

DE VOOGDIJ EN DE VERKOOP VAN ONROERENDE GOEDEREN VAN BUITENLANDSE MINDERJARIGEN: EEN PRAKTIJKONDERZOEK.

Pascale Alaerts

Margaretha Wilkenhuysen

*Onder wetenschappelijke begeleiding
van Prof. K. LENAERTS*

I. INLEIDING.

Doelstelling van dit werk is een beperkt onderzoek in te stellen naar de werking van het internationaal privaatrecht in de praktijk. Het onderzoek heeft betrekking op de organisatie in België van de voogdij over buitenlandse minderjarigen en in het bijzonder de vervreemding van onroerende goederen aan deze toebehorend.

Het onderzoek richt zich vooral tot de Vrederechten. Daarom werden op de eerste plaats een aantal vrederechters aangeschreven, van wie het vermoeden bestond dat zij reeds meermaals met de vermelde problematiek geconfronteerd zijn geweest. Er werd een beperkte selectie gemaakt op basis van de concentratie van vreemdelingen in de verschillende kantons, verspreid over 4 Belgische arrondissementen. Uit onderstaande rechtbankverslagen zal blijken dat het onderzoek niet beperkt is gebleven tot de Vrederechten maar dat ook (zijdelings) onvermijdelijk de Rechtbanken van Eerste Aanleg en de Consulaten ter sprake komen, dit omwille van de eigenheid van het probleem. In het tweede deel van dit werk wordt getracht de informatie enigzins te kanaliseren. Dit deel moet dan ook eerder gezien worden als de verzameling van partieel verworven informatie. Voor een goed begrip van deze verslagen wordt vooraf een korte theoretische toelichting gegeven van het behandeld probleem. Dit theoretisch uitgangspunt wordt zo bondig en algemeen mogelijk geschetst, hetgeen echter niet eenvoudig is omwille van de complexiteit van de problematiek en het gebrek aan theoretische éénduidigheid.

Hetgeen nu volgt is een korte theoretische uiteenzetting met betrekking tot de voogdij over buitenlandse kinderen en meer specifiek betreffende de verkoop van onroerende goederen van vreemde minderjarigen.

Het eerste probleem dat aan de orde is, is het probleem van de *internationale bevoegdheid* van de Belgische rechter.

Het Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902 tot regeling van de *voogdij* van minderjarigen, goedgekeurd bij wet van 27 juni 1904 (B.S., 10 juli 1904), is momenteel van kracht in België, Duitsland, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje.

Principieel maakt dit verdrag de autoriteiten van de nationaliteitsstaat, eventueel door middel van hun diplomatieke of consulaire vertegenwoordigers, van de minderjarige bevoegd om de voogdij te regelen. Indien deze autoriteiten de voogdij niet regelen, dan zijn de autoriteiten van de verblijfstaat van de minderjarige daartoe bevoegd.

Het EEX-Verdrag dient buiten beschouwing te worden gelaten. Het is immers niet van toepassing op problemen die betrekking hebben op bekwaamheid. Artikel 16,1 EEX dat exclusieve bevoegdheid verleent aan de gerechten van de verdragsluitende staat waar het onroerend goed gelegen is, kan niet toegepast worden op de verkoop van onroerende goederen van buitenlandse minderjarigen. Dit probleem wordt immers gekwalificeerd als een probleem van bekwaamheid en niet als een probleem van zakenrecht, zodat de toepasselijkheid van dit verdrag uitgesloten is ¹.

Wanneer geen verdrag van toepassing is, is artikel 406 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de familierraad wordt bijeengeroepen door de vrederechter van de woonplaats van de minderjarige, van toepassing op alle minderjarigen ongeacht hun nationaliteit.

Nadat de Belgische rechter zich internationaal bevoegd heeft verklaard, rijst het probleem van *het toepasselijk recht*.

Zoals gezegd is inzake *voogdij* het Internationaal Verdrag van Den Haag tot regeling van de voogdij van minderjarigen van 12 juni 1902 van toepassing. Dit Verdrag bepaalt dat de voogdij van de minderjarige wordt beheerst door zijn nationale wet. Dit is het principe. Het Verdrag bepaalt verder dat subsidiair de overheden van de verblijfstaat bevoegd zijn om krachtens hun intern recht de voogdij in te richten. De nationale wet schrijft voor wanneer de voogdij opent. (3bis)

Het algemeen Belgisch internationaal privaatrecht inzake voogdij dat geldt met betrekking tot minderjarigen die niet afkomstig zijn uit verdragstaten verschilt niet van de Haagse Conventie. (3bis)

(1) LENAERTS, K., "Kroniek van het Internationaal Privaatrecht", *R.W.*, 1986-87, 1945; *Rb. Kortrijk*, 20 maart 1983, *T.Not.*, 1983, 274, met noot DE BUSSCHERE, C.

Indien de door de voorgedijwet voorgeschreven vormen in België niet bestaan dan zal men bij wijze van substitutie, die lokale (Belgische) vorm toepassen die het dichtst staat bij de voorgeschreven buitenlandse vorm.

Het probleem van *de verkoop van een onroerend goed toebehorend aan een buitenlandse minderjarige* wordt bij voorkeur gekwalificeerd als bekwaamheid. Krachtens artikel 3,3 B.W. bepaalt de nationale wet van het kind door wie het dient vertegenwoordigd te worden en welke maatregelen moeten worden genomen tot bescherming van zijn vermogen. Ook hier situeert zich het **substitutieprobleem**. Het weerspiegelt de moeilijkheden die zich voordoen wanneer de minderjarige zijn woonplaats heeft buiten zijn vaderland. De praktijk biedt verschillende oplossingen, maar ook op theoretisch vlak blijft er discussie bestaan.

Het probleem kan het best als volgt geformuleerd worden : indien de in de nationale wet van de minderjarige voorgeschreven beschermingsmaatregelen niet gekend zijn in België, zal men bij wijze van substitutie die lokale vorm toepassen die het dichtst bij de voorgeschreven buitenlandse vorm staat. Het Belgisch arsenaal van instellingen moet ter beschikking worden gesteld van het vreemd recht. Hierbij moet terdege rekening gehouden worden met de interne Belgische bevoegdheidsregels : men moet op zoek gaan naar de "functioneel equivalente instantie" (en niet naar de "organiek equivalente instantie")². Daarmee wordt bedoeld dat de equivalente instantie in het Belgisch recht de bevoegdheid moet hebben om soortgelijke beschermings- en vertegenwoordigingsmaatregelen te treffen³.

Zoals reeds aangestipt, wordt het probleem van de verkoop van onroerende goederen van buitenlandse minderjarigen meestal als bekwaamheid gekwalificeerd. Een probleem vormen echter de artikels 1186 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek. Gaat men deze artikels kwalificeren als procedure of opteert men voor de zuivere kwalificatie bekwaamheid ?

Eenzijds kan men de artikelen 1186 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek kwalificeren als procedureregels. De in deze artikels omschreven taakverdeling heeft een absolute waarde. Deze mag niet miskend worden. Zo zal de vrederechter door de toepassing van artikel 1193bis van het Gerechtelijk Wetboek een bevoegdheid vinden die functioneel equivalent is met de bevoegdheid van een buitenlandse instantie, namelijk door de Belgische proceduregang te volgen. De vrederechter zal een familieraad samenstellen en wanneer zulks niet mogelijk blijkt zal hij al-

(2) Deze problematiek wordt beter begrepen aan de hand van het concrete praktijkonderzoek. Zie vooral Rb. Dendermonde, 3 april 1980, *Réc.Gen.Enr.Not.*, 1981,116.

(3) LENAERTS, K., "Kroniek van het Internationaal Privaat- recht", *R.W.*, 1986-87, 1865.

leen de machtiging tot verkoop geven. De Rechtbank van Eerste Aanleg zal deze verkoop dan homologeren ⁴.

Anderzijds kwalificeert men de artikels 1186 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek als zijnde deel uitmakend van de categorie bekwaamheid. In deze hypothese zou enkel de Rechtbank van Eerste Aanleg bevoegd zijn machtiging tot verkoop van een onroerend goed toebehorend aan buitenlandse minderjarigen te verlenen, op grond van haar algemene residuaire bevoegdheid. Deze bevoegdheid ontleent zij aan artikel 568 van het Ger. W. bestaat geen eenduidigheid m.b.t. het substitutieprobleem, ook niet op theoretisch vlak.

De volledige voorafgaande redenering geldt enkel onder voorbehoud van renvoi. Renvoi elimineert het substitutieprobleem. Het heeft betrekking op de vraag of, wanneer buitenlands recht toepasselijk wordt verklaard, er al dan niet rekening gehouden moet worden met de opvattingen van het buitenlands recht over zijn eigen toepasselijkheid. Deze vraag bestaat uit twee deelvragen: "mag renvoi?" en "kan renvoi?". De eerste vraag kan bevestigend beantwoord worden in het Belgisch I.P.R. voor wat het personen- en familierecht betreft. Renvoi kan telkens wanneer het vreemde recht dat door de eerste verwijzingsregel werd aangewezen een andere aanknopingsfactor hanteert voor dezelfde rechtsvraag. De tweede vraag moet opgelost worden vanuit het aangewezen recht. Het lijkt ons niet aangewezen dieper op deze problematiek van het renvoi in te gaan vermits zij niet aan de orde is in de onderstaande verslagen ⁵.

