

Arrest

nr. 325 854 van 25 april 2025
in de zaak RvV X / II

In zake: 1. X
 2. X
 als wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarig kind X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat A. FADILI
 Terninckstraat 13/C.1
 2000 ANTWERPEN

tegen:

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

DE VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift X en X als wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarig kind X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 2 november 2023 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 11 oktober 2023 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

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 nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 7 februari 2025, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 11 maart 2025.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. FADILI, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat S. VAN ROMPAEY, die loco advocaten C. DECORDIER en T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De verzoekende partij verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, geboren te Berkane (Marokko) op 25 februari 2012.

Op 2 juli 2018 is de verzoekende partij samen met haar ouders en broer het Schengengrondgebied ingereisd. Zij waren in het bezit van een visum type C, afgeleverd door de Nederlandse ambassade in Marokko, geldig van 1 juli 2018 tot 14 september 2018.

Op 25 april 2019 heeft de verzoekende partij een aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

De voormelde aanvraag werd afgewezen op 15 oktober 2019.

Op 29 oktober 2019 heeft de verzoekende partij een tweede aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

Deze aanvraag werd afgewezen op 3 februari 2020.

Op 10 april 2020 heeft de verzoekende partij een derde aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

Deze aanvraag werd afgewezen op 24 september 2020.

Op 13 november 2020 heeft de verzoekende partij een vierde aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

Deze aanvraag werd afgewezen op 24 maart 2021.

Op 6 september 2021 heeft de verzoekende partij een vijfde aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

Deze aanvraag werd afgewezen op 23 september 2021.

Op 23 december 2021 heeft verzoekster een aanvraag om machtiging tot verblijf o.g.v. artikel 9bis van de Vreemdelingenwet ingediend.

Deze aanvraag werd op 12 januari 2023 onontvankelijk verklaard.

Op 17 januari 2022 heeft de verzoekende partij een zesde aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

Deze aanvraag werd afgewezen op 18 november 2021.

Op 27 juni 2023 heeft de verzoekende partij een zevende aanvraag gezinshereniging ingediend in functie van haar grootmoeder Z. Z. (Belgische nationaliteit).

Op 11 oktober 2023 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Dit is de bestreden beslissing, en ze 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 27.06.2023 werd ingediend door:

<i>Naam: M.</i>	<i>Voorna(a)m(en): I.</i>
<i>Nationaliteit: Marokko</i>	<i>Geboortedatum: (...)2012</i>
<i>Geboorteplaats: Berkane</i>	<i>Identificatienummer in het Rijksregister: (...)</i>
<i>Verblijvende te: (...)</i>	

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 opnieuw gezinshereniging aan met haar Belgische grootmoeder, de genaamde Z., Z. (NN. (...)) in toepassing van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980.

Artikel 40ter, §2, eerste lid, 1° van de wet van 15.12.1980 bepaalt dat: §2. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg (...): 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;

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 1° van de wet van 15.12.1980 stelt dat: § 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;

Ter staving van het recht van bewaring in hoofde van de grootmoeder werden volgende stukken voorgelegd:

- Ouderlijke toestemming voor een vestiging in België dd. 11.02.2021 waarbij de moeder van betrokkene, A. S., de toestemming geeft aan de grootmoeder voor de vestiging van betrokkene bij haar in België
- Toestemming/hoederecht vanwege de moeder en vader van betrokkene, respectievelijk A. S. en M. M., opgemaakt te Antwerpen op 30.06.2023 waarbij zij overeenkomen dat zij hun uitdrukkelijke toestemming verlenen om hun dochter in bewaring te geven aan de grootmoeder en dat hun dochter ingeschreven wordt op het adres van de grootmoeder en er ook verblijft. Zij geven de uitdrukkelijke toestemming dat de grootmoeder over het hoederecht beschikt
- Recht van bewaring/toestemming/ hoederecht vanwege de grootmoeder Z., Z. opgemaakt op 30.06.2023 te Antwerpen, waarbij zij verklaart dat zij het recht van bewaring en hoederecht heeft over haar kleinkind, dat zij ingeschreven en verblijft op haar adres, dat zij de nodige zorgen verstrekt in de opvoeding en de ontwikkeling van haar kleindochter en instaat voor alle kosten
- Acte notaire emportant Kafala (prise en charge) dd. 28.08.2023 waarin de vader M. M. verklaart dat zijn dochter zich thans in België bevindt bij haar grootmoeder langs moederszijde, die haar ten laste neemt, over haar welbevinden waakt, in die zin dat zij tussenkomt in alle basisbehoeften, nl. de (op)voeding, kledij, school en medische zorgen

Volgens de voorgelegde stukken geven de ouders van betrokkene hun toestemming aan de grootmoeder opdat zij over het recht van bewaring over betrokkene beschikt. Een dergelijke toestemming volstaat echter niet om de voorwaarde van het recht van bewaring in hoofde van de grootmoeder te vervullen. De grootmoeder is immers niet gemachtigd om het recht van bewaring over het minderjarig kind te krijgen. Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch Burgerlijk Wetboek, meer bepaald de wetsartikels 372 BW en 374 BW, de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Dit impliceert dan ook dat het recht van bewaring enkel kan worden overgedragen van de ene ouder aan de andere ouder, voor zover zij het delen. Het is niet voorzien overeenkomstig het Belgische Burgerlijk Wetboek, dat het zou kunnen worden afgestaan met een eenvoudige verklaring, aan een derde, in casu de grootmoeder. Voor zover de ouders de bewaring aan iemand anders wensen te geven kan dit gebeuren in onderlinge overeenstemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig art. 392 BW). Er ligt thans geen Belgische rechterlijke beslissing voor waaruit kan blijken dat de grootmoeder door de rechtbank werd gemachtigd om het recht van bewaring over betrokkene uit te oefenen.

Om alsnog aan te tonen dat de grootmoeder over het recht van bewaring beschikt wordt een kafala dd. 28.08.2023 voorgelegd, waarin de vader van betrokkene verklaart dat de grootmoeder betrokkene ten laste neemt en over haar welbevinden waakt.

Overwegende dat in de Marokkaanse wet n°15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen de 'Kafala' gedefinieerd wordt als volgt: "De Kafala is een islamistisch rechtsinstituut dat het vrijwillig engagement inhoudt van een persoon of van een familie om een verlaten en minderjarig kind ten laste te nemen en te zorgen voor zijn bescherming, opvoeding en onderhoud zoals een vader dat zou doen voor zijn kind.";

Overwegende dat 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);

Overwegende dat artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag bepaalt:

"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."

Uit het voorgelegde document blijkt dat de Marokkaanse rechtbank de verklaring van de vader van betrokkene gehomologeerd heeft. Echter, wanneer dergelijke kafala/homologatie wordt opgemaakt, dient eveneens een kopie verstuurd te worden naar de Marokkaanse consulaire diensten in het gastland, opdat die voor de opvolging van de situatie van het kind zouden kunnen zorgen en de uitvoering van de verplichtingen zouden kunnen controleren.

Daartoe richten zij verslagen aan de voogdijrechter. Vooraleer de voogdijrechter toestemming geeft om het grondgebied te verlaten, dient hij zich ervan te vergewissen dat het kind wel degelijk toegang heeft tot het gastland en er kan verblijven. Hij eist dan ook een document van de buitenlandse regering. Dit is in deze geenszins gebeurd. Uit niets kan blijken, dat de Marokkaanse autoriteiten contact hebben opgenomen met de Belgische autoriteiten, zoals voorzien in artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag. De voorgelegde 'Kafala' werd zodoende evenmin opgesteld overeenkomstig het Haags kindbeschermingsverdrag dat geldt sinds 1 september 2014 (zie wet van 17.11.2013 dat de tenuitvoerlegging beoogt van het Haags Kinderbeschermingsverdrag). Er kan echter niet blijken dat dergelijke toestemming voorafgaandelijk werd ingewonnen. Er kon dus geen enkele voorwaarde inzake de opvang van het kind voorafgaandelijk geverifieerd worden.

