

Arrest

nr. 210 321 van 28 september 2018
in de zaak RvV X / IX

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat J. KEULEN
Koningin Astridlaan 77
3500 HASSELT

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXde KAMER,

Gezien het verzoekschrift X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 2 februari 2018 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 19 december 2017 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden (bijlage 20).

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

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gezien de synthesesamenvatting.

Gelet op het arrest nr. 207 522 van 3 augustus 2018, waarbij de debatten worden heropend en de partijen worden opgeroepen om te verschijnen op de openbare terechtzitting van 4 september 2018.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken I. CORNELIS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. VAN NIJVERSEEL, die loco advocaat J. KEULEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat J. TASSENOY, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekster betreedt op 30 juni 2017, in bezit van een geldig nationaal paspoort voorzien van een door de Franse autoriteiten afgeleverd Schengenvisum geldig van 22 juni 2017 tot 17 december 2017 en dit voor een duur van 90 dagen, via Tarifa (Spanje) het Schengengrondgebied.

1.2. Op 3 juli 2017 dient verzoekster, in functie van haar Belgische grootvader, een aanvraag in tot afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Inzake deze aanvraag

neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging (hierna: de gemachtigde van de staatssecretaris) op 19 december 2017 de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden. Deze beslissing, die verzoekster op 3 januari 2018 ter kennis wordt gebracht, is gemotiveerd als volgt:

“In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 03/07/2017 werd ingediend door:

Naam: [B.]

Voorna(a)m(en): [S.]

Nationaliteit: Marokko

Geboortedatum: 15.06.2002

Geboorteplaats: [...]

Identificatienummer in het Rijksregister: [...]

Verblijvende te: [...] 3530 HOUTHALEN-HELCHTEREN

om de volgende reden geweigerd:

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

Betrokkene vraagt gezinshereniging aan in functie van haar Belgische grootvader, de genaamde [B.A.] [RR: ...] in toepassing van artikel 40 ter, §2, eerste lid, 1° van de wet van 15/12/80.

Artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 stelt: de bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de familieleden van een Belg voor zover het betreft: de familieleden vermeld in artikel 40bis §2, eerste lid, 1° tot 3°, die de Belg begeleiden of zich bij hen voegen, voor zover de vreemdeling die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt...’

Betrokkene was minderjarig op het moment van de aanvraag, zodat de Belgische referentiepersoon, de grootvader, over het recht van bewaring dient te beschikken, of indien het wordt gedeeld, dient de andere houder van het recht op bewaring zijn toestemming te geven.

Ter staving van het hoederecht wordt een tenlasteneming 'Kafala' dd. 29/05/2017, uitgaande van het Ministerie van Justitie te Marokko voorgelegd. Hieruit blijkt dat de referentiepersoon en zijn echtgenote instaan voor de materiële en sociale noden van betrokkene tot wanneer ze de legale meerderjarigheid heeft bereikt.

Echter dit document kan niet worden aanvaard als een recht van bewaring gezien deze verklaring geen officieel bewijs is (rechterlijke beslissing, gehomologeerde toestemming van recht van bewaring aan de grootouders) waaruit blijkt dat de grootvader effectief over het recht van bewaring beschikt. Bovendien blijkt uit dit document enkel dat betrokkene ten laste wordt genomen door de referentiepersoon, niet dat de referentiepersoon de ouder is van betrokkene, noch dat hij/zij het kind heeft geadopteerd. Dit document is noch een geboorteakte, noch een adoptieakte.

Daarenboven was betrokkene, overeenkomstig de artikelen 372 en 388 BW, minderjarig en juridisch onbekwaam om administratieve handelingen te stellen zoals bijvoorbeeld in eigen hoofde een aanvraag tot vestiging in dienen. Een minderjarige dient door zijn ouder(s) of voogd vertegenwoordigd en bijgestaan te worden. In het belang van het kind en ter bescherming van zijn rechten dient het vergezeld te zijn en te verblijven bij zijn wettelijke vertegenwoordiger namelijk, ouder(s) of voogd.

Het kind is echter niet vergezeld van een ouder of voogd. In toepassing van het wetboek internationaal privaatrecht (cfr. art. 35 WIPR) en het burgerlijk wetboek kan het gezin bij wie het kind verblijft, de minderjarige niet wettelijk vertegenwoordigen. De aanvraag gezinshereniging is dan ook niet rechtsgeldig ingediend.

Alle andere voorgelegde documenten die werden voorgelegd in het kader van de aanvraag doen geen afbreuk aan bovenstaande vaststelling.

Het recht op verblijf wordt daarom geweigerd aan het kind. De voorwaarden van art. 40ter en 40 bis §2, 3° van de wet van 15.12.1980 zijn niet voldaan. Het Al dient te worden ingetrokken."

Dit is de bestreden beslissing.

2. Over de rechtspleging

Verzoekster heeft ervoor geopteerd een syntheseseminarie neer te leggen. Overeenkomstig artikel 39/81, zevende lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet) doet de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) uitspraak op basis van de syntheseseminarie behoudens wat de ontvankelijkheid van het beroep en van de middelen betreft.

3. Over de ontvankelijkheid

3.1. Verweerder werpt in de nota met opmerkingen een exceptie op van niet-ontvankelijkheid van het beroep, omdat verzoekster als minderjarige onbekwaam is tot het inleiden van het thans voorliggende beroep. Hij stelt als volgt:

"Verweerder merkt op dat verzoekende partij geboren is te [...] (Marokko) op 15.06.2002, en derhalve minderjarig was op 02.02.2018, het ogenblik van het instellen van de vordering.

Terwijl de vordering tot nietigverklaring ingesteld door een minderjarige onontvankelijk is (R.v.St. nr. 46.931, 20.04.1994, J.dr.Jeun. 1997, 521, R.A.C.E. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 134.863, 14.09.2004, www.raadvst-consetat.be)

Verweerder duidt dat een niet-ontvoogde minderjarige onbekwaam is om in persona een beroep tot nietigverklaring in te dienen: hij dient te worden vertegenwoordigd door hetzij beide ouders samen indien zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uitoefenen (artikel 376, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW), zie ook: RvS 29 maart 2010, nr. 202 434; RvS 23 december 2011, nr. 217.016), hetzij door de ouder die het gezag uitoefent indien de ouders dit niet gezamenlijk over de persoon van het kind uitoefenen (artikel 376, derde lid van het BW), hetzij door zijn voogd (artikel 390 e.v. van het BW). Een verzoekschrift ingediend door een minderjarige of door een persoon die niet gerechtigd is de minderjarige te vertegenwoordigen, is niet ontvankelijk (J. BAERT en G. DEBERSAQUES, Raad van State, Afdeling Administratie, 2. Ontvankelijkheid, in Administratieve Rechtsbibliotheek, Brugge, Die Keure, 1996, nrs. 93-97).

Verzoekende partij is als minderjarige inderdaad onbekwaam tot het instellen van onderhavige vernietigingsprocedure.

Het betoog van verzoekende partij dat de 'Kafala' het ouderlijk gezag aan dhr. [A.B.] zou overdragen, kan niet aangenomen worden. Nergens uit dit document, noch de wettelijke bepalingen in de Marokkaanse wet zelf, volgt dat het ouderlijk gezag door dit instituut wordt overgedragen.

