



Arrest

nr. 269 516 van 8 maart 2022

in de zaken:

- I. RvV X / II
- II. RVV X / II

In zaak: X, in eigen naam (in de zaak *sub I*)
en handelend als wettelijke vertegenwoordigster van de minderjarige
X (in de zaak *sub II*)

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat G. VAN DE VELDE
Wijngaardlaan 39
2900 SCHOTEN

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, handelend als wettelijke vertegenwoordigster van het minderjarig kind X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 19 november 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 14 oktober 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) (zaak *sub II*).

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Nederlandse nationaliteit te zijn, op 19 november 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 14 oktober 2021 houdende het bevel tot terugbrenging (zaak *sub I*).

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

Gezien de beschikkingen houdende de vaststelling van het rolrecht van 10 december 2021 met refertenummers X en X

Gezien de nota's met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 19 januari 2022 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 16 februari 2022.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die *loco* advocaat G. VAN DE VELDE verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat L. RAUX, die *loco* advocaten D. MATRAY en A. DE WILDE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. De minderjarige O.S. diende op 14 april 2021 een aanvraag in van een verblijfskaart van een burger van de Unie, in functie van haar Nederlandse zus I.S., verzoekster in de huidige zaak.

1.2. Op 14 oktober 2021 werd met betrekking tot deze aanvraag een beslissing tot weigering van verblijf zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) genomen, omdat O.S. als minderjarige niet beschikt over de juridische bekwaamheid om zelf de verblijfsaanvraag in te dienen. Dit is de bestreden beslissing in de zaak *sub II*; deze is als volgt gemotiveerd:

“In uitvoering van artikel 52, §4, 5^{de} lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 14.04.2021 werd ingediend door:

Naam: S.

Voorna(a)m(en): O.

Nationaliteit: M.

Geboortedatum: (...)

Geboorteplaats: M.

Identificatienummer in het Rijksregister: (...)

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (...)

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 deed een aanvraag in functie van haar Nederlandse zus S., I. (RR. 88.08.29 650-93) op basis van artikel 47/1, 2° van de wet van 15.12.1980.

Artikel 47/1, 2° van de wet van 15.12.1980: ‘de niet in artikel 40bis, §2, bedoelde familieleden die, in het land van herkomst, ten laste zijn of deel uitmaken van het gezin van de burger van de Unie; ...’ Overwegende dat artikel 47/3, §2 van de wet van 15.12.1980 stelt dat ‘de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1, 2°, moeten bewijzen dat zij ten laste zijn van de burger van de Unie die zij willen begeleiden of bij wie zij zich willen voegen of dat zij deel uitmaken van zijn gezin. De documenten die aantonen dat het andere familielid ten laste is of deel uitmaakt van het gezin van de burger van de Unie moet uitgaan van de bevoegde overheden van het land van oorsprong of van herkomst. Bij ontstentenis hiervan, kan het feit ten laste te zijn of deel uit te maken van het gezin van de burger van de Unie bewezen worden met elk passend middel’.

Er dient te worden vastgesteld dat betrokkene overeenkomstig de artikelen 372 en 388 BW, minderjarig en juridisch onbekwaam is om administratieve handelingen te stellen zoals bijvoorbeeld in eigen hoofde een aanvraag tot een verblijfskaart als familielid indienen. 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. De ouders hebben beiden dan wel hun toestemming gegeven om het kind bij de zus te laten vestigen, maar dit is immers niet voldoende en voldoet niet aan de vereisten van de artikelen 392 of 475 ter van het Burgerlijk Wetboek.

Vandaar dat geen verblijf kan worden toegestaan overeenkomstig art 47/1, 2° van de wet van 15/12/1980.

Met verwijzing naar arrest Diallo van het Hof van Justitie (HvJ 27 juni 2018, C-246/17) dient opgemerkt te worden dat, gezien niet voldaan werd aan de gestelde voorwaarden van artikel 47 van de wet van 15.12.1980, de termijn van zes maanden zoals vervat in artikel 42, §1 van de wet van 15.12.1980 niet van toepassing is. Gelet op de hiërarchie der rechtsnormen hebben de bepalingen van de wet van 15.12.1980 voorrang op de bepalingen van het K.B. van 08.10.1981.”