Ten overvloede dient opgemerkt te worden dat betrokkene reeds geruime tijd in België verblijft sedert 25.04.2019. Het is dan ook de Belgische rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over het recht van bewaring van betrokkene, niet een Marokkaanse. Voor zover echter een buitenlands vonnis aanwezig is, ook al verblijft men op het moment van het vonnis in België, dan nog dient een Belgische rechtbank het buitenlands vonnis te homologeren. Ook dit blijkt niet gebeurd te zijn met de voorgelegde kafala.

Om al het voorgaande kan niet gesteld worden dat de referentiepersoon over het recht van bewaring over betrokkene beschikt. Bijgevolg zijn de wettelijke vereisten overeenkomstig artikel 40ter, §2, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet van 15.12.1980 niet voldaan.

Het recht op verblijf op basis van gezinshereniging wordt daarom geweigerd aan betrokkene.

De Dienst Vreemdelingenzaken wenst de aandacht erop te vestigen dat de te vervullen voorwaarden van de gezinshereniging cumulatief zijn. Aangezien minstens één van deze voorwaarden niet vervuld is, wordt de aanvraag van verblijf geweigerd. De Dienst Vreemdelingenzaken heeft de andere voorwaarden niet volledig onderzocht. Deze beslissing belet de Dienst Vreemdelingenzaken dus niet om bij de indiening van een nieuwe aanvraag van verblijf deze andere voorwaarden na te gaan of over te gaan tot een onderzoek of analyse die zij nodig acht."

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 42 van de wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen van 15 december 1980 (hierna: de Vreemdelingenwet), van artikel 52 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 (hierna: het Vreemdelingenbesluit), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel, van het vertrouwensbeginsel, en van het rechtszekerheidsbeginsel.

De verzoekende partij licht haar eerste middel als volgt toe:

“-

6.-

Op datum van 4 april 2023 heeft verzoekster een bijlage 19ter ontvangen waarin staat dat zij verschillende documenten moet indienen vóór 4 juli 2023. Verzoekster heeft echter verzocht om een aangepaste bijlage 19ter omdat zij vrijgesteld is van het aantonen van voldoende en regelmatige bestaansmiddelen in België gelet op haar minderjarigheid. Gezien de afgeleverde bijlage 19ter van 4 april 2023 verkeerde vermeldingen bevatte.

Verwerende partij heeft op hierna een herziene bijlage 19ter uitgegeven. Het herzien van de bijlage 19ter heeft geen invloed gehad op de oorspronkelijke indieningstermijn van de aanvraag. De bijlage 19ter werd vervangen door een gecorrigeerde bijlage 19ter met behoud van termijnen.

Dat op de herziene bijlage 19ter uitdrukkelijk staat dat de betrokkene binnen de zes maanden, namelijk op 04/10/2023, uitgenodigd zal worden om zich bij het gemeentebestuur aan te bieden, zodat de beslissing inzake deze aanvraag aan hem/haar kan worden betekend (zie stuk 3).

De termijn waarbinnen de beslissing moet worden genomen werd niet gerespecteerd.

Het is van belang op te merken dat de uiterste datum voor het nemen van een beslissing 4 oktober 2023 was en niet 12 oktober 2023. De aanvraagdatum van 4 april 2023 dient dan ook behouden te blijven!

Doordat verwerende partij pas 6 maanden na de aanvraag tot verblijf van verzoekster een beslissing heeft genomen en deze vervolgens aan haar ter kennis gebracht, heeft zij artikel 42 van de Vreemdelingenwet en artikel 52 § 4 2de alinea van het KB van 8 oktober 1981 schromelijk geschonden.

Conform artikel 42 § 1 Vreemdelingenwet in juncto met artikel 52 § 4 van het Vreemdelingenbesluit is verzoekende partij derhalve gerechtigd op de afgifte van de verblijfskaart zodat de verwerende partij niet langer over de bevoegdheid beschikte om de aanvraag te weigeren.

Artikel 42, § 1, eerste lid, van de vreemdelingenwet stelt het volgende:

“Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk wordt zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend aan de burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en richtlijnen. Bij de erkenning wordt rekening gehouden met het geheel van de elementen van het dossier.”

Artikel 42 van de Vreemdelingenwet werd door het Grondwettelijk Hof nog geïnterpreteerd in het arrest nr. 121/2013 (overweging B.34.5). Zie hieromtrent ook het omzendbrief d.d. 3 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen van de wet van 15 december 1980 van de Vreemdelingenwet, wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging, die door het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 121/2013 van 26 september 2013 geïnterpreteerd werden.

De termijn van zes maanden binnen dewelke over de aanvraag tot erkenning van het verblijfsrecht dient te worden beslist moet worden nageleefd, ongeacht of de aanvraag wordt ingediend bij een gemeentebestuur of bij een diplomatieke of consulaire post in het buitenland.

Naar analogie met artikel 54 van het Gerechtelijk Wetboek en omdat de vreemdelingenwetgeving ook niets anders over termijnen uitgedrukt in maanden of jaren bepaald, mag principieel worden gesteld: Een in maanden of in jaren bepaalde termijn wordt gerekend van de zoveelste tot de dag vóór de zoveelste.

Artikel 52, § 4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit wordt als volgt gemotiveerd:

“Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een verblijfkaart van een familielid van een burger van de Unie overeenkomstig het model van bijlage 9 af.”

Volgens de bovenvermelde artikelen dient de beslissing in principe binnen de 6 maanden te worden genomen, bij gebreke aan een beslissing dient de gemeente onverwijld over te gaan tot afgifte van een F-kaart. Dit is wettelijk bepaald en bovendien verschillende malen door de vaste rechtspraak bevestigd.

De Belgische regelgeving voorziet een systeem van impliciete aanvaarding, waarbij zonder uitzondering ambtshalve een verblijfstitel afgeleverd wordt wanneer geen enkele beslissing genomen wordt binnen een bepaalde termijn. Dergelijke regelingen van stilzwijgende goedkeuring zijn niet strijdig met het Unierecht, voor zover ze geen afbreuk doen aan de nuttige werking van het Unierecht.

De Belgische wetgever heeft in artikel 52, § 4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit een vervaltermijn voorzien, doch enkel in de situatie dat “geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet”, zoals in casu het geval is.

De Belgische wetgever heeft er hierbij aldus expliciet voor geopteerd om de vervaltermijn, bij overschrijding waarvan de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie dient te worden afgegeven, enkel te laten spelen indien binnen een termijn van zes maanden geen enkele beslissing werd genomen.

Nadien is verwerende partij hiertoe evenwel niet overgegaan totdat verzoekster zich op 04.10.2023 aanbood op het gemeentebestuur van Antwerpen teneinde te weten ofwel de beslissing in kwestie in ontvangst te kunnen nemen dan wel om afgifte van de verblijfskaart te verzoeken. Dit laatste weigerde het gemeentebestuur echter te doen niettegenstaande er geen beslissing voor handen was. Blijkbaar is

verwerende partij vervolgens een week later overgegaan tot het treffen van de bestreden beslissing en werd verzoekster om er kennis van te nemen.

Vermits er in casu sprake is van een vervaltermijn dient het gevolg dat de wet verleent aan het uitblijven/manifest laattijdig treffen van de beslissing plaats te vinden, i.c. erkenning en afgifte van het verblijfsrecht.