Deze korte theoretische uiteenzetting wordt gevolgd door een aantal rechtbankverslagen die betrekking hebben op de geschetste problematiek. Dit zal gebeuren in de vorm van een schematisch overzicht, soms voorzien van een korte commentaar. Nadien volgt een evaluatie.

Op basis van zowel praktische overwegingen als het vertrouwelijk karakter van de verleende informatie bestond de noodzaak de plaats van herkomst van het materiaal niet bekend te maken. Dit is een verklaring voor het anonieme karakter van de meeste onderstaande gevallen. Toch kan men de lezer, om hem een beter inzicht in de problematiek te verschaffen, het volgende beperkte overzicht van vroegere publicaties niet onthouden.

II. HET PRAKTIJKONDERZOEK.

Dit praktijkonderzoek valt uiteen in twee delen. Het eerste deel bestaat uit drie reeds vroeger gepubliceerde beslissingen, die het uitgangs-

(4) LENAERTS, K., "Kroniek van het Internationaal Privaat-recht", *R.W.*, 1989-90, 904-5.

(5) LENAERTS, K., o.c., *R.W.*, 1986-1987, 1863-1865.

punt vormen van dit beperkte onderzoek. Het tweede gedeelte bestaat uit niet-gepubliceerde gevallen.

A. DEEL I: REEDS GEPUBLICIEERDE BESLISSINGEN.

Uitgangspunt van dit overzicht vormen drie beslissingen. De eerste en tweede zijn respectievelijk van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel en de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde. Deze beslissingen, vooral die van de Brusselse Rechtbank, lokten enkele reacties uit, o.a. van de vrederechter van Sint-Gillis, de Heer G. Rommel. De derde beslissing werd geveld door de vrederechter van Sint-Gillis.

1. Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde ⁶.

a. De feiten.

Een Nederlandse weduwnaar blijft na het overlijden van zijn echtgenote achter met twee minderjarige Nederlandse kinderen. Hij wenst een villa en een stuk grond, beide gelegen te Sint-Niklaas, gedeeltelijk toebehorend aan de twee kinderen, te verkopen.

b. De organisatie van de voogdij.

De vader van de minderjarigen treedt op als wettelijke voogd. De toeziende voogd wordt aangewezen door de vrederechter van Sint-Niklaas.

c. De machtiging tot verkoop van een onroerend goed.

De voogd dient een verzoekschrift in bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde. De Rechtbank verleent de machtiging.

De Rechtbank argumenteert als volgt: "*De verkoop van in België gelegen onroerende goederen van Nederlandse minderjarigen is niet afbankelijk van de artikelen 1186-1187 Ger.W.. Bijgevolg vallen de beschermingsmaatregelen onder de nationale wet. In het Nederlands recht heeft de voogd de machtiging nodig van de kantonrechter. In België moet hij zich richten tot de Rechtbank van Eerste Aanleg, vermits de vrederechter deze specifieke bevoegdheid tot machtiging niet heeft.*"

In het bovenstaand geval past de Rechtbank van Eerste Aanleg de nationale wet van het kind toe.

(6) Rb. Dendermonde, 3 april 1980, *Réc.Gen.Enr.Not.*, 1981, 116; LENAERTS, K., o.c., R.W., 1986-87, 1863-1865.

De rechtbank verleent de machtiging tot verkoop van onroerende goederen toebehorend aan buitenlandse minderjarigen i.p.v. de nationale rechtbank die daartoe bevoegd is. De artikels 1186 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek worden geacht hier niet van toepassing te zijn.

2. Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel. 7.

a. De feiten.

Een Marokkaanse moeder overlijdt. Zij laat een man en zes minderjarige kinderen na, allen van Marokkaanse nationaliteit. De vader wenst het onroerend goed, waarvan hij samen met zijn kinderen medeëigenaar is, te verkopen.

b. De organisatie van de voogdij.

Artikel 148 van de Mudawanna bepaalt dat de wettelijke voogdij wordt uitgeoefend door de vader en de "rechter" (Kadi) wat betreft de persoon en de goederen van de minderjarigen.

De voogdijrechter in het Marokkaans recht is de *Kadi*. In casu is de vader de wettelijke voogd. De vraag die zich stelt is: "Wie is de Kadi?". Hier situeert zich het substitutieprobleem, te weten welke instantie is equivalent aan de Marokkaanse Kadi?

c. De machtiging tot verkoop van een onroerend goed.

De vader dient een verzoekschrift tot machtiging van de verkoop in bij de Rechtbank van Eerste Aanleg. Dit verzoekschrift is volgens het Openbaar Ministerie niet gegrond vermits niet aan alle voorwaarden van artikel 159 van de Mudawanna is voldaan.

De Rechtbank machtigt echter tot de verkoop. De Rechtbank van Eerste Aanleg substitueert zich in de functie van de Kadi. Zij argumenteert als volgt: "*De onderbandse verkoop is in het belang van de kinderen, er wordt namelijk een hogere prijs betaald en de vader kan de aange-gane lening aflossen. Bovendien moeten de voorwaarden van artikel 159 van de Mudawanna niet cumulatief worden geïnterpreteerd.*"

In het bovenstaande geval verleent de Rechtbank van Eerste Aanleg de machtiging tot verkoop. Er werd geen familieraad samengesteld.

(7) Rb. Brussel, 30 september 1985, *T.Vred.*, 1986, 181, met noot ROMMEL, G.

Het probleem van de verkoop wordt beschouwd als een probleem van bekwaamheid.

Tegen dit vonnis van de Brusselse Rechtbank is heel wat reactie ge-
rezen.

Vrederechter G. ROMMEL meent dat niet de Rechtbank van Eerste Aanleg, maar wel de vrederechter zowel organiek als functioneel equivalent is aan de Kadi ⁸. *"De vrederechter is de voogdijrechter. Bovendien heeft de familieraad in het Marokkaans recht slechts een consultatieve bevoegdheid, zodat deze niet dient samengesteld te worden. Verder bestaat zij uit (zij wordt georganiseerd op kantonaal niveau): twee rechters, de voogd, het openbaar ministerie en twee rechtsbekwame derden."*

Vervolgens is vrederechter ROMMEL van oordeel dat de voorwaarden van artikel 159 van de Mudawanna **cumulatief** dienen geïnterpreteerd te worden. Zo kan de machtiging slechts gegeven worden door de rechter onder de volgende voorwaarden : a) openbare verkoop, b) de dwingende noodzaak om het onroerend goed te verkopen eerder dan een ander, c) er is geen hoger bod, d) de koopprijs is in speciën en contant ⁹.

Volgens VAN MENSEL kan men wel een familieraad samenstellen, vermits : *"Het moderne Marokko door het creëren van de consultatieve raad enigszins heeft willen aansluiten bij de westerse traditie van de familieraad, die een bijkomende waarborg inhoudt in het belang van het kind. Pas indien het onmogelijk wordt te lande voldoende verwanten te vinden, mag de vrederechter "cavalier seul" spelen, maar wel onder controle van de Rechtbank van Eerste Aanleg"* ¹⁰.

Professor LENAERTS meent dat de vrederechter de artikelen 1186 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek moet betrekken in de procedure ; de vrederechter moet volgens hem de Belgische proceduregang volgen, het personeel statuut van de Marokkaanse minderjarige is slechts relevant om de vrederechter en de Rechtbank van Eerste Aanleg de inhoudelijke criteria te verschaffen ter beoordeling van de aanvraag van de voogd ¹¹.

(8) ROMMEL, G., noot onder Rb. Brussel, 30 september 1985, *T.Vred.*, 1986, 185.

(9) ROMMEL, G., o.c., *T.Vred.*, 1986, 183.

(10) VAN MENSEL, A., "Het organiseren van de voogdij in België over minderjarige Marokkaanse kinderen. Het verkopen van een onroerend goed.", noot onder Vred. Sint-Gillis, 25 maart 1986, *T.Vred.*, 1986, 170.

(11) LENAERTS, K., o.c., *R.W.*, 1989-90, 904.

3. Vredegerecht van Sint-Gillis.

Vrederechter Rommel heeft een jarenlange praktijkervaring met de in deze uiteenzetting behandelde materie.

De Heer ROMMEL stelt: *"De migranten in mijn kanton staan buitverachtig ten opzichte van alles wat enigzins verband houdt met het "Gerecht". Voor deze mensen, die morgen een groep van driehonderdduizend Brusselaars (verspreid over zeven gemeenten) vormen, wordt weinig ondernomen. Slechts enkelen onder hen plannen een terugkeer naar hun vaderland. De "rechtspraktizijnen", bezorgd om vrede en rechtvaardigheid, kunnen in dit domein hun bijdrage tot een betere levenskwaliteit in de stad leveren."*

Vrederechter ROMMEL heeft reeds verscheidene publicaties inzake deze materie op zijn naam.

Het onderstaande geval heeft betrekking op Marokkaanse kinderen. Het illustreert de stellingen die ROMMEL verdedigt met betrekking tot onder andere het substitutieprobleem, de toepassing van het Marokkaanse recht (artikel 159 van de Mudawanna) en de I.P.R.-openbare orde ¹².

a. De feiten.