Terwijl verweerder vaststelt dat in casu dhr. [B.] evenmin verzoekende partij heeft vertegenwoordigd bij het instellen van het beroep.

Verweerder is derhalve de mening toegedaan dat het beroep van verzoekende partij onontvankelijk is."

3.2. Wanneer verweerder vaststelt dat er een minderjarig kind op het Belgische grondgebied aanwezig is dat niet wordt vergezeld door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem of haar uitoefent, is hij wettelijk verplicht om de dienst Voogdij van de FOD Justitie hiervan onmiddellijk in kennis te stellen (artikel 6 van de Voogdijwet). De dienst Voogdij kan deze persoon onder zijn hoede nemen en een voogd aanwijzen die dan kan optreden als wettelijke vertegenwoordiger van het niet-begeleide minderjarige kind.

De Raad stelt vast dat verweerder pas op 14 augustus 2018 verzoekster aanmeldde als niet-begeleide minderjarige vreemdeling in België, oftewel pas tijdens de behandelingsduur van het huidige beroep bij de Raad, en dit enkel nadat hij door de Raad uitdrukkelijk werd gewezen op de inconsistentie in zijn handelwijze waarbij hij weliswaar vaststelde dat verzoekster in België niet is vergezeld van haar ouders of een voogd maar niettemin naliet verzoekster aan te melden als niet-begeleide minderjarige. Door verzoekster niet tijdig aan te melden bij de dienst Voogdij van de FOD Justitie, heeft verweerder verhinderd dat verzoekster op ontvankelijke wijze een beroep kan indienen tegen de thans bestreden beslissing. Dit strookt niet met het beginsel dat geldt voor iedere federale overheid en dat bepaalt dat bij iedere beslissing die betrekking heeft op een minderjarig kind, de belangen van dit kind de eerste overweging moeten vormen (artikel 2 van de Voogdijwet).

Omwille van de onmogelijkheid die verweerder zelf heeft gecreëerd voor verzoekster om op ontvankelijke wijze te kunnen opkomen tegen de bestreden beslissing, dient, in het belang van het betrokken kind, het beroep ontvankelijk te worden bevonden. De opgeworpen exceptie wordt verworpen.

4. Onderzoek van het beroep

4.1. Verzoekster voert in een enig middel de schending aan van artikel 20 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij wet van 25 november 1991 (hierna: het Kinderrechtenverdrag), van artikel 23, eerste lid van het verdrag van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (hierna: het Haags Kinderbeschermingsverdrag), van de artikelen 40ter, § 2, eerste lid, 1° en 62 van de Vreemdelingenwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de wet van 29 juli 1991), van de formele en de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat het middel in de synthesesamenvatting samen als volgt:

“De beslissing van de verwerende partij is ontoereikend en onvoldoende nauwkeurig is.

Verzoekster is afkomstig van Marokko en is als gevolg van de toepassing van de Kafala-akte dd. 29.05.2017 toevertrouwd aan haar Belgische grootvader, dhr. [B.A.].

Op 03.07.2017 diende verzoekster een aanvraag tot gezinshereniging in conform art. 40 ter, 2§, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet. Verwerende partij stelt dat deze Kafala-akte niet voldoende is om het bewijs van bewaring te staven. Verder stelt verwerende partij dat met het document Kafala slechts een materiële bijstand wordt beoogd.

Ook in haar nota met opmerkingen dd. 14/02/2018 stelt verwerende partij dat zij terecht besloten heeft dat de Kafala-akte geen bewijs vormt dat de referentiepersoon, in casu dhr. [B.A.], over een recht van bewaring zou beschikken. Dit gegeven maakt dat er geen schending zou zijn van artikel 40bis en ter van de Vreemdelingenwet met de hogervermelde beginselen.

Dit is echter niet correct aangezien dhr. [B.A.] op basis van de aan hem toegekende Kafala-akte dd. 29.05.2017 weldegelijk over een recht van bewaring beschikt.

Artikel 40 ter, 2§, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet stelt:

[...]

Art. 40bis, § 2, eerste lid, 3° Vreemdelingenwet bepaalt:

[...]

Dat de hogervermelde beginselen worden geschonden in samenhang met artikel 40 bis en ter van de Vreemdelingenwet nu verwerende partij besluit dat de Belgische referentiepersoon, m.n. de grootvader, dhr. [B.A.], niet over een recht van bewaring zou beschikken.

De bestreden beslissing stelt hieromtrent dat: ‘Echter dit document kan niet worden aanvaard als een recht van bewaring gezien deze verklaring geen officieel bewijs is (rechtelijke beslissing, gehomologeerde toestemming van recht van bewaring aan de grootouders) waaruit blijkt dat de grootvader effectief over het recht van bewaring beschikt.’

Dat deze stelling flagrant ingaat tegen het kinderrechtenverdrag.¹ Krachtens artikel 20, eerste en tweede lid van het Kinderrechtenverdrag hebben alle staten die partij zijn bij het verdrag de verplichting om kinderen die blijvend of tijdelijk het leven in het gezin waartoe het behoort moeten missen of waarvan het niet in hun eigen belang is om nog langer in het gezin te verblijven, bijzondere bescherming te bieden en hen te voorzien van een gepaste alternatieve gezinsopvang. Bij de beoordeling hiervan, moet volgens het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag rekening worden gehouden met de opvoeding van het kind en met zijn culturele achtergrond. De internationale wetgever haalt in het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag uitdrukkelijk het rechtsinstituut van de kafala aan als kinderbeschermingsmaatregel.²

Verwerende partij stelt in haar nota met opmerkingen dd. 14/02/2018 dat dit verdrag geen directe werking heeft en verzoekster zich er derhalve niet gunstig op kan beroepen.

Dit is niet correct. Het is echter ook zeer jammer te noemen dat verwerende partij enerzijds stelt dat dit verdrag geen directe werking heeft, doch verder in haar betoog bepaalde delen aanhaalt ter staving van haar standpunt.

Dat het self-executive karakter van het IVRK weldegelijk vaststaat met betrekking tot dit wetsartikel. Dat uit de impliciete bewoordingen van het IVRK duidelijk de intentie blijkt directe werking te hebben en wel degelijk de bedoeling had om individuele subjectieve rechten te laten putten uit het verdrag. Dat verder artikel 20 IVRK voldoende duidelijk en volledig geformuleerd is zodoende dat aan de directe werking niet getwijfeld kan worden.

Dat de niet aanvaarding van de Kafala-akte als een recht van bewaring dus duidelijk een inbreuk uitmaakt op artikel 20, eerste, tweede en derde lid van het Kinderrechtenverdrag.

Verder wordt de Kafala ook erkend in het Haags Kinderbeschermingsverdrag³. Krachtens artikel 3, e van het Haags Kinderbeschermingsverdrag is het rechtsinstituut van de kafala één van de maatregelen die de autoriteiten van de bij het verdrag aangesloten staten waar het minderjarige kind zijn gewone verblijfplaats heeft, kunnen nemen ter bescherming van de persoon van het kind of van zijn eigendom. Hieruit blijkt duidelijk dat de Kafala-akte verder gaat dan een louter materiële bijstand zoals voorgehouden door verwerende partij.