In zijn arrest nr. 128/2010 van 4 november 2010 heeft het Grondwettelijk Hof gewezen op de dubbele waarborg voor de betrokken vreemdeling: "enerzijds, wordt de overheid verplicht om binnen een bepaalde termijn te beslissen over de aanvraag tot gezinshereniging, zodat de betrokkene niet te lang in het ongewisse blijft over het antwoord op zijn aanvraag; anderzijds, moet de toelating worden verleend indien geen enkele beslissing werd genomen binnen de opgelegde termijn, waardoor de betrokken vreemdeling wordt beschermd indien de overheid de opgelegde termijn niet respecteert of geen enkele beslissing neemt."

Verder heeft het Hof in zijn arrest nr. 121/2013 van 26 september 2013 uitdrukkelijk vastgesteld dat zowel uit de parlementaire voorbereiding, als uit het algemeen opzet van de artikelen 40 en volgende van de Vreemdelingenwet blijkt "dat de wetgever heeft gewild dat de termijn van zes maanden binnen welke over de aanvraag tot erkenning van het verblijfsrecht wordt beslist, in elk geval moet worden nageleefd".

Uit het voorgaande volgt dat de bedoelde termijn van zes maanden een vervaltermijn is en dat het hierbij gaat om de termijn voor het nemen van de "beslissing".

Dit wordt ook bevestigd in de bewoordingen van artikel 52, §4 Vw. hetwelk mede uitvoering geeft aan artikel 42, § 1, eerste lid Vw. en waar sprake is van de situatie "waarin geen enkele beslissing is genomen" binnen de in het voornoemde artikel 42 Vw. bepaalde termijn.

Vermits in casu binnen de termijn van zes maanden geen enkele beslissing werd genomen, werd artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet geschonden en dient deze aanleiding te geven tot geschonden en dient deze aanleiding te geven tot het gevolg dat artikel 52, § 4 van het Vreemdelingenbesluit verleent aan het overschrijden ervan.

7.-

Verzoekster verwijst verder naar het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde gekend onder rolnummer 19/25/A d.d. 29 januari 2019. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde oordeelde in het vonnis echter het volgende:

"Dat het Hof van Justitie oordeelde dat de Belgische verblijfswetgeving niet conform is aan de Burgerschapsrichtlijn, doet er niet toe. Wanneer een staat zich beroept op de foutieve omzetting van een richtlijn om zo burgers bepaalde rechten te ontfangen, beroept deze staat zich op de eigen fout."

Volgens de rechtbank van eerste aanleg zijn de artikelen 42 §1 Verblijfswet en 52 Verblijfsbesluit duidelijk:

- DVZ moet binnen zes maanden na de indiening van de aanvraag gezinshereniging een beslissing nemen
- bij het niet-respecteren van die termijn, moet de gemeente een F kaart afgeven.

Aldus is de rechtbank van oordeel dat dit niet kan op grond van de volgende rechtsprincipes:

- 'nemo auditur turpitudinem suam allegans': niemand kan gehoord worden door de rechter wanneer hij zich beroept op zijn eigen ongeoorloofde bedoelingen;
- 'patere legem quam ipse fecisti': het bestuur moet de algemene regels die het zelf vastgesteld heeft, eerbiedigen.

Deze artikelen houden volgens de rechtbank een subjectief recht in: ze zijn duidelijk en onvoorwaardelijk en houden een verplichting in ten aanzien van de burgemeester of zijn gemachtigde.

In casu dient vastgesteld dat de bestreden beslissing aangetekend werd verzonden op 12 oktober 2023, niettegenstaande dat verzoekende partij op datum van 4 april 2023 opnieuw een aanvraag tot gezinshereniging had in ingediend. Verzoeker laat gelden dat haar overeenkomstig artikel 52, § 4 van het KB van 8 oktober 1981 een verblijfskaart diende te worden afgeleverd.

De wettelijke termijn van 6 maanden was aldus overschreden.

Artikel 37 van de Burgerschapsrichtlijn stelt duidelijk dat de gunstigere nationale bepalingen voorgaan.

In casu gaat verwerende partij kort door de bocht door geen rekening te houden met artikel 37 van de Burgerschapsrichtlijn.

Artikel 37 van de Burgerschapsrichtlijn stelt het volgende:

“Het bepaalde in deze richtlijn geldt onverminderd de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat die eventueel gunstiger zijn voor de personen waarop deze richtlijn betrekking heeft.”

Het valt niet uit te sluiten dat bepalingen van art. 42 Vreemdelingenwet en art. 52 van het Vreemdelingenbesluit als gunstiger kunnen worden beschouwd, aangezien zij op grond hiervan gerechtigd zijn op de afgifte van een verblijfskaart.

De Raad benadrukt dat lidstaten ertoe gehouden zijn hun nationale recht conform het Unierecht uit te leggen (zie HvJ 6 november 2003, C-101/01, Lindqvist, punt 87 ; HvJ 26 juni 2007, C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., punt 28).

Het blijvend talmen van verwerende partij en het daarmee in het ongewisse laten van verzoekster omtrent de uitkomst van de ingediende verblijfsaanvraag brengt een schending met zich van de aangehaalde wetsbepalingen alsmede van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

Het eerste middel is in de hierboven beschreven mate gegrond. Artikel 42, § 1, eerste lid, van de Vreemdelingenwet en artikel 52, § 4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit zijn geschonden alsook de aangehaalde beginselen van behoorlijk bestuur.

De bestreden beslissing is nietig.”

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheidsplicht legt de overheid onder meer op om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221 475).

Het redelijkheidsbeginsel staat de Raad niet toe het oordeel van het bestuur over te doen, maar enkel dat oordeel onwettig te bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat doordat de door het bestuur geponeerde verhouding tussen de motieven en het dispositief volkomen ontbreekt (RvS 20 september 1999, nr. 82.301).

Het vertrouwensbeginsel is een beginsel van behoorlijk bestuur dat moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen welke de burger uit het bestuursoptreden put, te kort worden gedaan. Dit houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan (RvS 22 maart 2004, nr. 129.541). Het vertrouwensbeginsel houdt in dat de door het bestuur bij een rechtsonderhorige gewekte rechtmatige verwachtingen zo mogelijk dienen te worden gehonoreerd.

Het rechtszekerheidsbeginsel, dat verzoeker ook geschonden acht, is een uit de rechtsstaat voortvloeiend beginsel dat inhoudt dat het recht voorzienbaar en toegankelijk dient te zijn zodat de rechtssubjecten in staat zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen op voorhand in te schatten, en dat die rechtssubjecten moeten kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij het bestuur (RvS 11 januari 2007, nr. 166.563; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), Beginselen van behoorlijk bestuur, Brugge, die Keure, 2006, 315-349).

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op ‘afdoende’ wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen.

De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat hij met kennis van zaken zou kunnen

uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden (cf. RvS 9 september 2015, nr. 232.140).

De bestreden beslissing moet duidelijk de determinerende motieven, in rechte en in feite, aangeven op grond waarvan deze genomen is.

De beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden verwijst naar de juridische grondslag, met name de artikelen 40ter, § 2, eerste lid, 3° van de Vreemdelingenwet en artikel 52, §4, vijfde lid van het Vreemdelingenbesluit. Tevens bevat de bestreden beslissing een motivering in feite, met name:

“Volgens de voorgelegde stukken geven de ouders van betrokkene hun toestemming aan de grootmoeder, opdat zij over het recht van bewaring over betrokkene beschikt. Een dergelijke toestemming volstaat echter niet om de voorwaarde van het recht van bewaring in hoofde van de grootmoeder te vervullen. De grootmoeder is immers niet gemachtigd om het recht van bewaring over het minderjarig kind te krijgen. Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch Burgerlijk Wetboek, meer bepaald de wetsartikels 372 BW en 374 BW, de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Dit impliceert dan ook dat het recht van bewaring enkel kan worden overgedragen van de ene ouder aan de andere ouder, voor zover zij het delen. Het is niet voorzien overeenkomstig het Belgische Burgerlijk Wetboek, dat het zou kunnen worden afgestaan met een eenvoudige verklaring, aan een derde, in casu de grootmoeder. Voor zover de ouders de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge overeenstemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig art. 392 BW). Er ligt thans geen Belgische rechterlijke beslissing voor waaruit kan blijken dat de grootmoeder door de rechtbank werd gemachtigd om het recht van bewaring over betrokkene uit te oefenen. Om alsnog aan te tonen dat de grootmoeder over het recht van bewaring beschikt wordt een kafala dd. 28.08.2023 voorgelegd, waarin de vader van betrokkene verklaart dat de grootmoeder betrokkene ten laste neemt en over haar welbevinden waakt. Overwegende dat in de Marokkaanse wet n°15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen de ‘Kafala’ gedefinieerd wordt als volgt: “De Kafala is een islamistisch rechtsinstituut dat het vrijwillig engagement inhoudt van een persoon of van een familie om een verlaten en minderjarig kind ten laste te nemen en te zorgen voor zijn bescherming, opvoeding en onderhoud zoals een vader dat zou doen voor zijn kind Overwegende dat 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); Overwegende dat artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag bepaalt: “1. Indien een ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een installatie 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 ” Uit het voorgelegde document blijkt dat de Marokkaanse rechtbank de verklaring van de vader van betrokkene gehomologeerd heeft. Echter, wanneer dergelijke kafala/homologatie wordt opgemaakt, dient eveneens een kopie verstuurd te worden naar de Marokkaanse consulaire diensten in het gastland, opdat die voor de opvolging van de situatie van het kind zouden kunnen zorgen en de uitvoering van de verplichtingen zouden kunnen controleren. Daartoe richten zij verslagen aan de voogdijrechter. Vooraleer de voogdijrechter toestemming geeft om het grondgebied te verlaten, dient hij zich ervan te vergewissen dat het kind wel degelijk toegang heeft tot het gastland en er kan verblijven. Hij eist dan ook een document van de buitenlandse regering. Dit is in deze geenszins gebeurd. Uit niets kan blijken, dat de Marokkaanse autoriteiten contact hebben opgenomen met de Belgische autoriteiten, zoals voorzien in artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag. De voorgelegde ‘Kafala’ werd zodoende evenmin opgesteld overeenkomstig het Haags kinderbeschermingsverdrag dat geldt sinds 1 September 2014 (zie wet van 17.11.2013 dat de tenuitvoerlegging beoogt van het Haags Kinderbeschermingsverdrag). Er kan echter niet blijken dat dergelijke toestemming voorafgaandelijk werd ingewonnen. Er kon dus geen enkele voorwaarde inzake de opvang van het kind voorafgaandelijk geverifieerd worden. Ten overvloede dient opgemerkt te worden dat betrokkene reeds geruime tijd in België verblijft sedert 25.04.2019. Het is dan ook de Belgische rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over het recht van bewaring van betrokkene, niet een Marokkaanse. Voor zover echter een buitenland vonnis aanwezig is, ookal verblijft men op het moment van het vonnis in België, dan nog dient een Belgische rechtbank het buitenlands vonnis te homologeren. Ook dit blijkt niet gebeurd te zijn met de voorgelegde kafala”

Bijgevolg werden zowel de feitelijke als juridische overwegingen die hebben geleid tot deze beslissing op afdoende manier geduid, zodat de verzoekende partij er kennis van heeft kunnen nemen en heeft kunnen

nagaan of het zin heeft deze beslissing aan te vechten met beroepsmiddelen waarover zij in rechte beschikt. De verzoekende partij maakt niet duidelijk op welk punt de motivering van de bestreden beslissing haar niet in staat stelt te begrijpen op welke juridische en feitelijke gegevens de bestreden beslissing is genomen derwijze dat hierdoor niet zou zijn voldaan aan het doel van de formele motiveringsplicht. Een schending van de formele motiveringsplicht, zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering, blijkt niet.

De aangevoerde schending van het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel wordt onderzocht in het licht van de in casu toepasselijke wetgeving en/of de geschonden geachte bepalingen, met name de artikel 40ter, §2, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet, artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet en artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit.

Artikel 40ter, §2, eerste lid, 3° van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

“§ 2. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg die geen gebruik maakte van zijn recht van vrij verkeer en verblijf overeenkomstig artikel 21 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dan wel niet voldoen aan de voorwaarden zoals voorzien in § 1: 3° de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn in de eerste graad, die het ouderlijk gezag inclusief het recht van bewaring over een minderjarige Belg uitoefenen, voor zover zij de minderjarige Belg op het grondgebied begeleiden of zich bij hem voegen en de daadwerkelijke zorg over hem dragen.”

Artikel 42, §1, eerste lid van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk wordt zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend aan de burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en richtlijnen. Bij de erkenning wordt rekening gehouden met het geheel van de elementen van het dossier.”

Artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit luidt verder als volgt:

“Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een “verblijfkaart van een familielid van een burger van de Unie” overeenkomstig het model van bijlage 9 af.”

Artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet voorziet dat het recht op verblijf van meer dan drie maanden ten laatste zes maanden na de aanvraag wordt erkend. Artikel 52, §4 van het Vreemdelingenbesluit geeft verdere uitvoering aan deze bepaling door te bepalen dat, indien binnen deze termijn geen beslissing werd genomen, de burgemeester of zijn gemachtigde de verblijfskaart afgeeft.

Zoals blijkt uit het administratief dossier heeft de verzoekende partij op 4 april 2023 een aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een Unieburger ingediend, meer bepaald in functie van haar Belgische grootmoeder. Er werd haar een bijlage 19ter afgegeven waarin werd vermeld welke documenten zij diende neer te leggen. De verzoekende partij vroeg evenwel een herziening van de bijlage 19ter daar zij als minderjarige vrijgesteld diende te worden van het aantonen van voldoende en regelmatige bestaansmiddelen. Er werd haar een nieuwe bijlage 19ter afgegeven maar met behoud van de oorspronkelijke indieningstermijn. Op 12 oktober 2023 werd beslist tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden.

In artikel 42 van de Vreemdelingenwet is niet vastgelegd dat de overschrijding van de erin vermelde termijn van zes maanden aanleiding dient te geven tot de verplichte toekenning van enige verblijfstitel aan een vreemdeling. Een recht op verblijf kan bovendien slechts worden erkend indien effectief werd vastgesteld dat het bestaat. Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat het overschrijden van de in artikel 42 van de Vreemdelingenwet bepaalde termijn aanleiding dient te geven tot de erkenning van een recht op verblijf, vindt deze stelling geen steun in de bewoordingen van dit wetsartikel. Deze interpretatie is ook niet in overeenstemming te brengen met de andere wetsbepalingen waaruit blijkt dat een recht op verblijf maar kan worden erkend indien werd vastgesteld dat aan de hiertoe gestelde voorwaarden is voldaan en er geen beletselen zijn om dit verblijfsrecht te erkennen. Tot een schending van artikel 42 van de Vreemdelingenwet kan derhalve niet worden besloten.