Een Marokkaanse bezit samen met haar minderjarige zoon een woonhuis. Zij verzoekt de vrederechter de voogdij te organiseren en vraagt de toelating het huis onderhands te verkopen.

b. De organisatie van de voogdij.

De vrederechter besluit overeenkomstig het Marokkaans recht, de nationale wet van de minderjarige, de eenvoudige voogdij te organiseren.

Hij wijst de moeder aan als datieve voogd, en dit in overeenstemming met het belang van het kind. Dit is een duidelijk Belgisch criterium. De vraag of de moeder de Islam belijdt, wordt niet onderzocht, *"dit is immers in strijd met de internationale openbare orde. Het Marokkaans recht eist dat de voogd de Islam belijdt. Deze voorwaarde van confessionele aard is strijdig met internationale openbare orde (I.P.R. openbare orde) die de gelijkheid van de ouders onderstelt bij de uitoefening van de ouderlijke macht, ongeacht de confessionele overwegingen."* ¹³.

(12) Vred. Sint-Gillis, 25 maart 1987, *T.Vred.*, 165.

(13) ROMMEL, G., "Inrichting van de Magrebijnse voogdij en de internationale openbare orde.", *R.W.*, 1984-85, 1627.

Daarnaast stelt de vrederechter de broer van de moeder aan als toezien-voogd. Hoewel deze broer tot dezelfde tak van de familie behoort, acht de vrederechter het in het belang van het kind hem als toezien-voogd aan te stellen. De moeder leeft immers in onmin met haar schoonfamilie, die zelfs dreigt het kind te ontvoeren.

De vrederechter is van oordeel dat er geen familieraad dient georganiseerd te worden, deze is immers niet essentieel in het Marokkaans recht. De Marokkaanse familieraad is louter consultatief. Bovendien kan ze niet georganiseerd worden op kantonaal niveau en dit omwille van haar samenstelling.

c. De machtiging tot de verkoop.

De voogdijrechter (de Kadi) is eveneens de bevoegde rechter inzake de toelating tot verkoop van een onroerend goed toebehorend aan de minderjarige. De Mudawanna kent enkel de openbare verkoop. De Marokkaanse rechtspraak staat echter de onderhandse verkoop toe, wanneer aan de voormelde cumulatieve (contra : Rb. Brussel, 30 september 1985) voorwaarden is voldaan. In casu zijn de voorwaarden vervuld, vermits de vrouw niet in staat is met haar inkomen de hypothecaire inschrijving af te betalen.

Deze beschikking werd gehomologeerd door de Brusselse Rechtbank van Eerste Aanleg op 23 april 1986. De Rechtbank homologeert dus enkel de machtigingsbeslissing van de vrederechter. De vrederechter substitueert zich hier in de functie van de Kadi. Daarenboven vervangt zijn beslissing de beslissing van een familieraad. De artikels 1186 e.v. worden hier impliciet gekwalificeerd als zijnde procedureregels.

In het bovenstaand geval verleent de vrederechter alleen de machtiging tot verkoop. Er werd geen familieraad samengesteld. De Rechtbank van Eerste Aanleg homologeert deze beslissing. Vermoedelijk wordt hier impliciet toepassing gemaakt van de artikels 1186 e.v. Ger. Wb.

B. DEEL II : NIET-GEPUBLICEERDE BESLISSINGEN.

In dit tweede deel van het praktijkonderzoek, wordt een overzicht gegeven van een aantal niet-gepubliceerde beslissingen en uitspraken. Op basis van praktische overwegingen en omwille van het vertrouwelijk karakter van de verleende informatie, zijn de plaatsnamen van de Vrederechters en Rechtbanken vervangen. Er werd een bezoek gebracht aan 4 arrondissementen, verspreid over België.

1. Arrondissement I, vredegerecht kanton A.

De Vredegerechten van de Kantons A, B, C en D zijn allen gelegen in het Arrondissement I. Er werd een bezoek gebracht aan de vrederechters van het Kanton A en B. De informatie van de vrederechters van de Kantons C en D werd telefonisch bekomen.

Het onderstaande geval heeft betrekking op Marokkaanse minderjarigen.

a. De feiten.

Een Marokkaanse vrouw wordt vermoord, zij laat zes minderjarige kinderen en een weduwnaar achter. De man wordt verdacht van moord op zijn vrouw. Hij wordt aangehouden en verblijft nu in de gevangenis.

b. De organisatie van de voogdij.

Naar Marokkaans recht is de vader de **wettelijke voogd**. Deze verblijft echter in de gevangenis. Zodoende is de wettelijke voogdij opengevallen en moet er een **datieve voogd** worden aangesteld, zo oordeelt de vrederechter.

De vrederechter verwijst in zijn beschikking naar een vonnis van de Gentse vrederechter die in een gelijkaardig geval, dat echter betrekking had op Belgische minderjarigen, het volgende besliste: "*Zolang de wettige voogd in de gevangenis verblijft en de ontzetting niet uitgesproken wordt, is de voogdij vacant omdat de voogd zijn ambt niet effectief kan uitoefenen, zodat de toezienende voogd hem niet vervangt (art. 424 B.W.). De voogd moet onmiddellijk vervangen worden door een nieuwe voogd en de benoeming van een datieve voogd dringt zich op*"¹⁴.

De vrederechter oordeelt dat het in casu gaat om een zaak van hoogdringendheid. Zo stelt hij de afwezigheid van enige familie vast, "*bovendien moeten enkele kinderen geplaatst worden en verder blijven er het onroerend goed en de roerende goederen, die bestuurd dienen te worden. De minderjarige kinderen verkeren in een gevaarlijke, moeilijke situatie. Indien de wet leemtes vertoont, moet recht gesproken worden.*"

Het Marokkaans personeel statuut is hier van toepassing, zo oordeelt de vrederechter. In Marokko wordt de voogdij toevertrouwd aan de Kadi (de voogdijrechter) met uitsluiting van een familieraad (louter consulta-

(14) Vred. Gent, 29 september 1982, *T.Vred.*, 8.

tief). De vrederechter besluit dat naar Belgisch recht de voogdijrechter de vrederechter is.

De vrederechter voegt daaraan toe : *"De familieraad heeft een louter consultatieve bevoegdheid, en bovendien, is het onmogelijk een familieraad conform het Belgisch recht samen te stellen. Er zijn immers geen familieleden noch vrienden, op wie een beroep gedaan kan worden."*

Hier is de beschikking van de vrederechter wel erg verwarrend. Enerzijds stelt hij immers dat er geen familieraad dient samengesteld te worden vermits in het Marokkaans recht deze familieraad louter consultatieve bevoegdheid heeft, anderzijds verwijst hij naar het Belgische recht door te stellen dat er geen familieraad naar Belgisch recht kan worden samengesteld.

Overeenkomstig "het Marokkaans recht", organiseert de vrederechter de voogdij. Hij stelt twee plaatsvervangende vrederechters aan als respectievelijk, datieve voogd en toeziende datieve voogd. Een notaris wordt belast met de opstelling van de inventaris van de nalatenschap. De bedragen, die toekomen aan de minderjarigen moeten geplaatst worden door de datieve voogd op een spaarboekje bij de ASLK of het Gemeentekrediet.

In het bovenstaande geval treedt de vrederechter op als voogdijrechter. Hij stelt geen familieraad samen. Hij fundeert deze beslissing door te verwijzen naar het personeel statuut van de minderjarigen, maar hij doet in geval van hoogdringendheid beroep op de Belgische rechtsregels.

2. Vrederegerecht van Kanton B (Arrondissement I).

Het onderstaand geval dat betrekking heeft op Griekse minderjarigen is een mooie illustratie van de werkwijze van de vrederechter van Kanton B. Meestal gaat de vrederechter als volgt te werk : ofwel raadpleegt hij een losbladig rechtsvergelijkend werk ¹⁵, ofwel wendt hij zich tot het Ministerie van Buitenlandse Zaken of tot de Ambassade van het betrokken land.

a. De feiten.

Een Griekse moeder overlijdt. Zij laat haar man en twee minderjarige Griekse kinderen na. De vrederechter ontvangt het overlijdensbericht met het oog op de organisatie van de voogdij.

(15) *Juris Classeur*, Droit Comparé, Editions Techniques, Parijs.

b. De organisatie van de voogdij.

Alvorens over te gaan tot de organisatie van de voogdij, vraagt de vrederechter de toestemming van de Consul-Generaal van Griekenland. Hij vraagt ook de relevante wetsartikelen uit het Grieks B.W. op te sturen.

De voogdij wordt georganiseerd overeenkomstig de Griekse wetgeving, d.w.z. overeenkomstig de Belgische verwijzingsregels inzake voogdij, de nationale wet van de minderjarige. Artikel 1598 van het Grieks B.W. bepaalt dat indien de moeder overleden is, de vader van rechtswege voogd is. Bovendien wordt overeenkomstig artikel 1606 Grieks B.W. een toezienend voogd aangesteld door de "Rechtbank" op advies van de "familieraad".