Verwerende partij stelt in haar nota met opmerkingen dd. 14/02/2018 dat zij voormelde verdrag niet schendt aangezien zij de Kafala weldegelijk zou erkennen. Doch dient er vastgesteld te worden dat een loutere 'erkenning' zonder de inhoud ervan te respecteren, nog steeds een schending van voormeld verdrag uitmaakt.

Dat de vermelding van het rechtsinstituut van de kafala in het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag en in het artikel 3, e van het Haags Kinderbeschermingsverdrag de uitdrukkelijke erkenning inhoudt van het bestaan van het rechtsinstituut van de kafala door de internationale gemeenschap.

Dat aangezien artikel 23 eerste lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag stipuleert dat een kinderbeschermingsmaatregel die werd genomen door de autoriteiten van een verdragsluitende staat, zoals een kafala, in beginsel van rechtswege dient te worden erkend door de bevoegde autoriteiten van de andere verdragsluitende staten.⁴

Dat vaststaat dat het niet interpreteren van deze Kafala-akte als een recht van bewaring in hoofde van verzoekster haar Belgische grootvader, dhr. [B.A.], een schending uitmaakt van het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag en in het artikel 3, e van het Haags Kinderbeschermingsverdrag.

Dat beide verdragen voor België bindende rechtsinstrumenten zijn zodat de toepassing dient nageleefd te worden.

In haar nota met opmerkingen dd. 14/02/2018 maakt verwerende partij op pg. 5-6 een zeer selectieve lezing van de Kafala-akte in combinatie met art. 20.3 Kinderrechtenverdrag, art. 3, e Haags Kinderbeschermingsverdrag en de Marokkaanse wetgeving. Dat verwerende partij wel de juiste wetsbepalingen aanhaalt - en hierbij ook impliciet erkent deze te moeten hanteren - doch zij hierbij de nadruk op de foutieve delen legt en hierdoor een vertekend beeld creëert. Dat de inhoud van deze wetsbepalingen ter staving van de Kafala-akte gelezen en geïnterpreteerd dienen te worden zoals hierna uiteengezet zal worden;

Krachtens art. 20.3 van het Kinderrechtenverdrag: "deze zorg kan, onder andere, plaatsing in een pleeggezin omvatten, kafalah volgens het Islamitische recht.

Krachtens artikel 3, e van het Haags Kinderbeschermingsverdrag: 'de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting of de verstrekking van zorg aan het kind door middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut'

Een kafala-akte moet dus door de verdragsluitende staten voortaan expliciet worden erkend als een kafala en mag niet meer worden gekwalificeerd als een in hun land reeds bestaand rechtsinstituut dat vergelijkbaar is met dat van de kafala, zoals een voogdij of pleegzorg.

Dat krachtens artikelen 3, e) juncto 23, eerste lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag de verdragsluitende staten, waaronder België, immers de verplichting oplegt krijgen om de kafala te erkennen als een op zichzelf staand rechtsinstituut.

Dat het duidelijk is dat het rechtsinstituut van de kafala één van de maatregelen is die de autoriteiten van de bij het verdrag aangesloten staten waar het minderjarige kind zijn gewone verblijfplaats heeft, kunnen nemen ter bescherming van de persoon van het kind of van zijn eigendom.

Dat verder voor de interpretatie van deze Kafala-akte het Marokkaanse recht van toepassing is.

Conform artikel 35 §3 WIPR wordt: 'Indien de persoon jonger is dan achttien jaar wordt het toepasselijke recht, in afwijking van de bepalingen van de §§ 1 en 2, bepaald door het Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, gesloten te 's-Gravenhage op 19 oktober 1996.'

Krachtens het verdrag van Den Haag is de hoofdregel dat de ouderlijke verantwoordelijkheid en de uitoefening ervan bepaald en geregeld wordt door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind (artikel 16 Verdrag van Den Haag). Een ouderlijke verantwoordelijkheid die is ontstaan op grond van het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind blijft bestaan, ook al verhuist het kind naar een gewone verblijfplaats in een andere staat (artikel 16,3 Verdrag van Den Haag).

In casu verbleef verzoekster op het moment van de toekenning van de Kafala-akte in Marokko waardoor het Marokkaans recht van toepassing is.

De Marokkaanse wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen definieert de kafala als volgt: "De kafala is een islamitisch rechtsinstituut dat het vrijwillig engagement

inhoudt van een persoon of van een familie (een kafil) om een verlaten en minderjarig kind (een makfoul) ten laste te nemen en te zorgen voor zijn bescherming, opvoeding en onderhoud zoals een vader dat zou doen voor zijn zoon".⁵ Het rechtsinstituut van de (gerechtelijke) kafala beschreven in de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen.⁶

Dat de samenlezing van de Marokkaanse wetgeving met enerzijds het Kinderrechtenverdrag en anderzijds het Haags kinderbeschermingsverdrag, geen twijfel doet ontstaan dat de Kafala-akte verder reikt dan een loutere materiële bijstand en weldegelijk een bewijs van bewaring inhoudt.

De Marokkaanse Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen bevat geen wetsartikel met betrekking tot het ouderlijk gezag over het kind dat wordt opgevangen via een gerechtelijke kafala. Echter, het is algemeen aanvaard dat een gerechtelijke kafala, een overdracht van het ouderlijk gezag tót gevolg heeft in hoofde van de kafil.⁷

Aangezien er aldus een overdracht van ouderlijk gezag heeft plaatsgevonden in hoofde van de grootvader ten gevolge van de Kafala-akte, dient er geconcludeerd te worden dat er zich weldegelijk minstens een 'recht van bewaring' vastgesteld dient te worden ten opzichte van verzoekster. Daarenboven is het feit dat de referentiepersoon, in casu de grootvader van verzoekster, instaat voor de materiële en sociale noden een verder bewijs dat de referentiepersoon volgens de buitenlandse rechtelijke beslissing het recht van bewaring/hoederecht heeft over het kind.

Dat de Kafala-akte dd. 29.05.2017 waarbij verzoekster wordt toevertrouwd aan haar grootvader erkend dient te worden, alsook dat verwerende partij de invulling van deze akte dient te respecteren zoals bepaald door het Marokkaanse recht.

Uit haar nota met opmerkingen dd. 14/02/2018 betwist verwerende partij niet de Kafala-akte als zodanig te erkennen, noch dat het Marokkaanse recht van toepassing is om de inhoud van deze Kafala te interpreteren. Doch eerbiedigt zij de inhoud van deze akte niet nu zij stelt dat de Kafala-akte geen recht van bewaring inhoudt.

Dat de Kafala-akte dd. 29.05.2017 waarbij verzoekster wordt toevertrouwd aan haar grootvader daarenboven weldegelijk als officieel bewijs van het recht van bewaring beschouwd dient te worden aangezien het een rechtelijke beslissing is, ondertekend door de rechtbank van eerste aanleg te Tanger/Marokko, afdeling Familierechtbank, sectie minderjarigen en notariaat.