1.3. Op dezelfde dag wordt aan verzoekster een bevel tot terugbrenging (bijlage 38) gegeven. Dit is de bestreden beslissing in de zaak *sub I*, die als volgt gemotiveerd is:

“Afgegeven in toepassing 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.

In uitvoering van de beslissing van de gemachtigde van de voor de Staatsecretaris voor Asiel en Migratie wordt aan [S.I.], geboren te Midar (Marokko), op 29/08/1988, van Nederlandse nationaliteit en verblijvende te [...]straat ..., 2020 Antwerpen

bevel gegeven de genaamde S.O.], geboren te Midar, op 28/08/2004, van Marokkaanse nationaliteit, verblijvende te [...]straat, [...] 2020 Antwerpen, binnen dertig dagen terug te brengen naar de plaats vanwaar zij gekomen is.

REDEN VAN DE MAATREGEL

Uit het onderzoek van het dossier blijkt dat de vreemdeling geen aanspraak kan maken op enig verblijfsrecht op basis van een andere rechtsgrond. Om deze redenen levert de gemachtigde van de Staatssecretaris een bevel tot terugbrenging af.

De aanvraag gezinshereniging met de referentiepersoon, in casu betrokkene zus, kon niet worden toegestaan.

Het gezinsleven kan in die zin geen beletsel vormen voor het nemen van de huidige beslissing. Het verblijfsrecht aan haar broers M. en I. dienen eveneens geweigerd te worden. Het staat betrokkene vrij zich, al dan niet samen met haar broers, bij hun in Marokko verblijvende ouder(s) te vestigen. Van minderjarige kinderen in het Rijk is evenmin sprake, nog van problemen met betrekking tot betrokkene gezondheid.”

2. Samenhang

Uit de bestreden beslissingen en de procedurestukken blijkt dat beide zaken de vraag betreffen of verzoekster bekwaam is om het wettelijk gezag uit te oefenen over haar minderjarige zus O.S.. Het past derhalve om beide zaken omwille van hun inhoudelijke samenhang samen te voegen en te behandelen.

3. Over de ontvankelijkheid van het beroep in de zaak *sub* II

3.1. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij op dat S.O. als minderjarige niet over de vereiste bekwaamheid beschikt om in eigen naam een beroep tot nietigverklaring in te dienen voor de Raad. Haar zus S.I., verzoekster in de zaak, toont niet aan dat zij over de bevoegdheid beschikt om haar minderjarige zus te vertegenwoordigen of dat zij over het ouderlijk gezag beschikt of over de voogdij beschikt. De verwerende partij wijst er op dat verzoekster in de zaak *sub* I bovendien zelf betoogt dat haar zus geen bevoegdheid heeft om het gezag over haar uit te oefenen.

3.2. Noch uit de stukken van het dossier noch uit de debatten blijkt dat de voogdij of het ouderlijk gezag van S.I. aan verzoekster werd overgedragen. In de zaak *sub* I betoogt de verzoekster met betrekking tot het bevel tot terugbrenging bovendien zelf dat niet is aangetoond dat zij het wettelijk gezag over haar zus uitoefent.

In het middel in de zaak *sub* II verwijst verzoekster dan weer naar de kafala die overeenkomstig de Marokkaanse Wet nr. 15-01 zou aanduiden dat verzoekster en haar zus samenwonen en dat er een afhankelijkheid is. Verzoekster betoogt dat de kafala overeenkomstig artikel 52 van het Haags Kinderrechtenverdrag de pleegvoogdij over de zus behelst en uitvoerbaar is in België.

De Raad merkt op dat overdracht van het ouderlijk gezag overeenkomstig de Marokkaanse wet nr. 15 evenwel een gerechtelijke procedure is, waarbij de uitoefening van het ouderlijk gezag door een voogd wordt toegewezen door een rechter.