De **familieraad** wordt samengesteld daar, waar de vader van de minderjarige zijn woonplaats heeft. Zij wordt als volgt samengesteld : de vrederechter fungeert als voorzitter en van elke zijde van de familie zijn er drie leden (artikel 1612 Grieks B.W.).

Een kritische vraag die men kan stellen is of de oplossing van het substitutieprobleem in een bepaalde richting wordt gestuurd door het Consulaat. Immers in de Franse vertaling van de relevante wetsartikelen leest men "Juge de Paix".

De **voogd** heeft krachtens artikel 1631 van het Grieks B.W. de bevoegdheid de minderjarige in elke rechtshandeling te vertegenwoordigen m.b.t. zijn personeel statuut en zijn vermogen. Artikel 1647 Grieks B.W. bepaalt dat de voogd niet in naam van de minderjarige een onroerend goed kan vervreemden of een lening kan aangaan, zonder de machtiging van de "Rechtbank", in overeenstemming met een voorafgaand advies van de "familieraad".

In casu wordt een familieraad ingericht overeenkomstig het Grieks recht. De vader is voogd, de grootmoeder langs moederszijde is toezienend voogd. De familieraad bestaat uit 3 leden langs vaderlijke lijn : de vader, de grootvader en de grootmoeder en uit drie leden langs moederszijde : de grootvader, de grootmoeder en een achternicht. De vrederechter fungeert als voorzitter.

De familieraad neemt een eerste beslissing. Zij beslist het volgende : *"De familieraad stelt een notaris aan die belast wordt met het opstellen van een inventaris om het deel van de kinderen in de nalatenschap van de moeder te kunnen bepalen. In afwachting moeten de geldsommen die toekomen aan de kinderen geblokkeerd worden indien ze meer dan 100 000 fr. bedragen en dit overeenkomstig 1639 Grieks B.W."*

De notaris stelt een inventaris op en bepaalt als volgt : *"de kinderen zijn de reservataire erfgenamen omdat de echtgenoten bij gebrek aan huwelijkscontract, op grond van de Belgische rechtspraak en het sociaal en economisch leven in België vallen onder het Belgisch wettelijk stelsel"*.

Terzijde dient opgemerkt te worden dat het statuut van reservataire erfgenaam afgeleid dient te worden uit het erfrecht en niet zoals foutieflijk door de notaris gesteld, uit het huwelijksvermogensrecht.

Daarop neemt de familieraad een tweede beslissing, zij geeft de toelating tot vestiging van een wettelijke hypotheek.

c. De machtiging tot de verkoop en de homologatie.

De familie wenst terug naar Griekenland te vertrekken. Overeenkomstig artikel 1647 Grieks B.W. is het **voorafgaand advies** van de "familieraad" nodig en de **machtiging** door de "Rechtbank". In casu geeft de familieraad, samengesteld overeenkomstig het Grieks recht en voorgezeten door de vrederechter, de machtiging tot verkoop van het onroerend goed. Deze beslissing van de familieraad wordt voorgelegd ter homologatie aan de Rechtbank van Eerste Aanleg. Dit alles gebeurt op grond van de artikelen 1186 en 1193bis van het Gerechtelijk Wetboek.

Professor LENAERTS gaat akkoord met de bovenstaande zienswijze, namelijk het betrekken van de artikelen 1186 en 1193bis van het Gerechtelijk Wetboek in de procedure.

Men zou ook kunnen stellen dat in het Grieks recht de familieraad slechts een voorafgaand advies geeft, terwijl de Rechtbank de machtiging geeft. Het zou dan misschien ook mogelijk zijn de familieraad samen te stellen en haar, overeenkomstig het Grieks recht, een advies te laten uitbrengen (geen machtiging zoals in het Belgisch recht) en de Rechtbank van Eerste Aanleg de machtiging laten verlenen op grond van haar algemene residuaire bevoegdheid.¹⁶

In het bovenstaande geval stelt de vrederechter een familieraad samen, conform de nationale wet van het kind. De familieraad geeft de machtiging tot de verkoop en de Rechtbank van Eerste Aanleg homologeert deze beslissing. Dit gebeurt op basis van de artikels 1186 e.v. Ger.W.

(16) LENAERTS, K., R.W., 1989-90, 904.; VAN MENSEL, A., *T. Vred.*, 1986, 170.

3. *Vrederecht van Kanton C (Arrondissement I).*

De vrederechter van Kanton C richt de voogdij niet in, evenmin stelt hij een familiaaraad samen, wanneer de minderjarigen geen Belgen zijn.

Wanneer vreemdelingen toch beroep doen op de vrederechter met het verzoek de voogdij in te richten over een minderjarig kind, dan vraagt de vrederechter aan deze buitenlanders zich te wenden tot hun Consulaat, om een voorafgaande "machtiging" te verkrijgen van het betrokken Consulaat.

De meeste vreemdelingen keren niet terug met de vraag de voogdij in te richten. Hieruit leidt de griffier af dat de meeste Consulaten zulk een "machtiging" niet geven aan de Vrederechter. De griffier vermoedt dan ook dat de betrokken Consulaten de voogdij zelf inrichten.

De vrederechter past deze werkwijze toe met betrekking tot alle minderjarige buitenlanders. Dit gebeurde evenwel pas na een onderhoud dat de vrederechter had met een gezant van het Tunesisch Consulaat. Deze protesteerde tegen de toepassing van het Belgisch recht inzake voogdij.

Het probleem van de **verkoop van een onroerend goed** toebehoorend aan een buitenlandse minderjarige stelde zich nog niet, daarom kon men hieromtrent geen uitleg verschaffen.

Inzake voogdij verwijst de vrederechter van dit Kanton de vreemdelingen naar hun Consulaat.

4. *Vrederecht van Kanton D (Arrondissement I).*

In **voogdijzaken** maakt deze vrederechter een onderscheid tussen enerzijds minderjarigen afkomstig uit Magreblanden (meerderheid van de gevallen) en anderzijds minderjarigen afkomstig uit niet-Magreblanden (komt zelden voor).

Voogdijzaken die betrekking hebben op kinderen uit *Magreblanden* worden verwezen naar de betrokken Ambassade of het Consulaat.

Voor minderjarigen uit *niet-Magreblanden* valt de voogdij in de meerderheid van de gevallen pas open wanneer beide ouders overleden zijn. Dit gebeurt uiterst zelden.

Met betrekking tot de **verkoop van onroerende goederen van buitenlandse minderjarigen**, deelde de griffier ons het volgende mee: "*Met betrekking tot de vertegenwoordiging, wordt het personeel recht toe-*

gepast. Er wordt dus geen familieraad samengesteld. In sommige gevallen kan een voogd ad hoc worden aangesteld. Dit gebeurt door de Rechtbank van Eerste Aanleg. De formaliteiten die gepaard gaan met de verkoop van het onroerend goed worden onderworpen aan het Belgisch recht, zijnde de artikels 1186 e.v. Ger.W."

De vrederechter van het Kanton D verwijst het grootste gedeelte van de vreemdelingen (Magreblanden) inzake problemen van voogdij naar hun Consulaat. Inzake de verkoop van onroerende goederen wordt de procedure van 1186 e.v. Ger.W. gevolgd. Vermoedelijk verleent de vrederechter alleen de machtiging tot verkoop - er wordt namelijk geen familieraad samengesteld - en homologeert de Rechtbank van Eerste Aanleg deze beslissing.

5. Arrondissement II, Vrederecht van Kanton E en de Rechtbank van Eerste Aanleg X.

In het arrondissement II werd informatie verkregen door toedoen van de vrederechter van Kanton E. Deze vrederechter verschaftte ook informatie over de Rechtbank van Eerste Aanleg X. Kanton E ligt in het arrondissement van de betreffende Rechtbank. Vervolgens was er ook een telefonisch onderhoud met de vrederechter van Kanton F.

Tussen de vrederechter van Kanton E en de Rechtbank van Eerste Aanleg X ontspoon zich een interessante discussie met betrekking tot de bevoegdheid van de vrederechter en de familieraad enerzijds, en de Rechtbank van Eerste Aanleg anderzijds. De discussie handelde over de vertegenwoordiging van buitenlandse minderjarigen bij de verkoop van een onroerend goed. Het eerste geval betreft Marokkanen. Dit geval illustreert de stellingen en de onderliggende motivering van de beide instanties het duidelijkst.

a. De verkoop van een onroerend goed toebehorend aan Marokkaanse minderjarige kinderen.

(i). De feiten.

Een Marokkaanse weduwe, moeder van acht kinderen wenst een woonhuis, gelegen in het Kanton E, te verkopen. Vier van de acht kinderen zijn minderjarigen, één minderjarige dochter is gehuwd. Bij het overlijden van de man wordt de nalatenschap aan de weduwe in vruchtgebruik en aan de kinderen in blote eigendom toebedeeld. Het onroerend goed was destijds aangekocht door de echtgenoten.

(ii). De organisatie van de voogdij.

De moeder-voogd. De moeder treedt op ten persoonlijke titel en als moeder-voogdes over haar drie ongehuwde minderjarige kinderen. Alleen zij werd als voogd aangesteld in een beschikking, uitgesproken door de Jeugdrechtster van Ksar-El-Kebir in Marokko (cfr. het verzoekschrift aan de Rechtbank van Eerste Aanleg X.).