Waar de verzoekende partij betoogt dat zij haar aanvraag indiende op 4 april 2023, dat conform artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet haar verblijfsrecht erkend dient te worden. Dat de bestreden beslissing dateert van 12 oktober 2023 en deze dus manifest laatijdig is genomen zodat zij conform artikel 52, §4 van het Vreemdelingenbesluit in het bezit had moeten besteld worden van een F-kaart, met andere woorden dat haar

een verblijfskaart had moeten afgeleverd worden omdat er geen beslissing door de verwerende partij werd genomen binnen de termijn van zes maanden, herhaalt de Raad dat in artikel 42, §1, eerste lid van de Vreemdelingenwet zelf evenwel niet is vastgelegd dat de overschrijding van de erin vermelde termijn van zes maanden aanleiding dient te geven tot de verplichte toekenning van enige verblijfstitel aan een vreemdeling.

Voor zover de verzoekende partij met haar betoog verwijst naar artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit waarin wel is bepaald dat indien de verwerende partij geen enkele beslissing heeft genomen binnen de in artikel 42 van de Vreemdelingenwet bepaalde termijn de aanvraag tot afgifte van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie moet worden beschouwd als ingewilligd, wijst de Raad erop dat artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit geen afbreuk kan doen aan artikel 42 van de Vreemdelingenwet als hogere norm.

In de Vreemdelingenwet kan niet worden gelezen dat de wetgever de Koning uitdrukkelijk heeft gemachtigd om regels te voorzien die inhouden dat in bepaalde gevallen een recht op verblijf kan worden erkend indien niet aan de voorwaarden hiertoe is voldaan. In een koninklijk besluit kan dan ook niet worden bepaald dat een recht op verblijf, na het verstrijken van een termijn, steeds automatisch dient te worden erkend terwijl de wetgever heeft vastgelegd dat dit recht slechts kan worden erkend indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Aangezien artikel 159 van de Grondwet bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen, houden de voorgaande vaststellingen in dat de verzoekende partij niet nuttig kan verwijzen naar artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit. De reglementaire bepaling waarvan de onwettigheid wordt vastgesteld moet door de Raad immers buiten toepassing worden gelaten (RvS 20 december 2017, nr. 240.240). Gelet op het voorgaande, faalt de kritiek van de verzoekende partij naar recht als zou uit artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit een verplichting volgen voor de verwerende partij om een verblijfskaart af te geven na het verstrijken van de termijn van zes maanden na het indienen van de aanvraag tot gezinshereniging wanneer binnen die termijn geen beslissing is genomen of betekend (RvS 2 juni 2023, nr. 15.416 (c); RvS 9 maart 2023, nr. 15.275 (c); RvS 15 december 2022, nr. 255.275).

De verzoekende partij kan aldus niet dienstig verwijzen naar artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit. Dit werd recent nog eens bevestigd door de Raad van State in zijn arrest nr. 259.251 van 26 maart 2024: *“Artikel 42, § 1, van de vreemdelingenwet stelt als algemene regel dat een erkenning van het recht op verblijf van meer dan drie maanden dient te gebeuren binnen de 6 maanden volgend op de datum van de indiening van de aanvraag en dat de Koning de voorwaarden voor de erkenning en de duur van het verblijfsrecht bepaalt. Deze bepaling voorziet echter niet welke de gevolgen zijn indien de voormelde termijn van 6 maanden wordt overschreden, noch geeft ze de Koning de bevoegdheid om de gevolgen van een overschrijding van die termijn te bepalen. Artikel 52, § 4, van het vreemdelingenbesluit vindt derhalve geen rechtsgrond in artikel 42 van de vreemdelingenwet en kan derhalve niet zonder schending van die laatste bepaling worden toegepast.”* Hieruit blijkt wel dat de Raad van State van oordeel is dat een toepassing van artikel 52, § 4 van het Vreemdelingenbesluit een schending zou uitmaken van artikel 42 van de Vreemdelingenwet.

Waar de verzoekende partij in haar verzoekschrift nog een vonnis van de rechtbank van Eerste aanleg van Dendermonde van 29 januari 2019 aanhaalt en twee arresten van het Grondwettelijk Hof van respectievelijk 4 november 2010 en 26 september 2013, wijst de Raad op de evolutie in rechtspraak en stelt hij vast dat de interpretatie die aan de betrokken wetsbepalingen in de aangehaalde arresten is gegeven geen stand meer houdt in het licht van recente rechtspraak van de Raad van State.

De verzoekende partij maakt met haar betoog geen schending van de door haar opgeworpen bepalingen en beginselen aannemelijk. Het enig middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

2.2.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van de formele en materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van artikel 40bis, §2, 3° van de Vreemdelingenwet en van artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag.

De verzoekende partij licht haar tweede middel als volgt toe:

“De bestreden beslissing schendt een aantal algemene rechtsbeginselen van openbaar bestuur, waaronder de formele en de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Uit de bestreden beslissing blijkt alsook dat verwerende partij geen belangenafweging heeft gemaakt.

De formele motiveringsplicht vereist dat de feitelijke en juridische motieven in de beslissing zelf dienen te worden weergegeven.

De artikelen 2 en 3 van de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen (29 juli 1991) stellen dat de administratieve handeling uitdrukkelijk dient gemotiveerd te worden en dat in de motivering van de akte de feitelijke en de juridische overwegingen die aan de beslissing ten gronde liggen dienen te worden opgenomen. Verder dient de motivering afdoende te zijn.

De materiële motiveringsplicht gebiedt dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door de motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en blijken hetzij uit de beslissing zelf hetzij uit het administratief dossier.

De motieven moeten bijgevolg minstens kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn. Volgens de rechtsgeleerde Van Mensel moet de draagkracht van de beslissing slaan op vier factoren, m.n. de logische consistentie (geen tegenstrijdigheden bevatten), de juridische aanvaardbaarheid (de juiste wettelijke interpretatie), de feitelijke aanvaardbaarheid (gebaseerd op de juiste en relevante feiten), de beleidsaanvaardbaarheid (aansluitend bij het gevoerd beleid).

Dat verzoekende partij zich ervan bewust is dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht, niet bevoegd is zijn beoordeling van de aanvraag in de plaats te stellen van die van de verwerende partij.

De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of verwerende partij als administratieve overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (R.v.S. nr. 101.624, 7 december 2001).

9.-

Voor de kinderen die de leeftijd van 18 jaar niet hebben bereikt dienen de ouders of grootouders te beschikken over het recht van bewaring.

Dat artikel 40bis, §2, 3° van de Vreemdelingenwet als volgt luidt:

“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.”

Verzoekster heeft diverse stukken voorgelegd om het recht van bewaring te staven, te weten:

1. Ouderlijke Toestemming voor Vestiging in België (11.02.2021): Dit document toont aan dat de moeder van betrokkene, A. S., expliciet toestemming heeft gegeven aan de grootmoeder om haar dochter in België te laten verblijven. Dit is een duidelijke bevestiging van het vertrouwen van de moeder in de grootmoeder als bewaarder van het kind.

2. Toestemming/Hoederecht van de Ouders (30.06.2023): De overeenkomst tussen zowel de moeder (A. S.) als de vader (M. M.) van verzoekster, opgemaakt te Antwerpen op 30 juni 2023, waarin zij uitdrukkelijk instemmen met het overdragen van de bewaring van hun dochter aan de grootmoeder, is een cruciaal document dat het recht van bewaring bevestigt. Deze overeenkomst bevestigt dat zowel de moeder als de vader het ouderlijk gezag aan de grootmoeder toevertrouwen.