Voor zoveel als nodig kan nog verwezen worden naar de Kafala-beslissing zelf. Daarin wordt uitdrukkelijk verwezen naar de wet van 13/6/2002. Dat bovendien de kafala slechts werd toegekend na uitgebreid onderzoek en na verslag van het parket.

Verder stelt verwerende partij dat dat de aanvraag gezinshereniging niet rechtsgeldig ingediend zou zijn aangezien verzoekster minderjarig was en zij niet vertegenwoordigd werd door haar ouders of voogd.

Dat deze redenering niet gevolgd kan worden aangezien zij foutief steunt op de Belgische wetgeving, meer bepaald het burgerlijk wetboek en geen rekening houdt met alle relevante feitelijke gegevens.

Dat krachtens artikelen 3, e) juncto 23, eerste lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag de verdragsluitende staten, waaronder België, immers de verplichting oplegt krijgen om de kafala te erkennen als een op zichzelf staand rechtsinstituut.

Een kafala-akte moet dus door de verdragsluitende staten voortaan expliciet worden erkend als een kafala en mag niet meer worden gekwalificeerd als een in hun land reeds bestaand rechtsinstituut dat vergelijkbaar is met dat van de kafala, zoals een voogdij.

Deze expliciete erkenning als een kafala heeft tot gevolg dat de bevoegde autoriteit van een verdragsluitende staat die overgaat tot de erkenning van een in het buitenland gewezen kafala-akte zonder meer ook de rechtsgevolgen van het rechtsinstituut van de kafala moet toekennen aan verzoekster, en dus niet langer de rechtsgevolgen van een in haar land reeds bestaand rechtsinstituut. Het is een bestaande praktijk dat de bevoegde autoriteit van een verdragsluitende staat ter bepaling hiervan rekening moet houden met de rechtsgevolgen die in het land waar de kafala-akte werd opgesteld, aan de kafala worden toegekend.⁸

De erkenning van de Marokkaanse kafala-akte door een verdragsluitende staat heeft zonder meer tot gevolg dat de kafil ook in die verdragsluitende staat zijn makfoul kan vertegenwoordigen in alle burgerrechtelijke handelingen, waaronder dus ook de aanvraag tot gezinshereniging.

Aangezien de Kafala-akte zonder meer door verwerende partij aanvaard en gerespecteerd dient te worden, moet vastgesteld worden dat dhr. [B.A.] (in zijn hoedanigheid als 'kafil') verzoekster (in haar hoedanigheid als 'makfoul') weldegelijk kon vertegenwoordigen en bijstaan bij de aanvraag tot gezinshereniging zoals in casu het geval was.

Dat dhr. [B.A.] (in zijn hoedanigheid als 'kafil*') verzoekster (in haar hoedanigheid als 'makfoul') heeft bijgestaan bij de aanvraag tot gezinshereniging.

Dat aangezien de kafil zijn makfoul kan vertegenwoordigen in alle burgerrechtelijke handelingen, waaronder dus ook de aanvraag tot gezinshereniging, hetgeen in eau het geval was, maakt dat de aanvraag gezinshereniging weldegelijk rechtsgeldig gebeurde.

Tot slot stelt verwerende partij dat verzoekster voorhoudt dat art. 40ter juncto 40bis van de Vreemdelingenwet onterecht zou eisen dat bewijs wordt voorgelegd van een recht van bewaring en dat dergelijke vordering niet ontvankelijk kan worden ingesteld voor de Raad van vreemdelingenbetwistingen aangezien zij geen oordeel mag vellen over een wettelijke bepaling an sich.

Dit is echter niet correct.

Dat verzoekster niet vraagt dergelijke beoordeling te maken aangezien zij niet betwist dat er een bewijs van recht van bewaring dient geleverd te worden, doch verzoekster stelt dat dergelijk bewijs geleverd werd door de Kafala-akte, hetgeen ontkend wordt door verwerende partij.

Verwerende partij benadrukt het feit dat de Marokkaanse wet niet voorziet dat het ouderlijk gezag door de Kafala op de Kafil overgaat. De Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen bevat inderdaad geen wetsartikel met betrekking tot het ouderlijk gezag over het kind dat wordt opgevangen via een gerechtelijke kafala. Echter, het is algemeen aanvaard dat een gerechtelijke kafala, in tegenstelling tot een notariële kafala, een overdracht van het ouderlijk gezag tot gevolg heeft in hoofde van de kafil.

Verzoekster wenst te benadrukken dat net de belangrijkste functie van de Kafala is het ondervangen van de afwezigheid van de mogelijkheid tot adoptie ter bescherming van een verlaten kind. De Marokkaanse wet n° 70-03 inzake het familiewetboek bepaalt dat een juridische afstammingsband slechts tot stand kan komen mits het kind werd verwekt door zijn ouders. Dit heeft tot gevolg dat er in Marokko geen juridische afstammingsband tot stand kan komen in geval van een adoptie. Het artikel 149 van diezelfde wet stelt vervolgens ook uitdrukkelijk dat het rechtsinstituut van de adoptie nietig is en dat een adoptie geen juridische afstammingsband tot stand brengt tussen het geadopteerde kind en de adoptant noch een recht op erfopvolging.

Deze niet-toekenning van een adoptie zou op zich niet zo een probleem vormen, mocht verzoekster de mogelijkheid hebben om zijn kafala-akte in België te laten erkennen als een op zichzelf staand rechtsinstituut, met de daarbij horende rechtsgevolgen die in het land waar de kafala-akte werd opgesteld, aan de kafala worden toegekend, hetgeen volgens het Haags Kinderbeschermingsverdrag ook dient te gebeuren.

Dat ten gevolge van de schendingen van de in het verzoekschrift vermelde middelen de bestreden beslissing dan ook dient vernietigd te worden.

1 Verdrag van New York inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, United Nations Treaty Series, vol. 1577, 3.

2 KINDERRECHTSWINKEL, "Algemene informatie over het kinderrechtenverdrag", www.kinderrechtswinkel.be/index.php?ID=2394.

3 Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996, Hague Conference on Private International Law, www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70.

4 D. VAN ITERSSEN, Ouderlijke verantwoordelijkheid en kinderbescherming, Antwerpen, Maklu, 2011, 214; A. BORRAS, "The protection of the rights of children and the recognition of kafala" in VAN LOON, J. H. A. (éd.), A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon, Cambridge, Intersentia, 2013, (77) 84.

5 Art. 2 Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, Bulletin Officiel n° 5036 15 september 2002. 2 Art. 116 Loi n° 84-11 (DZA) 9 juni 1984 portant Code de la Famille, Journal Officiel n° 24 12 juni 1984.

6 Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, Bulletin Officiel n° 5036 15 september 2002.

7 Circulaire (FR) 22 oktober 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n° 2014-11 28 november 2014,

www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf, 3; U. M. ASSIM en J. SLOTH-NIELSEN, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", African Human Rights Law Journal 2014, (322) 329.

8 N. MARCAL ESCALONA, "La reconnaissance de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol", Rev.crit.dr.intern.privé 2015, afl. 1, (89) 93."

