koninklijk Besluit van 22 december 2003 tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 " Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen " van de programmawet van 24 december 2012. Dit artikel 3 verwijst eveneens naar artikel 7 van de Voogdijwet. Hij stelt dat dit niet gebeurd is maar verzoeker onmiddellijk werd overgebracht naar het gesloten centrum van Brugge. Hij vervolgt dat mocht blijken dat hij inderdaad minderjarig is, hem geen bevel om het grondgebied te verlaten had mogen betekend worden, doch wel

een bijlage 38 conform artikel 118 van het Vreemdelingenbesluit die bovendien aan de voogd had moeten betekend worden. Vervolgens stelt verzoeker eveneens dat conform artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet vooraleer een beslissing tot verwijdering wordt gegeven jegens een illegaal verblijvende niet-begeleide minderjarige de minister of zijn gemachtigde elk voorstel tot duurzame oplossing van zijn voogd in overweging neemt en rekening houdt met het hoger belang van het kind. Bovendien moet in dergelijk geval de gemachtigde zich ervan vergewissen of er garanties zijn qua opvang en tenlasteneming rekening houdend met de leeftijd en graad van zelfstandigheid

Hij stelt *in casu* nooit geplaast geweest te zijn onder een voogd en dat er evenmin naar een duurzame oplossing werd gezocht. Volgens zijn verklaring is hij recent aangekomen en kreeg hij reeds op 2 december 2015 het bevel om het grondgebied te verlaten waaruit blijkt dat geen inspanningen werden gedaan om een duurzame oplossing te zoeken. Hij meent dat niet kan aanvaard worden dat zonder grondig onderzoek van zijn leeftijd hem een bevel werd betekend.

Verweerder repliceert hierop enkel *“Er wordt kritiek geuit op de wijze van opvang van niet-begeleide minderjarige.”* En verder: *“terwijl de leeftijd van de verzoekende partij thans nog niet werd vastgesteld middels onderzoek zodat ook de beschouwingen nopens de leeftijd van de verzoekende partij voorbarig zijn”*.

De Raad stelt vast dat thans inderdaad niet is bewezen dat verzoeker minderjarig is. Echter, zoals verzoeker terecht opwerpt, blijkt uit artikel 7 van de Voogdijwet dat in geval van twijfel in hoofde van de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering “onmiddellijk” de dienst Voogdij een medisch onderzoek laat uitvoeren door een arts teneinde na te gaan of deze persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar. De Raad meent dat uit het administratief dossier afdoende blijkt dat er twijfel was omtrent de meerderjarigheid van verzoeker op het ogenblik van de afgifte van de bestreden beslissing en nog steeds is. Zo blijkt uit het administratief dossier dat het administratief verslag van de politie van 2 december 2015 bevat, de dag waarop de bestreden beslissing werd genomen, dat hierin wordt vermeld: *“meerderjarig: nee”* ondanks het feit dat hetzelfde verslag melding maakt van een geboortedatum “[...1997]”. Bijgevolg blijkt minstens twijfel aangaande de meerderjarigheid van verzoeker. Desalniettemin heeft de gemachtigde zonder enig onderzoek en met negatie van het vermelde op het administratief verslag *“meerderjarigheid: nee”*, op dezelfde dag nog voor waar aangenomen dat hij meerderjarig zou zijn en een bijlage 13septies betekend. Thans valt echter niet uit te sluiten dat het om een minderjarige niet-begeleide vreemdeling kan gaan en valt dus niet uit te sluiten dat conform artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet voorafgaandelijk aan het nemen van de beslissing tot verwijdering een voogd had moeten aangesteld worden met een onderzoek naar de duurzame oplossing en garanties qua opvang en tenlasteneming, waarbij op de gemachtigde een vergewisplicht ligt. Hij moet zich dan, in het geval van een niet-begeleide minderjarige vreemdeling, met name ervan vergewissen of er onder meer gevaar bestaat op mensensmokkel of mensenhandel, of een terugkeer naar de ouder of een familielid wenselijk en opportuun is gezien de gezinssituatie en of eventueel een opvangstructuur aangepast is en of het in het hoger belang van het kind is om het in de opvangstructuur te plaatsen. In het arrest nr. 106/2013 van 18 juli 2013 stelt het Grondwettelijk Hof hierover: *“De bij artikelen 61/17, 61/18 en 74/16 van de wet van 15 december 1980 aan de minister of zijn gemachtigde toevertrouwde beslissingsbevoegdheid in het kader van zijn bevoegdheden inzake vreemdelingenpolitie wordt beperkt door de verplichting om een duurzame oplossing te bepalen die aan de situatie van elke minderjarige is aangepast.”* Er valt evenmin uit te sluiten dat *in casu* een bijlage 38 had moeten worden betekend, mits voorafgaandelijk onderzoek conform artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet, in lijn met artikel 118 van het Vreemdelingenbesluit en artikel 61/18 van de Vreemdelingenwet.