3. Recht van Bewaring/Toestemming/Hoederecht van de Grootmoeder (30.06.2023): De verklaring van de grootmoeder, Z. Z., op dezelfde datum, waarin zij bevestigt dat ze het recht van bewaring en hoederecht heeft over haar kleinkind, is een essentieel document dat haar legale positie als bewaarder van het kind bevestigt. Deze verklaring geeft aan dat de grootmoeder de verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van haar kleindochter op zich neemt.

4. Acte Notariële Kafala (Prise en Charge) (28.08.2023): De notariële akte waarin de vader, M. M., verklaart dat zijn dochter zich in België bevindt bij haar grootmoeder langs moederszijde en dat de grootmoeder voor haar basisbehoeften zorgt, waaronder voeding, kleding, onderwijs en medische zorg, versterkt het recht van bewaring van de grootmoeder. Deze akte benadrukt dat de grootmoeder daadwerkelijk voor het welzijn van het kind zorgt.

Dat de documenten en verklaringen gezamenlijk bewijzen dat de grootmoeder het recht van bewaring over verzoekster heeft.

Artikel 40bis, §2, 3° van de Vreemdelingenwet stelt enkel de vereiste dat toestemming moet worden verleend. Verzoekster heeft diverse bewijsstukken overgelegd waaruit blijkt dat de vereiste toestemming is verkregen.

Verwerende partij heeft hier helemaal geen rekening mee gehouden.

Verwerende partij heeft nagelaten om de voorgelegde documenten en verklaringen die aantonen dat de grootmoeder het recht van bewaring over verzoekster uitoefent, adequaat te bespreken.

Verwerende partij heeft de ingediende bewijsstukken helemaal niet afdoende gemotiveerd nu er uit deze documenten duidelijk blijkt dat de grootmoeder een toestemming heeft gekregen, zoals vereist door de wet.

Dat het in het belang van verzoekster om bij de grootmoeder te blijven, en dat gezinshereniging op basis van dit recht gerechtvaardigd is.

10.-

Verwerende partij stelt hieromtrent onterecht het volgende:

“Volgens de voorgelegde stukken geven de ouders van betrokkene hun toestemming aan de grootmoeder opdat zij over het recht van bewaring over betrokkene beschikt. Een dergelijke toestemming volstaat echter niet om de voorwaarde van het recht van bewaring in hoofde van de grootmoeder te vervullen. De grootmoeder is immers niet gemachtigd om het recht van bewaring over het minderjarig kind te krijgen. Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch Burgerlijk Wetboek, meer bepaald de wetsartikels 372 BW en 374 BW, de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Dit impliceert dan ook dat het recht van bewaring enkel kan worden overgedragen van de ene ouder aan de andere ouder, voor zover zij het delen. Het is niet voorzien overeenkomstig het Belgische Burgerlijk Wetboek, dat het zou kunnen worden afgestaan met een eenvoudige verklaring, aan een derde, in casu de grootmoeder. Voor zover de ouders de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge overeenstemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig art. 392 BW). Er ligt thans geen Belgische rechterlijke beslissing voor waaruit kan blijken dat de grootmoeder door de rechtbank werd gemachtigd om het recht van bewaring over betrokkene uit te oefenen.”

Verwerende partij vergeet blijkbaar dat België, net als veel andere landen, internationale juridische overeenkomsten en verdragen erkent die betrekking hebben op de wederzijdse erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen, zoals het Haags Kinderbeschermingsverdrag. Dit verdrag heeft tot doel de internationale bescherming van kinderen te waarborgen en regelt de erkenning en tenuitvoerlegging van kindbeschermingsmaatregelen tussen verdragsluitende staten.

Dat verzoekster eveneens een kafala bij haar aanvraag tot gezinshereniging heeft overgemaakt, waaruit blijkt dat de grootmoeder daadwerkelijk voor het welzijn van het kind zorgt.

Dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag van toepassing is tussen België en Marokko, en het bepaalt dat beslissingen met betrekking tot de plaatsing van een kind in pleegzorg (zoals de bewaring bij de grootmoeder) in een andere verdragsluitende staat moeten worden erkend en uitgevoerd na overleg met de betrokken autoriteiten. Dit betekent dat de Kafala, waarin de grootmoeder als bewaarder is aangewezen, binnen het kader van dit verdrag moet worden erkend.

De overeenkomst tussen de ouders en de grootmoeder, waarin zij uitdrukkelijk instemmen met het overdragen van het recht van bewaring aan de grootmoeder, moet als een legitieme juridische handeling worden beschouwd. Dit toont aan dat alle betrokken partijen, inclusief de ouders, instemmen met de bewaring door de grootmoeder.

Dat de kafala-procedure in Marokko, zoals beschreven in de verstrekte documenten, in overeenstemming is met de Marokkaanse wetgeving en dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag van toepassing is nu Marokkaanse rechtbank de verklaring van de vader heeft gehomologeerd.

Het Haags Kinderbeschermingsverdrag is sinds 1 september 2014 tussen België en Marokko van kracht. Artikel 33 regelt de procedure voor erkenning en uitvoering van buitenlandse beslissingen inzake kafala. Het artikel 33 van dat verdrag legt ons land immers de verplichting op om een kafala-akte van nu af aan te 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.

Artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag luidt dan ook als volgt:

"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 is frappant dat verwerende partij geen rekening houdt met het gegeven dat de overeenkomst en de beslissing om verzoekster bij de grootmoeder te laten, primair in het belang van het kind zijn genomen. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag en het Belgische recht hechten veel waarde aan het welzijn van het kind. Als de overeenkomst en de kafala aantoonbaar in het belang van verzoekster zijn, moeten deze worden gerespecteerd en erkend.

Dat de grootmoeder van verzoekster bijgevolg beschikt over het recht van bewaring.

Dat de weigering om dit te erkennen in strijd is met het belang van het kind.

Dat de grootmoeder uitdrukkelijke toestemming heeft gekregen voor het recht van bewaring te hebben. Dat deze toestemming in overeenstemming is met de Marokkaanse wetgeving en het belang van het kind. Dat het in het belang van het kind is om bij de grootmoeder te blijven, aangezien zij reeds geruime tijd voor het kind heeft gezorgd en een kafala dit heeft bevestigd.

Dat een Belgische rechterlijke beslissing ontbreekt, niet mag worden gebruikt als grond om de bewaring van het kind te betwisten, aangezien het kind al geruime tijd bij de grootmoeder verblijft en zij zich over haar ontfermt.

Verwerende partij heeft niet voldoende gemotiveerd waarom ze de bewaring van verzoekster niet willen erkennen, ondanks de aanwezigheid van een kafala zonder rekening te houden met artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag.

Dat dit middel gegrond is.

11.-

Bovendien stelt verwerende partij in de bestreden beslissing het volgende:

"Uit het voorgelegde document blijkt dat de Marokkaanse rechtbank de verklaring van de vader van betrokkene gehomologeerd heeft. Echter, wanneer dergelijke kafala/homologatie wordt opgemaakt, dient eveneens een kopie verstuurd te worden naar de Marokkaanse consulaire diensten in het gastland, opdat die voor de opvolging van de situatie van het kind zouden kunnen zorgen en de uitvoering van de verplichtingen zouden kunnen controleren. Daartoe richten zij verslagen aan de voogdijrechter. Vooraleer de voogdijrechter toestemming geeft om het grondgebied te verlaten, dient hij zich ervan te vergewissen dat het kind wel degelijk toegang heeft tot het gastland en er kan verblijven. Hij eist dan ook een document van de buitenlandse regering. Dit is in deze geenszins gebeurd. Uit niets kan blijken, dat de Marokkaanse autoriteiten contact hebben opgenomen met de Belgische autoriteiten, zoals voorzien in artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag. De voorgelegde 'Kafala' werd zodoende evenmin opgesteld overeenkomstig het Haags kindbeschermingsverdrag dat geldt sinds 1 september 2014 (zie wet van 17.11.2013 dat de tenuitvoerlegging beoogt van het Haags Kinderbeschermingsverdrag). Er kan echter niet blijken dat dergelijke toestemming voorafgaandelijk werd ingewonnen. Er kon dus geen enkele voorwaarde inzake de opvang van het kind voorafgaandelijk geverifieerd worden.