4.2.1. De uitdrukkelijke motiveringsplicht zoals deze voortvloeit uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en artikel 62, § 2 van de Vreemdelingenwet heeft tot doel de bestuurde in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid de beslissing heeft genomen, zodat hij kan beoordelen of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt (RvS 25 september 2002, nr. 110.667; RvS 10 december 2002, nr. 113.439; RvS 17 mei 2005, nr. 144.471). De naleving van de genoemde plicht houdt evenwel geen verband met de inhoudelijke juridische of feitelijke correctheid van de tot uitdrukking gebrachte motieven (RvS 18 november 1993, nr. 44.948). Bij lezing van de bestreden

beslissing blijkt genoegzaam dat de inhoud verzoekster het genoemde inzicht verschaft en haar aldus toelaat de bedoelde nuttigheidsafweging te maken. Uit het door verzoekster neergelegde verzoekschrift blijkt trouwens dat zij zowel de feitelijke als de juridische overwegingen kent, zodat het doel dat met het bestaan van de formele motiveringsplicht wordt beoogd, is bereikt. Verzoekster toont een schending van de uitdrukkelijke motiveringsplicht of van artikel 62 van de Vreemdelingenwet of de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 niet concreet aan.

4.2.2. Het opgeworpen middel dient te worden bekeken vanuit het oogpunt van de materiële motiveringsplicht.

De Raad is bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht niet bevoegd zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is bij de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij haar beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624; RvS 28 oktober 2002, nr. 111.954).

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt de overheid daarnaast de verplichting op haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (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.

Verzoekster beriep zich ten overstaan van het bestuur op haar hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie / Belg in de zin van artikel 40bis, § 2, eerste lid, 3° van de Vreemdelingenwet. Deze bepaling luidt als volgt:

“§ 2. Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd :

[...]

3° de bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, beneden de leeftijd van eenentwintig jaar of die te hunnen laste zijn, die hen begeleiden of zich bij hen voegen, voor zover de vreemdeling die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven;”

Artikel 40bis, § 4 van de Vreemdelingenwet bepaalt verder:

“De in § 2 bedoelde familieleden die burger van de Unie zijn, hebben het recht de in artikel 40, § 4, eerste lid, 1° en 2°, bedoelde burger van de Unie te begeleiden of zich bij hem te voegen voor een periode van meer dan drie maanden voor zover zij de in artikel 41, eerste lid, bedoelde voorwaarde vervullen. Indien het familieleden betreft die geen burger van de Unie zijn, moeten zij de in artikel 41, tweede lid, bedoelde voorwaarde vervullen.

De in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, bedoelde burger van de Unie moet dan tevens het bewijs leveren dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt op te voorkomen dat de in § 2 bedoelde familieleden tijdens zijn verblijf ten laste komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk, en dat hij over een verzekering beschikt die de ziektekosten van zijn familieleden in het Rijk volledig dekt. In het kader van de evaluatie van de bestaansmiddelen wordt rekening gehouden met de persoonlijke situatie van de burger van de Unie, waarbij ondermeer rekening gehouden wordt met de aard en de regelmaat van diens inkomsten en met het aantal familieleden die te zijn laste zijn.

[...]”

Artikel 40ter, § 2 van de Vreemdelingenwet stelt vervolgens:

“De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg die niet zijn recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten heeft uitgeoefend krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie :

1° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° tot 3°, mits zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen;

[...]

De familieleden bedoeld in het eerste lid, 1°, moeten bewijzen dat de Belg :

1° beschikt over stabiele, toereikende en regelmatige bestaansmiddelen. Aan die voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan indien de bestaansmiddelen ten minste gelijk zijn aan honderdtwintig procent van het bedrag bedoeld in artikel 14, § 1, 3°, van de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie en zoals geïndexeerd volgens artikel 15 van voormelde wet. Bij het beoordelen van deze bestaansmiddelen wordt rekening gehouden met hun aard en regelmatigheid. Er wordt daarentegen geen rekening gehouden met de middelen verkregen uit het leefloon, de financiële maatschappelijke dienstverlening, de kinderbijslagen en toeslagen, de inschakelingsuitkeringen en de overbruggingsuitkering. De werkloosheidsuitkering komt alleen in aanmerking indien de Belg bewijst dat hij actief werk zoekt.

Deze voorwaarde is niet van toepassing indien alleen zijn minderjarige familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 3°, de Belg vergezellen of zich bij hem voegen.

2° beschikt over voldoende huisvesting die hem in staat stelt zijn familielid of familieleden die hem vergezellen of zich bij hem voegen te herbergen en die voldoet aan de voorwaarden opgelegd aan een onroerend goed dat als hoofdverblijfplaats wordt verhuurd zoals bepaald in artikel 2 van Boek III, Titel VIII, Hoofdstuk II, Afdeling 2, van het Burgerlijk Wetboek. De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de wijze waarop de Belg bewijst dat het onroerend goed aan de opgelegde voorwaarden voldoet.

3° beschikt over een ziektekostenverzekering die de risico's in België voor hem en zijn familieleden dekt. Als een attest van geen huwelijksbeletsel is afgegeven, wordt er naar aanleiding van het onderzoek van een aanvraag tot gezinshereniging gebaseerd op het voltrokken huwelijk, waarvoor het attest is afgegeven, geen nieuw onderzoek uitgevoerd, tenzij er nieuwe gegevens zijn.

[...].

Meer concreet diende verzoekster, als minderjarige, een aanvraag tot gezinshereniging in, in functie van haar grootvader met de Belgische nationaliteit. Er blijkt niet dat deze laatste reeds gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer als burger van de Europese Unie.

In deze situatie gelden, gelet op de voormelde wetsbepalingen, de volgende verblijfsvoorwaarden:

- verzoekster dient haar Belgische grootvader te begeleiden of zich bij hem te voegen;
- de Belgische grootvader (of zijn echtgenote) dient te beschikken over het recht van bewaring en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, dient de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming te geven;
- de Belgische grootvader dient te beschikken over stabiele, toereikende en regelmatige bestaansmiddelen;
- de Belgische grootvader dient te beschikken over een voldoende huisvesting;
- de Belgische grootvader dient te beschikken over een ziektekostenverzekering die de risico's in België voor hem en zijn familieleden dekt.

In de bestreden beslissing oordeelt de gemachtigde van de staatssecretaris dat verzoekster, aan de hand van de door haar voorgelegde 'kafala', niet heeft aangetoond dat haar Belgische grootvader beschikt over het recht van bewaring. Er wordt gemotiveerd dat dit stuk "geen officieel bewijs is (rechterlijke beslissing, gehomologeerde toestemming van recht van bewaring aan de grootouders) waaruit blijkt dat de grootvader effectief over het recht van bewaring beschikt. Bovendien blijkt uit dit document enkel dat betrokkene ten laste wordt genomen door de referentiepersoon, niet dat de referentiepersoon de ouder is van betrokkene, noch dat hij/zij het kind heeft geadopteerd". Verzoekster betwist deze motivering.

Het is nuttig eerst stil te staan bij de betekenis van het begrip "recht van bewaring".

Het recht van bewaring valt onder het ouderlijk gezag, waarbinnen een onderscheid kan worden gemaakt tussen het gezag over de persoon van het kind, het beheer van de goederen van het kind en tot slot bepaalde prerogatieven van het ouderlijk gezag.