De familieraad. Het is niet helemaal duidelijk of de familieraad, voorgezeten door de vrederechter, de weduwe machtigde om, optredend als wettig voogd over haar drie ongehuwde minderjarige kinderen, het pand te verkopen. In de ontwerp-akte wordt wel melding gemaakt van een familieraad, maar noch in het verzoekschrift tot machtiging, noch in het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg wordt verwezen naar de beslissing van de familieraad.

De raadsman van de verkopers legt een verzoekschrift neer. Volgens de raadsman is de weduwe de enige voogd en kent het Marokkaans recht **geen toeziend voogd**. Hij vraagt in het verzoekschrift de Voorzitter van de Rechtbank een **voogd ad hoc** aan te stellen. Deze zal de minderjarige kinderen vertegenwoordigen bij de verkoop van het pand.

De vrederechter is het echter niet eens met deze zienswijze. Naar zijn mening dient er geen voogd ad hoc aangesteld worden. Deze rechtspraak heeft volgens hem tot gevolg dat : *"de beoordeling over de opportuniteit van een aanstelling van een voogd ad hoc en de eventuele aanstelling ervan worden onttrokken aan de familieraad."*

In een beschikking stelt de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg een raadsman aan als voogd ad hoc over de drie ongehuwde minderjarige kinderen. Dit gebeurt krachtens **artikel 378 B.W.**. De Voorzitter neemt de motivering van het verzoekschrift over. De aanstelling van een voogd ad hoc over één minderjarige wordt geweigerd. Deze vrouw is immers gehuwd met een Marokkaan, die in zijn hoedanigheid van echtgenoot geacht wordt "haar voogd" te zijn (cfr. de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg).

(iii). De machtiging tot verkoop door de Rechtbank.

De raadsman van de verkopers verzoekt de Rechtbank de machtiging te verlenen om over te gaan tot de onderhandse verkoop. Zij wensen het woonhuis te verkopen, voor de prijs van 450.000 frank, een redelijke prijs, zo meent de expert-schatter.

Voor de minderjarige kinderen treedt de voogd ad hoc op, voor de minderjarige, die ontvoegd is door huwelijk, treedt de "echtgenoot-curator" op. In afzonderlijke verklaringen stemmen ze in met de onderhandse verkoop.

Opmerkelijk is de stelling van de raadsman van de verkopers met betrekking tot de aanstelling van een voogd ad hoc naar Belgisch recht. De raadsman is namelijk van mening dat het Marokkaans recht geen toezien-de voogd kent, en dat daarom een voogd ad hoc dient aangesteld te worden. Deze stelling werd overgenomen door de Voorzitter van de Rechtbank.

De juistheid van deze stelling moet onderzocht worden. Het Marokkaans recht kent de instelling van de voogd "ad hoc".¹⁷ Artikel 162 van de Mudawwana bepaalt: "*Wanneer de rechter de testamentaire voogd of de datieve voogd machtigt een goed te verwerven van de onbekwame voor zijn eigen rekening vermits deze operatie voordelig is voor deze laatste, dan moet een persoon aangewezen worden die de onbekwame vertegenwoordigt, die aanvaardt in zijn naam en die de belangen van de minderjarige vrijwaart tegenover de voogd waarmee hij een overeenkomst sluit.*" In juris-classeur vindt men dezelfde redenering: "*een voogd "ad hoc" wordt aangesteld om de belangen van de pupil te vertegenwoordigen m.b.t. die rechtsbandelingen, waarin de voogd en de pupil tegenstrijdige belangen hebben.*"

In principe wordt het toezicht op de voogd uitgeoefend door de voogdijrechter. Toch biedt artikel 155 van de Mudawwana de mogelijkheid voor de rechter om een toezien-datieve voogd aan te stellen. Deze is belast met het toezicht op het bestuur van de (datieve) voogd, hij moet de voogd raad geven in verband met operaties, die een voordeel inhouden voor het vermogen van de onbekwame. De toezien-de voogd brengt de rechter op de hoogte wanneer hij de onbekwaamheid van de voogd vaststelt of wanneer hij de "dissipation" van de goederen van de minderjarige vreest. De motivering die de raadsman van de verkopers hanteert om de Voorzitter van de Rechtbank te overtuigen om een voogd ad hoc aan te stellen krachtens artikel 378 B.W. is dus niet overtuigend. In het Marokkaans recht bestaat wel degelijk een "toezien-de voogd"¹⁸.

Het voogdijverdrag van 1902 bepaalt echter wel het volgende: "*Evenwel wordt de voogdij van de minderjarige die zijn gewone verblijf in den vreemde heeft, ingesteld en uitgeoefend overeenkomstig de ter plaat-*

(17) LENAERTS, K., R.W., 1989-90, 904.; VAN MENDEL, A., T. Vred., 1986, 170.

(18) LENAERTS, K., l.c., R.W., 1989-90, 904.; VAN MENDEL, A., l.c., T. Vred., 1986, 170.

se geldende wet, indien in voogdij niet of niet kan worden voorzien overeenkomstig de artikelen 1 en 2." ¹⁹.

Merkwaardig is evenwel dat de Voorzitter een voogd ad hoc aanstelt op basis van artikel 378 B.W. In het Belgisch recht wordt een voogd ad hoc aangewezen, als er een daadwerkelijke belangenconflict bestaat tussen de minderjarige en zijn beide ouders, om de minderjarige te vertegenwoordigen bij de rechtshandeling of in het rechtsgeding waarin zijn ouders met hem tegengestelde belangen hebben ²⁰.

Eveneens opmerkelijk is de terminologische verwarring met betrekking tot de echtgenoot van één minderjarige dochter, nu eens wordt hij "voogd van rechtswege" genoemd, dan weer "echtgenoot-curator".

De Rechtbank van Eerste Aanleg machtigt de verzoekers over te gaan tot de onderhandse verkoop van het woonhuis. De verkoop zal gehouden worden ten overstaan van de vrederechter, en in tegenwoordigheid van de voogd ad hoc en de echtgenoot-curator.

Voor en namens de minderjarige kinderen stemt de voogd ad hoc toe, voor de ontvoogde minderjarige stemt de echtgenoot-curator toe. Nergens in het vonnis wordt melding gemaakt van de hoedanigheid van "wettelijk voogd" van de moeder.

Hier wordt niet nagegaan of de voorwaarden van artikel 159 van de Mudawwana **cumulatief** vervuld zijn ²¹.

De verkoop vindt plaats ten overstaan van de vrederechter van het Kanton E, onder toepassing van artikel 1187 en 1193bis van het Gerechtelijk Wetboek. De moeder treedt hier op ten persoonlijke titel en als moeder-voogdes van rechtswege. Zij vertegenwoordigt haar drie ongehuwde minderjarige kinderen samen met hun advocaat, die werd aangeduid als voogd ad hoc. De minderjarige ontvoogde dochter wordt bijgestaan door haar echtgenoot, curator van rechtswege.

Het optreden van de moeder in haar hoedanigheid van voogd samen met de voogd ad hoc is wel merkwaardig vermits in het vonnis van de Rechtbank geen melding wordt gemaakt van de hoedanigheid van voogd in hoofde van de moeder. Er wordt enkel vermeld dat zij optreedt "ten persoonlijken titel". De verklaring is misschien te vinden in het feit dat

(19) VANHECKE, G., *o.c.*, 29.

(20) SENAEVE, P., *Compendium van het personen-en familie-recht*, I, Leuven, Acco, 1989, 200.

(21) ROMMEL, G., "Vente immobilière et emprunt par un mineur marocain", *T.Vred.*, 1986, 183-185.

notarissen geen risico nemen bij het opstellen van (verkoop)akten, en zodoende de nodige waarborgen trachten in te bouwen.

In het bovenstaande geval treden een voogd ad hoc, aangesteld door de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg op basis van artikel 378 B.W., en een echtgenoot-curator op als vertegenwoordigers van de minderjarigen bij de verkoop van het onroerend goed. De Rechtbank van Eerste Aanleg verleent de machtiging tot verkoop. Er werd geen familieraad samengesteld.

b. De verkoop van een onroerend goed toebehorend aan Oegandese minderjarige kinderen.

(i). De feiten.

Een Oegandees verliest zijn echtgenote en hij blijft alleen achter met drie minderjarige kinderen. Een tiental jaar na het overlijden van zijn echtgenote wenst hij het woonhuis te verkopen.

(ii). De organisatie van de voogdij. Deze Oegandees heeft het statuut van vluchteling. Hij wordt geacht de wettige voogd te zijn over zijn drie minderjarige kinderen. De familieraad, voorgezeten door de vrederechter en samengesteld uit de broer van de vader en enkele bekenden beslist deze broer aan te stellen als toeziend voogd. Deze beslissing dateert van 1979.

(iii). De machtiging tot verkoop van het onroerend goed. In 1988 besluit de familie naar Canada te verhuizen. Zij wenst het woonhuis, gelegen in België te verkopen aan een Marokkaans gezin. Uit de stukken blijkt dat alle familieleden intussen de Belgische nationaliteit hebben verworven. De verkoop gebeurt dan ook volgens het Belgisch recht.