Ten overvloede dient opgemerkt te worden dat betrokkene reeds geruime tijd in België verblijft sedert 25.04.2019. Het is dan ook de Belgische rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over het recht van bewaring van betrokkene, niet een Marokkaanse. Voor zover echter een buitenland vonnis aanwezig is, ook al verblijft men op het moment van het vonnis in België, dan nog dient een Belgische rechtbank het buitenlands vonnis te homologeren. Ook dit blijkt niet gebeurd te zijn met de voorgelegde kafala."

Verwerende partij stelt onterecht dat de voorgelegde kafala niet voldoet aan de vereisten van het Haags Kinderbeschermingsverdrag nu er geen contact is geweest tussen de Marokkaanse autoriteiten en de Belgische autoriteiten, zoals voorgeschreven in artikel 33 van het verdrag, om toezicht te houden op de situatie van het kind. Daarnaast beweert verwerende partij onterecht dat de kafala niet is opgesteld in overeenstemming met het Haags Kinderbeschermingsverdrag dat geldig is sinds 1 september 2014.

Deze bewering toont een gebrek aan zorgvuldigheid aan, omdat verwerende partij niet heeft vastgesteld dat de Marokkaanse autoriteiten niet hebben voldaan aan hun verplichtingen in het kader van het verdrag. Het verzuim om dit te onderzoeken vormt een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Dat verwerende partij helemaal geen rekening houdt met het gegeven dat de kafala is gehomologeerd door de Marokkaanse rechtbank, hetgeen aantoont dat de juridische procedures in Marokko zijn gevolgd. Hoewel verwerende partij stelt dat er geen document is verstrekt van de buitenlandse regering, is het van groot belang te benadrukken dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag de verplichting oplegt aan de autoriteiten van de ontvangende staat om te overleggen met de Centrale Autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van de verdragsluitende staat waarin de plaatsing of zorg plaatsvindt.

Doordat verwerende partij negeert dat dit overleg enkel en alleen is bedoeld om de belangen van het kind te waarborgen heeft zij een onzorgvuldige beslissing genomen.

Dat verwerende partij vergeet dat deze procedure is bedoeld om de belangen van het kind te waarborgen, en het ontbreken van dergelijke stappen aan de zijde van de Marokkaanse autoriteiten kan niet worden toegeschreven aan de verzoekster of haar grootmoeder.

Het gegeven dat de Belgische rechtbank bevoegd is om uitspraak te doen over het recht van bewaring van verzoekster betekent niet dat het buitenlandse vonnis, dat al in Marokko is gehomologeerd, opnieuw in België moet worden gehomologeerd. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag biedt een kader voor de erkenning en uitvoering van buitenlandse beslissingen, waardoor het niet noodzakelijk is om hetzelfde proces in België te herhalen. De focus ligt op de erkenning en tenuitvoerlegging van het bestaande buitenlandse vonnis, in plaats van het verplichten van een nieuwe homologatie in België.

Uit de houding van verweerster mag duidelijk wezen dat ze schromelijk tekortkomt aan haar verplichtingen om als een redelijke en voorzichtige overheid zorgvuldig te werk te gaan.

De bestreden beslissing dient derhalve vernietigd te worden.

Het middel is gegrond en ernstig."

2.2.2. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen verplichten de administratieve overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de bestreden beslissing ten gronde liggen en dit op afdoende wijze. Het afdoend karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, met name dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen.

De belangrijkste bestaansreden van deze uitdrukkelijk motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar beslissing is gekomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden (cf. RvS 30 oktober 2014, nr. 228.963; RvS 17 december 2014, nr. 229.582).

De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op deugdelijke motieven, dit zijn motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking genomen kunnen worden (RvS 14 juli 2008, nr. 185.388; RvS 20 september 2011, nr. 215.206; RvS 5 december 2011, nr. 216.669).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheidsplicht legt de overheid onder meer op om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221.475).

Zowel bij het beoordelen van de zorgvuldigheidsplicht als bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht, treedt de Raad niet op als rechter in hoger beroep die de ware toedracht van de feiten gaat vaststellen. Hij onderzoekt enkel of de overheid in redelijkheid is kunnen komen tot de door haar gedane feitenvaststelling en of er in het dossier geen gegevens voorhanden zijn die met die vaststelling onverenigbaar zijn. Verder toetst de Raad in het kader van zijn wettigheidscontrole of het bestuur is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of het de feitelijke vaststellingen correct heeft beoordeeld en of het op grond daarvan niet onredelijk tot zijn besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

De verzoekende partij 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 zijnen 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 de verzoekende partij, als minderjarige, (voor de zevende keer) een aanvraag tot gezinshereniging in, in functie van haar grootmoeder met de Belgische nationaliteit. Er blijkt niet dat deze laatste reeds gebruik heeft gemaakt van haar recht van vrij verkeer als burger van de Europese Unie.

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

- de verzoekende partij dient haar Belgische grootmoeder te begeleiden of zich bij haar te voegen;
- de Belgische grootmoeder (of haar echtgenoot) 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 grootmoeder dient te beschikken over stabiele, toereikende en regelmatige bestaansmiddelen;
- de Belgische grootmoeder dient te beschikken over een voldoende huisvesting;
- de Belgische grootmoeder dient te beschikken over een ziektekostenverzekering die de risico's in België voor haar en haar familieleden dekt.

In de bestreden beslissing oordeelt de gemachtigde dat de verzoekende partij niet heeft aangetoond dat de referentiepersoon over het recht van bewaring over betrokkene beschikt. Bijgevolg zijn de wettelijke vereisten overeenkomstig artikel 40ter, §2, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet niet voldaan. Volgens de voorgelegde stukken, zo stelt de verwerende partij in de bestreden beslissing, geven de ouders van betrokkene hun toestemming aan de grootmoeder opdat zij over het recht van bewaring over betrokkene beschikt. Een dergelijke toestemming volstaat volgens de verwerende partij echter niet om de voorwaarde van het recht van bewaring in hoofde van de grootmoeder te vervullen. De grootmoeder is immers niet gemachtigd om het recht van bewaring over het minderjarig kind te krijgen. Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch Burgerlijk Wetboek, meer bepaald de wetsartikels 372 BW en 374 BW, de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Dit impliceert volgens de verwerende partij dan ook dat het recht van bewaring enkel kan worden overgedragen van de ene ouder aan de andere ouder, voor zover zij het delen. Het is volgens de verwerende partij niet voorzien overeenkomstig het Belgische Burgerlijk Wetboek, dat het zou kunnen worden afgestaan met een eenvoudige verklaring, aan een derde, in casu de grootmoeder. Voor zover de ouders de bewaring aan iemand anders wensen te geven kan dit gebeuren in onderlinge overeenstemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig artikel 392 BW). Er ligt volgens de verwerende partij thans geen Belgische rechterlijke beslissing voor waaruit kan blijken dat de grootmoeder door de rechtbank werd gemachtigd om het recht van bewaring over betrokkene uit te oefenen. Uit het voorgelegde document blijkt volgens de verwerende partij dat de Marokkaanse rechtbank de verklaringen gehomologeerd heeft. Echter, wanneer dergelijke kafala/homologatie wordt opgemaakt, dient eveneens een kopie verstuurd te worden naar de Marokkaanse consulaire diensten in het gastland, opdat die voor de opvolging van de situatie van het kind zouden kunnen zorgen en de uitvoering van de verplichtingen zouden kunnen controleren. Daartoe richten zij, zo stelt de verwerende partij verder, verslagen aan de voogdijrechter. Vooraleer de voogdijrechter toestemming geeft om het grondgebied te verlaten, dient hij zich ervan te vergewissen dat het kind wel degelijk toegang heeft tot het gastland en er kan verblijven. Hij eist dan ook een document van de buitenlandse regering. Dit is volgens de verwerende partij in deze geenszins gebeurd. Uit niets kan volgens de verwerende partij blijken, dat de Marokkaanse autoriteiten contact hebben opgenomen met de Belgische autoriteiten, zoals voorzien in artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag. Ten overvloede dient volgens de verwerende partij opgemerkt te worden dat betrokkene reeds geruime tijd in België verblijft sedert 25 april 2019. Het is volgens de verwerende partij dan ook de Belgische rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over het recht van bewaring van betrokkene, niet een Marokkaanse. Voor zover echter een buitenlands vonnis aanwezig is, ook al verblijft men op het moment van het vonnis in België, dan nog dient volgens de verwerende partij een Belgische rechtbank het buitenlands vonnis te homologeren. Ook dit blijkt niet gebeurd te zijn met de voorgelegde kafala. De verzoekende partij heeft volgens de verwerende partij, aan de hand van de door haar voorgelegde 'kafala', niet aangetoond dat haar Belgische grootmoeder beschikt over het recht van bewaring.