Met betrekking tot het gezag over de persoon van het kind moeten drie zaken worden onderscheiden. De materiële bewaring is het feit het kind bij zich te hebben en er daarom feitelijk de dagelijkse beslissingen over te nemen. Het recht van materiële bewaring is de juridische bevoegdheid tot opvoeding. Het omvat het recht om het kind bij zich te hebben en te houden en om alle dagelijkse beslissingen te treffen. Het recht van juridische bewaring omvat verder de bevoegdheid om meer fundamentele beslissingen over de opvoeding te nemen, zoals belangrijke beslissingen inzake gezondheid, opvoeding, opleiding en ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke

keuzes (F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 129-130, nr. 324; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 404-405, nrs. 663-664). Het is belangrijk het recht van bewaring niet te verwarren met de materiële bewaring, hetgeen een notie is die het feitelijk bij zich hebben van het kind uitdrukt (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, III, Familierecht, Leuven, Acco, 1996, 115, nr. 1048).

Vervolgens dient nader te worden ingegaan op het rechtsinstituut van de “*kafala*” en in het bijzonder de door verzoekster voorgelegde “*kafala*”.

In de Marokkaanse wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen wordt de “*kafala*” gedefinieerd als volgt: “*De kafala is een islamitisch rechtsinstituut dat het vrijwillig engagement inhoudt van een persoon of van een familie (een kafil) om een verlaten en minderjarig kind (een makfoul) ten laste te nemen en te zorgen voor zijn bescherming, opvoeding en onderhoud zoals een vader dat zou doen voor zijn kind*” (Art. 2 Loi n°15-01 (MAR) 13 juin 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, Bulletin Officiel n° 5036 15 september 2002).

De “*kafala*” is dus een islamitisch, familierechtelijk rechtsinstituut dat tot doel heeft verlaten kinderen te beschermen. De voormelde wet bepaalt onder meer wat onder een “*verlaten kind*” dient te worden verstaan en voorziet in een gerechtelijke procedure voor de totstandkoming van de “*kafala*”. Het regelt de zogenaamde gerechtelijke “*kafala*” met betrekking tot een verlaten en minderjarig kind.

In casu dringt de vaststelling zich op dat de door verzoekster voorgelegde “*kafala*” geen gerechtelijke “*kafala*” zoals bedoeld in de voormelde Marokkaanse wet betreft, en hiermee niet kan worden gelijkgesteld. Het voorgelegde stuk vermeldt zo uitdrukkelijk dat verzoekster een niet-verlaten minderjarige is (“*mineur – Non abandonné*”). Er is ook sprake van een toestemming van de ouders van verzoekster. Het enkele gegeven dat in de voorgelegde “*kafala*” wordt verwezen naar de voormelde wet, kan geen afbreuk doen aan de voorgaande vaststelling. Deze wet handelt niet over niet-verlaten kinderen.

In casu dient te worden aangenomen dat er sprake is van een zogenaamde notariële, intrafamiliale “*kafala*”. Zo stelt in het voorgelegde stuk de rechter, op vraag van de grootouders – die verzoekster met toestemming van haar ouders ten laste willen nemen –, enkel vast dat de medische en materiële situatie van de grootouders zulks toelaat. De rechter homologeert vervolgens de zogenaamde notariële akte van “*kafala*”, opgemaakt in het bijzijn van twee ‘*adouls*’. De homologatie van een dergelijke “*kafala*” door een rechter verleent deze een authentiek maar geen gerechtelijk karakter. Het betreft slechts een eenzijdige verbintenis van de grootouders om het kind ten laste te nemen (RvS 17 mei 2018, nr. 241.535).

Verzoekster houdt doorheen haar middel voor dat in Marokko een “*kafala*” in alle gevallen en steeds dezelfde rechtsgevolgen heeft, ongeacht of het een gerechtelijke dan wel een zogenaamd notariële of nog intrafamiliale “*kafala*” betreft. Er blijkt evenwel niet dat dit standpunt kan worden bijgetreden. Zulks wordt door verzoekster niet concreet aannemelijk gemaakt.

Er blijkt niet dat verzoekster dienstig kan verwijzen naar een Franse omzendbrief, waarin wordt gesteld dat een gerechtelijke “*kafala*” het ouderlijk gezag doet overgaan, om te stellen dat ook in haar situatie moet worden aangenomen dat het ouderlijk gezag is overgegaan op haar grootouders. Naast het gegeven dat een omzendbrief uit Frankrijk in België geen enkele juridische waarde heeft, stelt deze omzendbrief ook heel duidelijk dat enkel een zogenaamde gerechtelijke “*kafala*” die tot stand is gekomen overeenkomstig de genoemde Marokkaanse wet van 2002 het ouderlijk gezag doet overgaan. Wat de notariële “*kafala*” betreft, wordt gesteld dat deze is gelijk te stellen met een contract en overeenkomt met een intrafamiliale tenlasteneming waaraan geen voorwaarden zijn verbonden. Deze heeft, ook al is ze gehomologeerd, niet dezelfde rechtsgevolgen en er is geen enkele rechterlijke of administratieve controle over de voorwaarden van uitoefening van de “*kafala*”. Zelfs op het Marokkaanse grondgebied heeft deze, volgens de omstandbrief, slechts beperkte gevolgen. Er wordt in de omzendbrief verder uitdrukkelijk op gewezen dat deze vorm van “*kafala*”, in tegenstelling tot de gerechtelijke “*kafala*” met betrekking tot een verlaten kind, de rechten en verplichtingen van de ouders niet doet verdwijnen met betrekking tot het kind toevertrouwd aan een derde of derden.

Er blijkt dus niet dat een gerechtelijke “*kafala*” enerzijds en een notariële, intrafamiliale “*kafala*” anderzijds dezelfde rechtsgevolgen hebben. Er blijkt geenszins dat deze laatste het ouderlijk gezag doet overgaan of de rechten en verplichtingen van de ouders teniet doet. De situatie van een verlaten kind en

deze van een niet-verlaten kind zijn fundamenteel verschillend. In casu dient te worden aangenomen dat verzoeksters ouders gekend zijn en zich bevinden in het herkomstland en dat niet blijkt dat zij zijn ontheven van het ouderlijk gezag over hun kinderen. In het voorgelegde stuk kan ook nergens worden gelezen dat de “*kafala*” is ingegeven door of noodzakelijk is voor de bescherming van het kind.

Verzoekster maakt niet aannemelijk dat binnen het Marokkaanse recht een (al dan niet door een rechter gehomologeerde) notariële of intrafamiliale “*kafala*” een overdracht van het ouderlijk gezag of van het recht van bewaring – dat onder het ouderlijk gezag valt – tot gevolg heeft. Het mogelijk feitelijk hebben van de materiële bewaring over een kind houdt zo ook niet noodzakelijk in dat men ook beschikt over het recht van bewaring. Er blijkt niet dat de eenzijdige verbintenis van de grootouders om het kind ten laste te nemen, ook al is deze gehomologeerd, is gelijk te stellen aan een buitenlandse rechterlijke beslissing tot toekenning van het recht van bewaring, als onderdeel van het ouderlijk gezag, aan de grootouders. Een louter algemene verwijzing naar enerzijds de voormelde Marokkaanse wet van 2002, die in casu in beginsel niet van toepassing is waar verzoekster geen verlaten kind is, en anderzijds het Kinderrechtenverdrag en het Haags Kinderbeschermingsverdrag, toont zulks nog niet aan.