Waar verweerder stelt dat er kritiek wordt geuit op de wijze van opvang van niet-begeleide minderjarige en alle beschouwingen nopens de leeftijd van verzoeker voorbarig zijn nu de leeftijd van verzoeker thans nog niet werd vastgesteld middels onderzoek, moet de Raad opmerken dat ook indien een vreemdeling zijn minderjarigheid niet kan bewijzen en er twijfel omtrent die minderjarigheid bestaat, de gemachtigde, als hij kennis krijgt van twijfel omtrent de meerderjarigheid, onmiddellijk ertoe gehouden is een vraag te richten om over te gaan tot het medisch onderzoek in het licht van het vaststellen van de eventuele minderjarigheid, conform artikel 7 van de Voogdijwet, hetgeen hij thans genegeerd heeft. De gemachtigde heeft op basis van het administratief verslag van de politie, waarop nochtans staat *“meerderjarig: nee”*, daarentegen beslist op voorbarige wijze onmiddellijk over te gaan tot afgifte van de thans bestreden beslissing, met name een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering.

De Raad volgt dan ook verzoeker waar hij stelt dat, gezien de indicaties in het dossier waaruit minstens twijfel blijkt aangaande de leeftijd van verzoeker, *prima facie* niet kan aanvaard worden dat zonder enig onderzoek naar de leeftijd onmiddellijk werd overgegaan tot afgifte van de bestreden beslissing.

Een zorgvuldig onderzoek in het licht van artikel 7 van de Voogdijwet en artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet blijkt *prima facie* niet.

Dit onderdeel van het eerste middel is ernstig.

Aan de tweede cumulatieve voorwaarde is bijgevolg voldaan.

3.4. Betreffende de derde voorwaarde: het moeilijk te herstellen ernstig nadeel

3.4.1. Over de interpretatie van deze wettelijke voorwaarde

Overeenkomstig artikel 39/82, § 2 van de Vreemdelingenwet kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten indien er ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Er dient evenwel te worden opgemerkt dat een summiere uiteenzetting kan worden geacht in overeenstemming te zijn met de bepalingen van artikel 39/82, §2, eerste lid van de Vreemdelingenwet en van artikel 32, 2° van het PR RvV, indien het moeilijk te herstellen ernstig nadeel evident is, dat wil zeggen wanneer geen redelijk denkend mens het kan betwisten en dus ook, wanneer de verwerende partij, wier recht op tegenspraak de voormelde wets- en verordeningsbepalingen mede beogen te vrijwaren, onmiddellijk inziet om welk nadeel het gaat en zij wat dat betreft de uiteenzetting van de verzoekende partij kan beantwoorden (cf. RvS 1 december 1992, nr. 41.247).

3.4.2. De beoordeling van deze voorwaarde

In zijn verzoekschrift geeft de verzoeker als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een mogelijke blootstelling aan een onmenselijke of vernederende behandeling in geval van terugkeer naar Afghanistan tot gevolg zal hebben en de levensomstandigheden in Afghanistan zeer precair zijn.

Zoals *supra* gesteld heeft verzoeker een ernstig middel ontwikkeld in het licht van een gebrek aan zorgvuldig onderzoek conform artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet en artikel 7 van de Voogdijwet, meer bepaald naar het feit of verzoeker al dan niet meerderjarig is, ondanks duidelijke elementen in het administratief dossier dat hieromtrent minstens twijfel bestaat, nu in het administratief verslag van de politie van 2 december 2015 werd gesteld : "*meerderjarig: nee*". De Raad kan niet uitsluiten dat het *in casu* om een minderjarige kan gaan die wederrechtelijk een bevel om het grondgebied te verlaten heeft gekregen, zonder voorafgaandelijk onderzoek naar een duurzame oplossing en zonder onderzoek naar de verregaande garanties in het licht van het hoger belang van het kind in geval van terugkeer naar Afghanistan, zoals vervat in artikel 74/16 van de Vreemdelingenwet, zoals onder meer bescherming tegen mensensmokkel of mensenhandel.

Gelet op de specifieke feitelijke en juridische omstandigheden eigen aan de zaak moet redelijkerwijze worden aangenomen dat verzoeker door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te ondergaan bij de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

Aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan.

5. Kosten

Met toepassing van artikel 39/68-1, §5, derde en vierde lid van de Vreemdelingenwet zal de beslissing over het rolrecht of over de vrijstelling ervan, in een mogelijke verdere fase van het geding worden onderzocht.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel van 2 december 2015 houdende afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten wordt bevolen.

Artikel 2

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3

Dit arrest is uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op negen december tweeduizend vijftien door:

mevr. A. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. T. VALGAERTS,

Toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. VALGAERTS

A. MAES