Enkel de organisatie van de voogdij is interessant voor onze bespreking. Het gaat hier over Oegandese vluchtelingen.

Voor vluchtelingen gebruikt men voor de verwijzingscategorie de bekwaamheid de subsidiaire aanknopingsfactor van de woonplaats. Wat bij deze dan ook gebeurde: het Belgisch recht werd toegepast. Het is echter niet duidelijk of de vrederechter deze redenering (impliciet) volgde of zondermeer het Belgisch recht toepaste²².

In het bovenstaande geval, dat betrekking heeft op vluchtelingen, wordt de voogdij ingericht overeenkomstig het Belgisch recht. Op welke grond dit gebeurt is echter onduidelijk.

(22) VANHECKE, G., o.c., 200.

6. Vrederecht van Kanton F (Arrondissement II).

De vrederechter van Kanton F geeft een erg praktische oplossing aan het probleem.

In het kanton F hebben de buitenlanders voornamelijk de Nederlandse nationaliteit. Wanneer er zich een probleem met betrekking tot het openvallen van de voogdij of meer specifiek met betrekking tot de verkoop van een onroerend goed van een Nederlandse minderjarige voordoet, verwijst de vrederechter de betrokkenen naar een welbepaald kantongerecht in Nederland.

Artikel 345 van het Nederlands B.W. bepaalt immers dat de voogd voor de verkoop van een onroerend goed toebehorend aan een minderjarige de machtiging nodig heeft van de "kantonrechter". In het Nederlands recht is het niet vereist dat de verkoop openbaar geschiedt of in aanwezigheid van een rechter²³.

De vrederechter omzeilt het substitutieprobleem, door de betrokkenen te verwijzen naar de Nederlandse "kantonrechter" op basis van "een verdrag". Welk verdrag bedoeld wordt, is echter onduidelijk.

Waarschijnlijk wordt het Belgisch-Nederlands Verdrag bedoeld. Dit verdrag heeft enkel betrekking op de internationale bevoegdheid en erkenning en exequatur. Sommigen achten het echter niet van toepassing op de organisatie van de voogdij. Het verdrag regelt enkel bevoegdheidsconflicten²⁴. Het is dus twijfelachtig of dit verdrag wel de juiste basis vormt voor een doorverwijzing van de Nederlanders door een Belgische vrederechter naar de kantonrechter in Nederland.

Zo wordt de voogdijvoorziening (na echtscheiding) niet door het verdrag geregeld maar door het Nederlands recht. Als het kind echter in België woont, zelfs al heeft het de Nederlandse nationaliteit, kan de Nederlandse rechter zich als "forum non conveniens" onbevoegd verklaren. Het Kinderbeschermingsverdrag van 1961 derogeert wel in principe aan het Belgisch-Nederlands Verdrag maar het is slechts toepasselijk op kinderen die hun gewone verblijfplaats hebben in een verdragsland, wat België niet is²⁵.

De vrederechter kan het substitutieprobleem misschien beter oplossen door de Nederlanders te verwijzen naar de Rechtbank van Eerste Aan-

(23) Rb. Dendermonde, 3 april 1980, *Réc. Gen. Enr. Not.*, 1981, 116.

(24) GANSHOF, F.L., "La protection des biens des mineurs dans les relations internationales", *B.T.I.R.*, 1980, 149-164.

(25) VERHEUL, J.P., *Rechtsmacht in het Nederlands I.P.R.*, II, Maklu, Apeldoorn, 9-10.

leg vermits deze de equivalente instantie is in het Belgisch recht ten aanzien van de Nederlandse Kantonrechter ²⁶.

In het bovenstaande geval verwijst de vrederechter de vreemdelingen (Nederlanders) inzake de organisatie van de voogdij en de verkoop van onroerende goederen van minderjarigen naar de in hun land van herkomst bevoegde rechtbank (Kantonrechter).

7. Arrondissement III, vredegerecht kanton G.

In het arrondissement III werd een bezoek gebracht aan twee vrederechten, namelijk dat van Kanton G en dat van Kanton H.

De vrederechter van G lost de problemen die zich voordoen met betrekking tot het openvallen en de organisatie van *de voogdij* over buitenlandse minderjarige kinderen op aan de hand van het onderstaande schema, dat hij zelf opstelde.

Voor de opstelling van dit schema, baseerde hij zich o.a. op een artikel geschreven door vrederechter ROMMEL, de vrederechter van Sint-Gillis. Dit artikel handelt ondermeer over de inrichting van de Maghrebijnse voogdij.

Wanneer vreemdelingen toch vragen hebben met betrekking tot het openvallen of inrichten van de voogdij, dan worden zij verwezen naar het betrokken Consulaat of Ambassade.

Meer specifiek het probleem van *de verkoop van een onroerend goed*, toebehorend aan buitenlandse minderjarige kinderen wordt opgelost overeenkomstig de procedure, omschreven in artikel 1186 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek.

De vrederechter van dit Kanton lost de problemen inzake voogdij op aan de hand van een zelf opgesteld schema, dat zijn oorsprong vindt in de toepassing van de nationale wet van het kind. Het probleem van de verkoop van onroerende goederen wordt opgelost overeenkomstig de artikels 1186 e.v. Ger.W.. Naargelang het geval wordt een familieraad samengesteld.

8. Vredegerecht van Kanton H.

De vrederechter van Kanton H past met betrekking tot het probleem van de voogdij en meer in het bijzonder de verkoop van onroerende goe-

(26) LENAERTS, K., o.c., R.W., 1986-87, 1863-65.

deren van buitenlandse minderjarigen altijd het Belgisch recht toe, met uitzondering van de leeftijd van meerderjarigheid. T.a.v. dit aspect past hij de nationale wet van de minderjarige toe. Voor Italianen volgt hij een andere procedure. Deze wordt geïllustreerd aan de hand van het onderstaande geval.

a. De feiten.

Op 18 juli 1985 overlijdt M., van Italiaanse nationaliteit, in het Kanton H, ingevolge een ongeval. Hij laat een weduwe en twee minderjarige kinderen na.

b. De organisatie van de voogdij.

De vrederechter nodigt de weduwe uit om een familieraad samen te stellen. De weduwe verzet zich hiertegen, steunend op een schrijven van het Italiaanse Consulaat. In zijn brief vermeldt de consulaire agent het volgende : *"Op basis van het Internationaal Verdrag tot regeling van de voogdij van minderjarigen is de Italiaanse wetgeving van toepassing. Artikel 1 van dit verdrag bepaalt immers dat de voogdij van een minderjarige wordt beheerst door zijn nationale wet. België en Italië zijn beide verdragstaten zodat dit verdrag van toepassing (artikel 9) is op Italianen die hun gewoon verblijf in België hebben"*. De consulaire agent vermeldt eveneens de relevante artikelen van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek (Codice civile): *"Artikel 316 van de Codice bepaalt dat het kind onderworpen is aan de ouderlijke macht tot de meerderjarige leeftijd. Voornoemde macht wordt in wederzijds akkoord uitgeoefend door beide echtgenoten. Ingeval van verwijdering, van onbekwaamheid of van een ander beletsel die de uitoefening van de ouderlijke macht door één van de ouders onmogelijk zou maken, wordt deze ouderlijke macht door de andere ouder op volledige wijze uitgeoefend (artikel 317). Met andere woorden indien er slechts één ouder in leven is, zoals in casu de moeder, dan oefent deze de volledige ouderlijke macht uit en moet er geen familieraad worden samengesteld, vermits de voogdij in een dergelijke hypothese niet openvalt. Pas wanneer beide ouders overleden zijn, valt de voogdij open bij het kantongerecht (artikel 343). In dit geval zal de voogdijrechter de Consul-Generaal zijn."*

De vrederechter vraagt het advies van de *Procureur des Konings*. Deze deelt de visie van het Italiaanse consulaat. Bijgevolg organiseert de vrederechter van dit Kanton de voogdij niet.

De vrederechter van het Kanton H past in de meerderheid van de gevallen inzake voogdij het Belgisch recht toe. Enkel m.b.t. Italianen wordt de Consul-Generaal ingeroepen als voogdijrechter.

9. Arrondissement IV en Rechtbank van Eerste Aanleg Y.

In het arrondissement IV ontving men informatie van de Rechtbank van Eerste Aanleg Y. Via deze rechtbank kreeg men ook het verslag van een familieraad, gehouden voor de vrederechter van het kanton I.

De Rechtbank behandelt de verzoekschriften met betrekking tot de verkoop van onroerende goederen overeenkomstig de artikelen 1186 e.v. Ger.W.. Naargelang het geval wordt er een familieraad samengeroepen, die dan machtiging verleent. Deze machtiging wordt door de Rechtbank gehomologeerd. De leeftijd van meerderjarigheid wordt bepaald overeenkomstig de nationale wet van het kind.

Hierop bestaat slechts één **uitzondering**, namelijk t.a.v. minderjarigen met de Italiaanse nationaliteit. In dat geval is de voogdijrechter de Consul-Generaal van Italië. Zijn "decreet" wordt onderworpen aan de homologatie door de Rechtbank, zoals de machtiging van de familieraad. In dit geval wordt er geen notaris aangesteld.