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 de verzoekende partij 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 de verzoekende partij voorgelegde 'kafala' geen gerechtelijke 'kafala' zoals bedoeld in de voormelde Marokkaanse wet betreft, aangezien de verzoekende partij geen verlaten kind is zoals bedoeld in de Marokkaanse wet, en hiermee dus niet kan worden gelijkgesteld. Er is bovendien in casu sprake van een toestemming van de ouders van de verzoekende partij, zodat duidelijk geen sprake is van een verlaten kind. Minstens maakt zij niet aannemelijk dat zij wel een 'verlaten kind' is.

In casu dient te worden aangenomen dat er sprake is van een zogenaamde notariële, intrafamiliale 'kafala'. Zo stelt in dat geval de rechter, op vraag van de grootouder – die de verzoekende partij met toestemming van haar ouders ten laste wil 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 authenticiteit maar geen gerechtelijk karakter. Het betreft slechts een eenzijdige verbintenis van de grootouder om het kind ten laste te nemen (RvS 17 mei 2018, nr. 241.535).

De verzoekende partij 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 de verzoekende partij niet concreet aannemelijk gemaakt.

Wat de notariële 'kafala' betreft, wordt opgemerkt 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, slechts beperkte gevolgen. Er wordt 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 de ouders van de verzoekende partij gekend zijn en zich bevinden in het herkomstland en dat niet blijkt dat zij zijn ontheven van het ouderlijk gezag over hun kind.

De verzoekende partij 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 grootmoeder 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 grootmoeder. Een louter algemene verwijzing naar enerzijds de voormelde Marokkaanse wet van 2002, die in casu in beginsel niet van toepassing is waar de verzoekende partij geen verlaten kind is, en anderzijds het Kinderrechtenverdrag en het Haags Kinderbeschermingsverdrag, toont zulks nog niet aan.

Louter ten overvloede, en ook al is de situatie van de verzoekende partij 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 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 de verzoekende partij aan de Belgische grootmoeder. In het licht van hetgeen voorafgaat, toont de verzoekende partij niet aan dat de gemachtigde van de staatssecretaris de inhoud van de door haar voorgelegde 'kafala' heeft miskend.

De uiteenzetting van de verzoekende partij 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.

Het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, waarnaar de verzoekende partij ook verwijst, 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 over eenkomstig 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 de verzoekende partij 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 grootmoeder, die de verzoekende partij 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. De verzoekende partij 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 grootmoeder.

Mochten de Marokkaanse autoriteiten de bedoeling hebben gehad om, ter bescherming van het kind, een recht van bewaring toe te kennen aan de grootmoeder van de verzoekende partij dat haar 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 verzoekende partij maakt dit bovendien ook helemaal niet aannemelijk. Zij stelt wel dat de verwerende partij volgens haar onzorgvuldig is geweest door dit niet in concreto te onderzoeken, maar het is aan de verzoekende partij zelf om haar loutere bewering dat de Belgische autoriteiten wel degelijk werden gecontacteerd, zoals zij beweert. Zij slaagt daar niet in.

Voorts wijst de Raad erop dat artikel 35, §1, tweede lid WIPR als volgt luidt:

“De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd.”

Aangezien de minderjarige haar gewone verblijfplaats in België had op het moment dat de uitoefening van het ouderlijk gezag werd ingeroepen, heeft de verwerende partij aldus terecht toepassing gemaakt van het Belgisch recht.

In het Belgisch recht valt de uitoefening van het ouderlijk gezag onder de artikelen 371 en volgende van het Burgerlijk Wetboek en meer bepaald artikelen 373 en 374 van het BW.

Artikel 373 van het BW luidt als volgt:

“Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit. Ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, wordt elke ouder geacht te handelen met de andere ouder wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met gezag verband houdt behouden de bij de wet bepaalde uitzonderingen. Bij gebreke van instemming kan één van beide ouders de zaak bij de familierechtbank aanhangig maken. De rechtbank kan één van de ouders toestemming verlenen alleen op te treden voor één of meer bepaalde handelingen”

Artikel 374, §1 van het BW luidt:

“Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid, bepaalde vermoeden. Bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind, kan de bevoegde familierechtbank de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders. Hij kan eveneens bepalen welke beslissingen met betrekking tot de opvoeding alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen. Hij bepaalt de wijze waarop de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, persoonlijk contact met het kind onderhoudt. Dat persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen worden geweigerd. De ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, behoudt het recht om toezicht te houden op de opvoeding van het kind. Hij kan bij de andere ouder of bij derden alle nuttige informatie hieromtrent inwinnen en zich in het belang van het kind tot de familierechtbank wenden.”

Uit voormelde bepalingen volgt aldus dat in beginsel het ouderlijk gezag gezamenlijk wordt uitgeoefend door de ouders en dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag enkel kan gewijzigd worden via een gerechtelijke beslissing.

Aangezien de verzoekende partij reeds geruime tijd (sedert 25.04.2019) in België verblijft, is het de Belgische rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over het recht van bewaring. Verzoekende partij betwist niet dat de kafala niet door de Belgische rechtbank werd gehomologeerd. Zij stelt echter dat de notariële kafala reeds door de Marokkaanse rechtbank werd gehomologeerd en dus niet opnieuw in België moet gehomologeerd worden. Los van de vraag of de Belgische rechtbank de kafala moet homologeren, is het wel zo dat in eerste instantie een legalisatie van dit document een vereiste is en eens gelegaliseerd, moet dit document ook eerst nog erkend worden door de Belgische rechtbank, hetgeen in casu geenszins het geval is.

Uit voorgaande bespreking is gebleken dat de verzoekende partij de schending van de door haar opgeworpen bepalingen en beginselen niet aannemelijk heeft gemaakt, noch heeft zij aannemelijk gemaakt dat de bestreden beslissing op kennelijk onredelijke wijze werd genomen.

Het tweede middel is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftiende april tweeduizend vijftiende door:

J. CAMU, kamervoorzitter,

K. VERHEYDEN, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERHEYDEN

J. CAMU