Er blijkt op basis van het voorgelegde stuk ook niet – minstens onvoldoende – dat de Marokkaanse rechter toelating heeft gegeven opdat de grootouders zich met verzoekster in het buitenland, meer bepaald in België, mogen vestigen en de grootouders de volledige rechten op het vlak van de zorg voor het kind, het toezicht op het kind en de opvoedkundige beslissingen die al dan niet verband houden met de aanwezigheid van het kind bij hen worden toegekend.

Louter ten overvloede, en ook al is de situatie van verzoekster als niet-verlaten kind niet gelijk te stellen met deze van een verlaten kind, wijst de Raad in dit verband op artikel 24 van de Marokkaanse wet van 13 juni 2002. Hierin wordt bepaald dat de persoon die de “*kafala*” uitoefent slechts het grondgebied van Marokko mag verlaten in het gezelschap van het kind dat onder deze “*kafala*” valt om zich te vestigen in het buitenland, voor zover de voogdijrechter dit toestaat en dit in het belang is van het kind. Wanneer die toestemming is verleend, wordt een kopie verstuurd naar de Marokkaanse consulaire diensten in het andere land, opdat die voor de opvolging van de situatie van het kind zorgen en de uitvoering van de verplichtingen controleren. Daartoe richten zij verslagen aan de voogdijrechter. Vooraleer de voogdijrechter de toestemming verleent om het grondgebied te verlaten, vergewist hij zich ervan dat het kind wel degelijk toegang heeft tot het opvangland en er kan verblijven. Hij eist dan ook een document van de buitenlandse regering (waarin wordt verzekerd dat het kind er kan verblijven en dat het door de buitenlandse wet op dezelfde wijze als de eigen onderdanen zal worden beschermd) (Federale Overheidsdienst Justitie, “*Vademecum voor voogden van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*”, 2007, http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/vade_mecum_tuteurs_2008_nl.pdf, 29).

In voormeld vademecum kan op p. 29-30 ook nog het volgende worden gelezen:

“In het verdrag inzake de rechten van het kind, waartoe Marokko is toegetreden, is bepaald dat de lidstaten alle mogelijke bestrijdingsmaatregelen moeten nemen tegen de ongeoorloofde overbrenging van kinderen naar het buitenland. In die optiek en teneinde te voorkomen dat de kafala-kinderen hun identiteit verliezen door assimilatie met een andere cultuur of dat zij aan enige vorm van uitbuiting worden blootgesteld, heeft Marokko een aantal garanties (administratieve en juridische maatregelen) ingebouwd teneinde enig misbruik te voorkomen. Zo is het ministerie van Sociale Zaken ermee belast Buitenlandse Zaken en het departement Zaken van de Marokkaanse Gemeenschap in het buitenland in te lichten over elke beslissing waarbij aan het “makfoul-kind” de toestemming wordt verleend om het nationale grondgebied te verlaten. Deze maatregel beoogt dat de Marokkaanse consulaten in het buitenland kunnen zorgen voor de follow-up van de situaties en dat zij de uitvoering van het engagement van de “kafil” ten aanzien van het kind kunnen controleren. De consuls zijn verplicht om de voogdijrechters te informeren over de leefomstandigheden van het kind buiten Marokko.”

In dit verband merkt de Raad nog op dat verzoekster vanuit Marokko naar België is gekomen met een door de Franse autoriteiten afgeleverd Schengenvisum, en zonder dat dus blijkt dat zij haar intentie om zich in België te vestigen bij haar grootouders kenbaar maakte. Intentie die duidelijk blijkt uit het gegeven dat verzoekster, na haar binnenkomst in Spanje op 30 juni 2017, zich op 3 juli 2017 aanmeldde bij de Belgische autoriteiten om de thans voorliggende aanvraag in te dienen.

In zoverre verzoekster nog stelt dat de belangrijkste functie van de “*kafala*” erin bestaat om de onmogelijkheid tot adoptie ter bescherming van een verlaten kind te ondervangen, gaat zij er andermaal

aan voorbij dat niet blijkt dat zij als een verlaten kind is te beschouwen. De door haar voorgelegde “*kafala*” vermeldt uitdrukkelijk het tegendeel.

In het licht van de stukken en gegevens zoals deze voorliggen, komt het de Raad in casu niet kennelijk onredelijk voor waar de gemachtigde van de staatssecretaris de thans voorliggende “*kafala*” niet gelijk stelt met een rechterlijke toewijzing van het recht van bewaring met betrekking tot verzoekster aan de Belgische grootouders. In het licht van hetgeen voorafgaat, toont verzoekster niet aan dat de gemachtigde van de staatssecretaris de inhoud van de door haar voorgelegde “*kafala*” heeft miskend.

De overige kritiek van verzoekster is gericht tegen een tweede, overtollig motief dat in de bestreden beslissing is opgenomen. De eventuele gegrondheid van een middel dat is gericht tegen een overtollig motief kan niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Verzoekster heeft dan ook geen voldoende belang bij dit onderdeel van het middel (RvS 23 januari 2002, nr. 102.836, RvS 30 oktober 2003, nr. 124.833).

De uiteenzetting van verzoekster laat niet toe te besluiten dat de bestreden beslissing is genomen op grond van onjuiste feitelijke gegevens, op kennelijk onredelijke of onzorgvuldige wijze of met overschrijding van de appreciatiebevoegdheid waarover de gemachtigde van de staatssecretaris beschikt.

Een schending van de materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel of van artikel 40ter van de Vreemdelingenwet blijkt niet.

4.2.3. Verzoekster beroept zich nog op artikel 20 van het Kinderrechtenverdrag. Dit artikel stelt als volgt:

“1. Een kind dat tijdelijk of blijvend het leven in het gezin waartoe het behoort moet missen, of dat men in zijn of haar eigen belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, heeft recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege.

2. De Staten die partij zijn, waarborgen, in overeenstemming met hun nationale recht, een andere vorm van zorg voor dat kind.

3. Deze zorg kan, onder andere, plaatsing in een pleeggezin omvatten, kafalah volgens het Islamitisch recht, adoptie, of, indien noodzakelijk, plaatsing in geschikte instellingen voor kinderopvang. Bij het overwegen van oplossingen wordt op passende wijze rekening gehouden met de wenselijkheid van continuïteit in de opvoeding van het kind en met de etnische, godsdienstige en culturele achtergrond van het kind en met zijn of haar achtergrond wat betreft de taal.”