In het arrondissement van de Rechtbank van Eerste Aanleg Y wordt m.b.t. de vervreemding van onroerende goederen van minderjarige vreemdelingen de procedure van 1186 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek gevolgd. Naargelang het geval wordt een familieraad samengesteld. Uitzondering hierop vormen de Italiaanse minderjarigen. In dit geval wordt het decreet van de Consul-Generaal onderworpen aan de homologatie van de Rechtbank van Eerste Aanleg.

10. Vredegerecht van het Kanton I en de Rechtbank Y.

a. De feiten.

Een Turks echtpaar wenst een woonhuis te kopen, zij wensen hiervoor een hypothecaire lening aan te gaan. De echtgenote is echter minderjarig.

b. De organisatie van de vertegenwoordiging.

De vrederechter van het Kanton I organiseert een familieraad. Deze familieraad moet een beslissing nemen in verband met een hypothecaire lening van een Turkse minderjarige. Deze vervreemding van het patrimonium is afhankelijk van de machtiging van de familieraad, die dient gehomologeerd te worden door de Rechtbank (artikel 483 B.W.). Het zestienjarig Turks meisje is gehuwd met een meerderjarige Turkse man.

Door haar huwelijk is zij ontvoegd en is haar echtgenoot van rechtswege haar curator, meent de vrederechter.

c. De machtiging tot de lening.

Het echtpaar wenst een goed ter waarde van 1.500.000 fr. te kopen. Om deze koop te kunnen financieren dienen zij een lening van 1.500.000 fr. aan te gaan. De echtgenote moet overeenkomstig artikel 483 B.W de machtiging bekomen van de familieraad. Er wordt een familieraad samengesteld, bestaande uit de schoonvader, de schoonmoeder, de schoonbroer, de schoonzus en twee vrienden. Zij machtigt de minderjarige om samen een lening aan te gaan.

Deze beslissing wordt neergelegd ter homologatie door de Rechtbank.

Opvallend is dat hier gewoon toepassing van het Belgisch recht wordt gemaakt. In het Belgisch recht bestaat er geen sanctie met betrekking tot de samenstelling van de familieraad, aangezien deze enkel dient samengesteld te zijn in het belang van de minderjarige. Men zou zich kunnen afvragen of dit hier wel het geval is vermits zij is samengesteld uit bijna enkel leden van de familie van de man. Het belang van de minderjarige is echter een Belgisch criterium. Bovendien treedt de echtgenoot hier op als vertegenwoordiger van zijn minderjarige vrouw. Ook in het geval van de Marokkaanse minderjarige gehuwde vrouw in het Kanton E treedt de echtgenoot op als curator. De instelling van de curator is een typisch Belgische instelling, die betrekking heeft op de ontvoegding.

In het bovenstaande geval verleent de familieraad, voorgezeten door de vrederechter de machtiging tot lening. De echtgenoot-curator treedt op als vertegenwoordiger van de minderjarige. De Rechtbank van Eerste Aanleg homologeert deze beslissing. Dit gebeurt op basis van artikel 1186 e.v. van het Ger.W..

III. BEPERKT OVERZICHT EN POGING TOT SYNTHESE.

De verzamelde informatie is zeer verspreid en partieel. Het is dan ook niet eenvoudig een globaal overzicht te geven van de praktijk van de vrederechter inzake voogdij en de vervreemding van onroerende goederen. Dit vindt vooral zijn oorzaak in het feit dat de meeste rechters niet vaak met zulke gevallen geconfronteerd worden. Bovenstaande gevallen zijn dan meestal ook **alleenstaande** gevallen. Ook zal de vrederechter meer met personen van één of meer welbepaalde nationaliteiten te maken hebben.

Zo wordt de ene rechter vooral geconfronteerd met mensen afkomstig uit de Magreb-landen, terwijl een andere vrederechter bijna uitsluitend met Nederlanders te maken heeft en nog een andere duidelijk meer ervaring met Italiaanse staatsburgers heeft.

Dit overzicht zal dan ook beperkt blijven tot de werkwijze die de rechters er op na houden in hun contacten met Marokkaanse minderjarigen en Italiaanse kinderen.

Opmerkelijk is ook dat er met betrekking tot de organisatie van de voogdij en de verkoop van onroerende goederen van buitenlandse minderjarige kinderen, regionaal soms grote verschillen opduiken.

In het arrondissement III bijvoorbeeld, hoewel de Kantons G en H slechts vijftien kilometer van elkaar verwijderd zijn en hoewel regelmatig een vergadering van de plaatselijke vrederechters georganiseerd wordt, geven de beide vrederechters een andere oplossing aan hetzelfde probleem. Zo past de vrederechter van Kanton G de nationale wet van het kind toe inzake voogdij. De vrederechter van Kanton H past altijd het Belgisch recht toe inzake voogdij, enkel m.b.t. Italianen maakt hij een uitzondering.

Ook in het arrondissement I duiken merkbare verschillen op.

A. MAROKKANEN.

De tegenstelling in de gegeven oplossingen kan waarschijnlijk het best geïllustreerd worden aan de hand van de gevallen die betrekking hebben op Marokkaanse minderjarigen. In het onderstaande schema proberen we de verschillende opvattingen voor te stellen.

Zo stelt de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg X een voogd ad hoc aan ter vertegenwoordiging van de Marokkaanse minderjarige bij de verkoop van een onroerend goed. Machtiging wordt verleend door de Rechtbank.

De Brusselse Rechtbank verleent machtiging tot verkoop aan de wettelijke voogd. Deze vertegenwoordigt de minderjarige ²⁷.

De vrederechter van Sint-Gillis stelt een datieve voogd en een datieve toeziende voogd aan, hij stelt geen familiaaraad samen. De motivering die hij hiervoor geeft is enigzins verwarrend en tegenstrijdig. Zo stelt de vrederechter enerzijds dat men **geen familiaaraad** moet inrichten vermits in

(27) Rb. Brussel, 30 september 1985, *T.Vred.*, 1986, 181, met noot ROMMEL, G.

Marokko de familieraad slechts een consultatieve bevoegdheid heeft, terwijl anderzijds om redenen van hoogdringendheid er geen familieraad naar Belgisch recht kan samengesteld worden. De vrederechter machtigt de datieve voogd het woonhuis te verkopen. De Rechtbank van Eerste Aanleg homologeert deze verkoop ²⁸.

In de kantons H, I en E stelt de vrederechter een **familieraad** samen, die de machtiging tot verkoop geeft. De Rechtbank homologeert de verkoop. Hier past men eveneens de artikels 1186 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek toe.

In de kantons C en D worden problemen in verband met voogdij verwezen naar het Marokkaans **Consulaat**. In Kanton D stelt men **geen familieraad** samen. Ingeval van vervreemding van een onroerend goed, geeft de vrederechter machtiging en homologeert de Rechtbank.

In de meeste gevallen, zo blijkt, worden de artikels 1186 e.v. Ger.W. toegepast. Het enig markant verschilpunt bestaat in het al dan niet samenstellen van een familieraad. Afhankelijk van de minder- of meerderjarigheid van de persoon die de vordering tot verkoop instelt, moet, conform de aangehaalde artikels, de familieraad een machtiging geven.

Opvallend is de discussie met betrekking tot de bevoegdheid. Welke instantie is nu bevoegd de voogdij te organiseren of meer nog welke instantie moet de machtiging tot verkoop van een onroerend goed verlenen? Is dit de Rechtbank van Eerste Aanleg of is dit de familieraad voorgezeten door de vrederechter of kan de vrederechter in bepaalde omstandigheden alleen machtiging verlenen of is het consulaat bevoegd ²⁹?

Uit een praktijkonderzoek van H. NUYTINCK blijkt dat de vrederechter in de voogdijwerking een steeds belangrijker rol gaat spelen. Hij haalt heel wat bevoegdheden naar zich toe, zonder dat hiervoor een wettelijke basis bestaat. Dit kunnen we onder de noemer van het zogenaamde *paralegaal optreden van de vrederechter* brengen. ³⁰

B. ITALIANEN.

In verband met Italiaanse onderdanen bestaat er blijkbaar meer eensgezindheid op het vlak van de bevoegdheid. Met betrekking tot de voogdij over Italiaanse minderjarigen kan men besluiten tot een eenvormige werkwijze in bepaalde rechtbanken. Blijkbaar is de Italiaanse wetgeving

(28) Vred. Sint-Gillis, 25 maart 1987, *T.Vred.*, 165.

(29) Het substitutieprobleem wordt behandeld in de Inleiding.

(30) NUYTINCK, H., De vrederechter en de familieraad in de praktijk van de voogdij over minderjarigen., *T.Vred.*, 1980,3-13.

beter gekend en wordt zij correcter toegepast. Ongetwijfeld vindt dit zijn oorzaak in het feit dat het Italiaans Consulaat nauwgezet toeziet op de correcte toepassing van het Italiaans recht. Inzake voogdij is de Consul-Generaal de voogdijrechter en deze onderzoekt ook alle verzoeken m.b.t. de verkoop van onroerende goederen van minderjarigen.