De thans voorgelegde kafala of “*acte de procuration*” is echter geen gerechtelijke kafala, maar de homologatie van een notariële kafala. Bij dergelijke notariële kafala's is de taak van de opsteller beperkt tot het louter acteren van de verklaringen en de getuigenissen van de partijen. Het ouderlijk gezag blijft toebehoren aan de biologische ouders (Brussel 22 april 2009 (onuitg.); Y. RABINEAU, *Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français*, 2008). De homologatie van de notariële kafala werd opgesteld op 23 februari 2021 en vermeldt dat de ouders van I.S. en O.S. zijn verschenen voor twee “*adoul*”, waarbij zij verklaren dat zij I.S. aanstellen opdat zij in hun dochter O.S. ten laste zou nemen (“*pour qu'ils se substituent à eux dans la prise en charge*”) in die zin dat ze voldoet aan haar dagelijkse noden, met name voeding, kleren, medische zorgen, scholing en reiskosten,

evenals haar vertegenwoordigen voor de overheid, consulaten, aanstellen van een advocaat of elk noodzakelijk document te laten afleveren.

De voorgelegde “*adoulair*” kafala heeft geen betrekking op een achtergelaten kind of wees en biedt niet dezelfde waarborgen van een toewijzing van het ouderlijk gezag door een rechter. Het document is niet meer dan een verklaring die werd afgelegd voor twee notarissen (“*adoul*”) en waarvan de gevolgen in rechte niet vastgelegd zijn.

Verzoekster wordt aldus niet bijgetreden waar zij aanvoert dat in Marokko op rechtsgeldige wijze het ouderlijk gezag over haar zus S.I. aan haar werd toegewezen. Verzoekster maakt dan ook niet aannemelijk dat de kafala in toepassing van artikel 52 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag moest worden beschouwd als een rechtsgeldige overdracht van het ouderlijk gezag.

De Raad besluit dan ook dat verzoekster niet aantoonbaar is om het ouderlijk gezag over haar zus O.S. uit te oefenen.

De exceptie is gegrond.

Het beroep in de zaak *sub II* is niet ontvankelijk.

4. Onderzoek van het beroep in de zaak *sub I*

4.1. Verzoekster voert ten aanzien van het bevel tot terugbrenging het volgende middel aan:

“Schending van de materiële motiveringsplicht - Art. 62 Vw. en art 2 en 3 wet 03/07/1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurlijke handelingen - onzorgvuldigheid bij het nemen van de beslissing - art 22bis Grondwet - Wet op de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art 61 en volg. Verblijfswet dd 15/12/1980 en Voogdijwet-programmawet 24/12/2002) - bevel ontoelaatbaar.

De bestreden beslissing is gemotiveerd als volgt :

(...)

I. Geen bevoegdheid / hoedanigheid in hoofde van verzoekster

Op 14/10/2021 wordt door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie aan verzoekster het bevel gegeven om haar minderjarige zus, O. geboren op 28/08/2004 terug te brengen naar de plaats vanwaar zij gekomen is; in casu Marokko. - bijlage 38

Dit Bevel tot terugbrenging werd door de gemachtigde derhalve gegeven aan de meerderjarige zus, I., van de minderjarige waarvoor de terugbrenging wordt bevolen.

Er is evenwel niet aangetoond in welke wettelijke hoedanigheid dit bevel aan verzoekster wordt afgeleverd

Er is daarenboven niet aangetoond dat verzoekster enige wettelijke hoedanigheid bezit om het ouderlijk gezag dan wel de voogdij uit te oefenen over haar minderjarige zus en derhalve om het bevel tot terugbrenging uit te voeren.

Het is dan ook niet aangetoond of verzoekster wel de bevoegdheid dan wel de hoedanigheid heeft om haar minderjarige zus terug te brengen naar de plaats vanwaar zij gekomen is. (Marokko)

Wegens het gebrek aan hoedanigheid in hoofde van verzoekster kon het bevel dan ook niet aan haar afgeleverd worden.

Minstens blijft de gemachtigde in gebreke om aan te tonen of verzoekster de nodige hoedanigheid/ bevoegdheid heeft om lastens haar het bevel tot terugbrenging, waartegen huidig beroep uit te vaardigen.

Het bevel is ontoelaatbaar.

Het middel is gegrond.

De gemachtigde argumenteert verder dat : uit het onderzoek van het dossier blijkt dat de vreemdeling geen aanspraak kan maken op enig verblijfsrecht op basis van een andere rechtsgrond ..."