Daargelaten de vraag of verzoekster zich rechtstreeks op deze bepaling kan beroepen, is de Raad in ieder geval van oordeel dat verzoekster zich niet op deze bepaling kan beroepen om alsnog de door haar voorgelegde “*kafala*” een draagwijdte te zien toegekend die deze niet heeft. De Raad herhaalt dat de “*kafala*” zoals deze in casu voorligt, uitdrukkelijk vermeldt dat verzoekster een niet-verlaten kind is en hieruit niet blijkt dat verzoekster niet langer in het gezin van haar ouders kan verblijven of zulks niet in haar belang zou zijn. Artikel 20 van het Kinderrechtenverdrag houdt nog geen recht in om zich te vestigen in het land van (tweede) nationaliteit van een grootouder die bereid en in staat is het kind ten laste te nemen, terwijl niet blijkt dat het kind niet langer in het gezin van haar ouders kan verblijven, of zulks niet in haar belang zou zijn, en geen duidelijke rechterlijke toestemming voorligt dat het recht van bewaring als onderdeel van het ouderlijk gezag is toegekend aan deze grootouder en het kind zich met deze grootouder mag vestigen in het buitenland. In deze omstandigheden blijkt niet dat verzoekster zich dienstig op artikel 20 van het Kinderrechtenverdrag kan beroepen ter nietigverklaring van de bestreden beslissing.

4.2.4. Verzoekster beroept zich nog op artikel 23 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag. Deze bepaling luidt:

“1. De door de autoriteiten van een Verdragsluitende Staat genomen maatregelen worden van rechtswege in alle andere Verdragsluitende Staten erkend.

2. Erkenning kan evenwel worden geweigerd:

a. indien de maatregel is genomen door een autoriteit wiens bevoegdheid niet was gebaseerd op een van de in hoofdstuk II bedoelde gronden;

b. indien de maatregel, behoudens een spoedeisend geval, is genomen in het kader van een rechterlijke of administratieve procedure zonder dat het kind in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, zulks met schending van fundamentele beginselen van procesrecht van de aangezochte Staat;

- c. op verzoek van enige persoon die beweert dat de maatregel inbreuk maakt op zijn of haar ouderlijke verantwoordelijkheid, indien deze maatregel, behoudens in een spoedeisend geval, is genomen zonder dat deze persoon in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord;
- d. indien de erkenning, gelet op het belang van het kind, kennelijk in strijd is met de openbare orde van de aangezochte Staat;
- e. indien de maatregel onverenigbaar is met een maatregel die naderhand is genomen in de niet-Verdragsluitende Staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, en deze latere maatregel voldoet aan de vereisten voor erkenning in de aangezochte Staat;
- f. indien de in artikel 33 bedoelde procedure niet in acht is genomen.”

Artikel 3, e van dit verdrag luidt:

“De in artikel 1 bedoelde maatregelen [d.i. maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind] kunnen met name betrekking hebben op :

[...]

e. de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting of de verstrekking van zorg aan het kind door middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut;”.

Het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag bepaalt verder:

“1. Indien een ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een instelling dan wel de verstrekking van zorg aan het kind door middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut overweegt en indien deze plaatsing of zorg dient plaats te vinden in een andere Verdragsluitende Staat, pleegt zij eerst overleg met de Centrale Autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van laatstgenoemde Staat. Daartoe verstrekt zij een rapport over het kind, vergezeld van de redenen voor de voorgestelde plaatsing of zorg.

2. De beslissing over de plaatsing of de verstrekking van zorg mag in de verzoekende Staat slechts worden genomen indien de Centrale Autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van de aangezochte Staat heeft ingestemd met de plaatsing of de zorg, met inachtneming van het belang van het kind.”

Het Haags Kinderbeschermingsverdrag geldt sinds 1 september 2014 op de erkenning en tenuitvoerlegging van kinderbeschermingsmaatregelen in de relatie tussen België en Marokko (zie wet van 27 november 2013 dat de tenuitvoerlegging beoogt van het Haags Kinderbeschermingsverdrag).

Zoals verzoekster correct aangeeft, wordt in dit verdrag expliciet het rechtsinstituut van de “kafala” vermeld als maatregel die de autoriteiten van de bij het verdrag aangesloten staten waar het minderjarig kind zijn gewone verblijfplaats heeft, kunnen nemen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind.

De Raad herhaalt in dit verband evenwel dat niet blijkt dat de “kafala” zoals deze thans voorligt door de (rechterlijke) autoriteiten in Marokko is opgelegd als maatregel ter bescherming van de persoon van het kind of haar eigendom. Er wordt door de rechter, op vraag van de grootouders, die verzoekster met toestemming van haar ouders ten laste willen nemen, enkel vastgesteld dat de medische en materiële situatie van de grootouders zulks toelaat. De rechter homologeert vervolgens de zogenaamde notariële akte van “kafala”, opgemaakt in het bijzijn van twee “adouls”. Er wordt tevens herhaald dat de homologatie van een dergelijke “kafala” door een rechter deze een authentiek maar geen gerechtelijk karakter verleent. Het betreft slechts een unilaterale verbintenis van de grootouders om het kind ten laste te nemen (RvS 17 mei 2018, nr. 241.535), zonder dat blijkt dat het gaat om een maatregel die de autoriteiten hebben opgelegd ter bescherming van het kind. Verzoekster overtuigt niet waar zij voorhoudt dat dit wel degelijk het geval zou zijn. Zij legt geen enkele aanwijzing in deze zin voor. Nu niet blijkt dat er in casu sprake is van een door de Marokkaanse autoriteiten opgelegde maatregel ter bescherming van het kind, blijkt niet dat er op België een verplichting tot erkenning van een dergelijke maatregel rust overeenkomstig artikel 23 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag.

Het gegeven dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag het rechtsinstituut van de “kafala” vermeldt als maatregel die de autoriteiten van de bij het verdrag aangesloten staten waar het minderjarig kind zijn gewone verblijfplaats heeft kunnen nemen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind, betekent nog niet dat met betrekking tot de thans voorliggende “kafala” – die, zo wordt herhaald, geen gerechtelijke “kafala” is overeenkomstig de Marokkaanse wet inzake verlaten kinderen, maar een gehomologeerde notariële “kafala” waarvan niet blijkt dat deze is ingegeven door of noodzakelijk is voor

de bescherming van het kind – niet kan worden vastgesteld dat niet blijkt dat deze is te beschouwen als een rechterlijke beslissing tot toekenning van het recht van bewaring aan de grootouders.

Mochten de Marokkaanse autoriteiten de bedoeling hebben gehad om, ter bescherming van het kind, een recht van bewaring toe te kennen aan verzoeksters grootouders dat hen het recht geeft om zich met het kind in België te vestigen, kon van de Marokkaanse autoriteiten ook worden verwacht dat deze eerst contact zouden hebben gezocht met de Belgische autoriteiten, zoals voorzien in artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag. Er blijkt niet dat dit het geval was.

De Raad merkt ook op dat verweerder, zoals hij bevestigt in zijn nota, niet zozeer de erkenning van het voorliggende stuk weigert, maar wel betwist dat de voorgelegde akte is te beschouwen als een rechterlijke beslissing of gehomologeerde toekenning van een recht van bewaring aan de grootouders.

Een schending van de aangehaalde artikelen van het Haags Kinderbeschermingsverdrag wordt niet aannemelijk gemaakt.

4.2.5. Het enig middel is ongegrond.

5. Kosten

Verzoekster werd het voordeel van de kosteloze rechtspleging toegekend, zodat geen standpunt dient te worden ingenomen inzake de kosten van het geding.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op achtentwintig september tweeduizend achttien door:

mevr. I. CORNELIS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

I. CORNELIS