De Consul brengt inzake elk verzoek een decreet uit, waarbij hij steeds de relevante wetsartikels uit de Codice Civile vermeldt. Dit decreet wordt net zoals een beslissing van de familieraad onderworpen aan de homologatie van de Rechtbank van Eerste Aanleg. Deze werkwijze wordt gevolgd in kanton I, G en H. Voor Italianen blijkt men toch in de richting te gaan van een uniforme oplossing binnen en buiten de arrondissementsgrenzen.

Opvallend is wel dat m.b.t. Italianen de bevoegdheid van de Consul algemeen aanvaard wordt, terwijl m.b.t. andere nationaliteiten de verschillende vrederechters er een andere werkwijze op na houden.

IV. EVALUATIE.

Wanneer men de bovenstaande gegevens probeert te evalueren is één ding zeker : de Belgische vrederechter staat (té) onwennig tegenover het internationaal privaatrecht. Hij past vaak gewoonweg Belgisch recht toe zonder dat hij hiervoor enige motivering geeft.

Opvallend is wel dat iedere rechter een **eigen, persoonlijke stempel** drukt op de oplossing gegeven aan het bovenstaande probleem. Toch dient opgemerkt te worden dat het vooral de **hoofdgriffier** en de andere leden van de **griffie** zijn die zich inlaten met het verzamelen van gegevens voor de organisatie van de voogdij. Derhalve zijn zij dikwijls beter op de hoogte van de hele problematiek.

Het blijft een vaststaand gegeven dat de vrederechters een aanzienlijke taak op het gebied van het Internationaal Privaatrecht hebben. Het familierecht levert echter de grootste moeilijkheden op op dit vlak. Dit is misschien een mogelijke verklaring voor de onwennigheid van de rechter t.a.v. het I.P.R. Door de toenemende mobiliteit van personen, stijgt het aantal internationale gevallen. Zo wordt in de sector van het rechterlijk massawerk de routine plots gebroken, waarbij veelal niet-westers recht opduikt. Bovendien ontstaan er door de sociale geladenheid van de problematiek complicaties met de Belgische I.P.R.- Openbare Orde en is er dikwijls weinig tijd om inlichtingen te vragen ³¹. Een mooie illustratie hiervan is het geval van de marokkaanse vader-voogd, die in de gevan-

(31) KOTTING, R., "Buitenlands recht : opgave of opgeven", in *Hoe vreemd is buitenlands recht?*, Kluwer, Deventer, 1979, 71-85.

genis verblijft. De vrederechter die door zijn ervaring een kenner geworden is op het gebied van Marrokaans familierecht, probeert zo snel mogelijk een efficiënte oplossing aan het probleem te geven.

Het gebrek aan tijd en ervaring vormt waarschijnlijk de voornaamste oorzaak van de slechte toepassing van het I.P.R. in de praktijk. Welke zijn de mogelijke oplossingen voor dit probleem? Talrijke oplossingen zijn reeds geformuleerd.

De laatste jaren drukt men op de behoefte aan **specialisatie** binnen de rechtbanken. Zo wordt de noodzaak tot specialisatie van advocaten niet meer betwist. Maar waar staat de magistratuur? De Belgische burgerlijke rechtspraak gaat onder het vaandel van de gemeenschap; de Belgische rechter is een generalist³².

Zo pleit men in het kader van een gerechtelijke hervorming voor bijvoorbeeld de samensmelting van de bestaande rechtbanken in een grote arrondissementsrechtbank, onderverdeeld in verschillende afdelingen, met een kamer speciaal bestemd voor de zaken met buitenlandse elementen. Op die manier kan vermeden worden dat een rechter bij gebrek aan kennis en ervaring al te veel tijd moet besteden aan een voor hem zelden voorkomend probleem van I.P.R.

Ook spreekt men soms ook van een reizend rechterschap. Dit zou inhouden dat een familierechter langs het circuit gezonden wordt. Deze oplossing is echter enkel mogelijk binnen het kader van een grondige gerechtelijke hervorming.

Andere meer bescheiden en meer werkzame voorstellen gaan veeleer in de richting van samenwerking en uitwisseling van dossiers tussen de verschillende vrederechters.

Het probleem blijft echter bestaan. Hoe kunnen onze rechters, het recht van alle landen ter wereld naslaan, hoe moeten zij het begrijpen, hoe moeten zij het interpreteren, hoe moeten zij het correct toepassen?

Een aantal vrederechters proberen dit door een beroep te doen op het consulaat van het betrokken land. Deze consulaten zijn meestal wel bereid de nodige informatie te verstrekken.

Ook rechtsboeken kunnen een grote dienst bewijzen, zo bijvoorbeeld *Juris-Classeur*, een reeks die een overzicht biedt van het toepasselijk recht in een groot aantal landen.

(32) MICHOLT, R., "Mijmeringen over het verdriet van de schildpad", *R.W.*, 1985-86, 1329.

Daarnaast bestaan ook nog andere documentatiecentra, zoals het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de goed uitgeruste universiteitsbibliotheken.

In de meeste bovenstaande gevallen komt de vrederechter in aanraking met migranten, die niet erg bemiddeld zijn en die zich bijgevolg laten bijstaan door een eerder onervaren (pro deo) advocaat. Zij staan bovendien erg huiverachtig ten opzichte van alles wat met "Het Gerecht" te maken heeft.

V. CONCLUSIE.

De basis van dit pleidooi voor een correcte toepassing van het Internationaal Privaatrecht en de kern van de gehele bovenstaande problematiek wordt gevonden in enkele belangwekkende cassatiearresten. Deze arresten verheffen de ambtshalve toepassing van de verwijzingsregel en de ambtshalve toepassing van het buitenlands recht tot principe³³.

De rechter is dus verplicht om **ambtshalve** het toepasselijk buitenlands recht op te zoeken en correct toe te passen en dit onder toezicht van het Hof van Cassatie. Dit impliceert de verplichting om het verwijzingsrecht in te roepen, met ander woorden de rechter moet voor alle materies de verwijzingsregel ambtshalve inroepen.

De verplichting die het arrest van 9 oktober 1980 oplegt aan de rechter betekent dat de rechter in de eerste plaats zijn eigen internationaal privaatrecht moet kennen. Het I.P.R. is Belgisch recht. Uit de bovenstaande verslagen blijkt echter dat een aantal vrederechters niet echt vertrouwd zijn met de complexiteit die het I.P.R. kent. Men mag echter ook niet uit het oog verliezen dat de doorsnee-rechter niet vaak geconfronteerd wordt met I.P.R.-gevallen, maar toch misschien meer dan hij vermoedt.

Wanneer het vreemde recht wordt aangewezen, moet de rechter de rechtsnormen aanbrengen, die op de voor hem gebrachte feiten van toepassing zijn. "*Iura novit curia, da mihi factum, dabo tibi ius.*" Voor dit baanbrekend arrest uit 1980 moesten de partijen zich inspannen om de rechters te helpen bij het opzoeken van het buitenlands recht. Vandaag, anno 1990, zijn, een aantal vrederechters nog steeds dezelfde mening toegedaan.

(33) Cass., 9 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 159.; LENAERTS, K., "Le statut de droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?", In X., *Mélanges offerts à R. Vander Elst*, 529-555.

Hoe zal de rechter een geschil beslechten als hij er ondanks alle inspanningen niet in slaagt de juiste inhoud van het toepasselijk recht vast te stellen? In 1985 nuanceerde het Hof van Cassatie zijn voorafgaande beslissingen door het volgende te stellen: "*si une décision sur l'administration de la personne et les biens des enfants doit être prise en règle, conformément à la loi du statut personnel, (...), cette règle ne s'impose toutefois que sous la réserve, non seulement de l'ordre public international, mais aussi de la suppléance de la lex fori, notamment en raison de l'urgence, dans la mesure où la loi étrangère ne peut s'appliquer immédiatement et pour autant que la lex fori ne supplée que provisoirement à la loi normalement applicable.*" Het Hof aanvaardde in dit specifiek geval, de toepassing van het Belgisch recht, op voorwaarde echter dat de rechter dit voldoende **motiveert**. Deze uitzondering moet echter beperkend geïnterpreteerd worden ³⁴.

Toch moeten we realistisch blijven. Tegen het door het Hof voorgesteld aantrekkelijk beginsel rijzen vele praktische bezwaren. De ambts-halve toepassing van de verwijzingsregels en van het vreemde recht houdt een (té) zware opdracht in voor de meeste vrederechters. Het is dan ook niet volkomen onbegrijpelijk dat een vrederechter in het kader van een snellere, eenvoudigere en goedkopere rechtspleging dikwijls eenvoudig-weg toepassing maakt van het Belgisch recht zonder het verwijzingsrecht of het vreemde recht in overweging te nemen. Dit is niet goed te keuren maar het is begrijpelijk.

De hele problematiek kan het best als volgt samengevat worden: "*Never can a court's position towards truly foreign law be the same as that which it has towards its own legal system.*" Daarbij dient echter niet uit het oog verloren te worden dat ieder land zijn eigen stelsel van verwijzingsregels heeft. Deze vormen (ongekend) "nationaal" recht.

(34) Cass., 12 december 1985, *R.Not.B.*, 1986, 353, met noot VANDERELST, R.