De minderjarige, S. O. verblijft, voortgaande op de gegevens opgenomen in het bevel tot terugbrenging , waartegen huidige beroep, op het Belgisch grondgebied als niet- begeleide minderjarige.

De gemachtigde van de staatssecretaris heeft niet de moeite genomen om haar aan te melden bij de Dienst Voogdij zodat door deze bevoegde dienst een voogd zou kunnen aangesteld worden met het oog op het onderzoek naar de duurzame oplossing voor de minderjarige.

Noch heeft de gemachtigde de moeite genomen om na te gaan of zij eventueel op basis van de Wet op de niet- begeleide minderjarigen aanspraak zou kunnen maken op een of andere - al zij het tijdelijke - verblijfstitel tot de leeftijd van 18 jaar.

Door deze handelswijze bleef de gemachtigde van de Staatssecretaris in gebreke te handelen zoals voorgeschreven door de wetgeving op de niet-begeleide minderjarigen (art 61 en volg Wet 15/12/1980 en Voogdijwet - programmawet 24/12/2002) en is hij bij het nemen van de beslissing - bevel tot terugbrenging - niet uitgegaan van het hoger belang van het kind (inbreuk op art 22bis grondwet); Minstens is niet aangetoond dat de gemachtigde van de Staatssecretaris zich wel zou geconformeerd hebben aan deze wettelijke bepalingen.

De beslissing is niet gemotiveerd; onzorgvuldig genomen

Art 22bis Grondwet is geschonden.

De toepassing van de wetgeving op de NMBV werd genegeerd.

Het middel is gegrond."

4.2. Verzoekster betoogt in haar middel dat er haar geen bevel tot terugbrenging kon worden gegeven, aangezien niet is aangetoond dat zij enige wettelijke hoedanigheid bezit om het ouderlijk gezag dan wel de voogdij over haar minderjarige zus O.S. uit te oefenen.

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 bepaalt dat geen bevel om het grondgebied te verlaten mag worden afgegeven aan een minderjarige vreemdeling en dat een dergelijk bevel wordt vervangen door een bevel tot terugbrenging overeenkomstig het model van bijlage 38.

In de nota met opmerkingen worden de motieven van de bestreden beslissing herhaald en stelt de verwerende partij dat het merkwaardig is dat verzoekster in de zaak *sub* II aangeeft dat zij wel over de nodige bevoegdheden zou beschikken om een haar zus te vertegenwoordigen op basis van de voorgelegde kafala. Zij besluit dat "derhalve" de enige mogelijkheid erin bestond om een bevel tot terugbrenging aan verzoekster af te geven.

4.3. De Raad merkt op dat uit de uiteenzetting van de verwerende partij niet kan worden afgeleid dat verzoekster het wettelijk gezag uitoefent over haar minderjarige zus. De besluitvorming van de verwerende partij is bovendien tegenstrijdig; in de zaak *sub* II weigert zij de verblijfsaanvraag in aanmerking te nemen omdat verzoekster haar zus niet in rechte kan vertegenwoordigen, terwijl zij in de zaak *sub* I meent dat verzoekster het nodige moet doen om haar minderjarige zus te doen terugkeren naar het land van herkomst.

Hoger is met betrekking tot de zaak *sub* II reeds gebleken dat uit de gegevens van de zaak niet blijkt dat verzoekster het ouderlijk gezag uitoefent over haar minderjarige zus O.S.. Derhalve kon haar geen bevel tot terugbrenging met betrekking tot de minderjarige O.S. worden afgeleverd.

Het middel is in die mate gegrond.

5. Kosten

Het door de verzoekende partij onverschuldigd gekweten rolrecht ten belope van 372 euro dient te worden terugbetaald.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De zaken X en X worden gevoegd.

Artikel 2

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen in de zaak X (zaak *sub II*).

Artikel 3

De beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie houdende het bevel tot terugbrenging (bijlage 38) van 14 oktober 2021 wordt vernietigd (zaak *sub I*).

Artikel 4

Het door de verzoekende partij onverschuldigd gekweten rolrecht ten belope van 372 euro dient te worden terugbetaald.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op acht maart tweeduizend tweeëntwintig door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. A.-M. DE WEERDT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A.-M. DE WEERDT

C. VERHAERT