

De procespositie van minderjarigen: onbekwaam dus (on)beschermd?

Iris Vervoort

Onder wetenschappelijke begeleiding
van Prof. Dr. Patrick Senaeve

1. Inleiding

De minderjarigen nemen thans een bijzondere en complexe positie in het recht in.¹ Op de sociale categorie van de jongeren is immers een apart en eigensoortig geheel van rechtsregels toepasselijk.² Deze specifieke regels beogen de minderjarigen tegen hun onwetendheid en onervarenheid te beschermen. Dit beschermingsstatuut is op privaatrechtelijk vlak voornamelijk opgebouwd uit twee bestanddelen, m.n. het ouderlijk gezag en de handelingsonbekwaamheid.³ Deze juridische instellingen hebben tot gevolg dat minderjarigen in theorie een geringe zelfstandigheid en verantwoordelijkheid hebben.

Tussen dit juridisch statuut en de realiteit is er echter een grote discrepantie.⁴ Immers, de gezagsuitoefening over de minderjarige stemt in het dagelijkse leven niet meer overeen met de klassieke ideeën over het ouderlijk gezag.⁵ Dit gezag wordt niet langer beschouwd als een absolute beslissingsmacht, gericht op de bescherming van het kind. Thans ziet men de ouder(s)-kind relatie

¹ G. BAETEMAN, J. GERLO, e.a., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht: 1988-1994", *T.P.R.* 1994, (2073) 2318.

² J. GERLO, "Ten geleide", in C. ELIAERTS, J. GERLO en E. VERHELLEN (eds.), *Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht: tekstbundel van het internationaal congres van 20 december 1990 aan de Rijksuniversiteit Gent*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, IX.

³ B. LEROI, "Het kind en de persoonlijkheidsrechten en grondrechten: in welke mate kunnen deze rechten geëffectueerd worden?", *Jura Falc.* 1992-93, (289) 289-290.

⁴ E. DE GROOTE, "Humanisering van de rechtspositie van beschermde meerderjarigen en minderjarigen in het familierechtelijk proces" in X. (ed.), *Naar een humaner familieprocesrecht: voorstellen tot uniformisering en versoepeling van bevoegdheids- en procedureregels 2*, Leuven, Acco, 1994, 230.

⁵ B. POELEMANS, "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAEVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en van het hoorrecht van de minderjarigen: commentaar op de Wet van 30 juni 1994*, Antwerpen, Maklu, 1997, 67-70.

veeleer als een wisselwerking waarbij ook rekening wordt gehouden met het zelfontplooiings- en zelfbeschikkingsrecht van de minderjarige.⁶ Doel van het ouderlijk gezag wordt het begeleiden van het kind naar volwassenheid.

Ook de handelingsonbekwaamheid geldt in het maatschappelijke leven niet meer absoluut. Minderjarigen worden er meer en meer beschouwd als volwaardige rechtssubjecten. Zo aanvaardt men dat minderjarigen, reeds vanaf een relatief jonge leeftijd, de gewone rechtshandelingen uit het dagelijkse leven kunnen stellen.⁷ Adolescenten kunnen vaak zelf beslissen over belangrijke aangelegenheden die hen betreffen. Geregeld treden zij zelfs zelfstandig op in het rechtsverkeer.

Deze discrepantie tussen recht en werkelijkheid vindt zijn oorsprong in een gewijzigde visie op het kind. Het kind wordt thans uitdrukkelijk erkend als drager van rechten en plichten.⁸ Daarenboven wordt de minderjarige ook steeds meer bekwaam geacht om deze rechten persoonlijk te effectueren. De vraag naar transponering in het recht van deze emancipatorische tendens naar zelfbeschikking van de minderjarige komt steeds duidelijker op het voorplan te staan. Op verschillende wettelijke niveaus, zowel regionaal, nationaal als internationaal, wordt deze vraag, zij het slechts gedeeltelijk, beantwoord.⁹

⁶ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht: evaluatie van de huidige burgerlijke rechtspositie en enkele modellen tot wijziging" (hierna verkort geciteerd "De minderjarige en het burgerlijk recht") in C. ELIAERTS, J. Gerlo en E. VERHELLEN (eds.), *Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht: tekstbundel van het internationaal congres van 20 december 1990 aan de Rijksuniversiteit Gent*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 33-35; S. MOSSELMANS, "Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen: het E.V.R.M., 'The Recommendation on Parental Responsibilities' en het I.V.R.K. als leidraad?", *T.P.R.* 1997, (543) 545.

⁷ P. PEETERS, *Minderjarigen en hun recht van vrijheid en op toegang tot de rechter*, in *Interuniversitair centrum voor staatsrecht. Werken en studies 16*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 25-26.

⁸ E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld en zijn implicaties in het recht en de regelgeving" (hierna verkort geciteerd "Een zich wijzigend kindbeeld") in C. ELIAERTS, J. GERLO en E. VERHELLEN (eds.), *Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht: tekstbundel van het internationaal congres van 20 december 1990 aan de Rijksuniversiteit Gent*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 3.

⁹ Op regionaal vlak heeft men de positie van de jongeren verbeterd door het Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 28 juli 1985 inzake Bijzondere Jeugdbijstand, *B.S.* 5 juli 1986. Zie A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 34-35; *Nationaal* kan de verlaging van de meerderjarigheid van 21 naar 18 jaar door de Wet van 19 januari 1990, *B.S.* 30 januari 1990, en de hieruit voortvloeiende wijziging van de artikelen 145 en 479 van het Burgerlijke Wetboek, als belangwekkend worden aangehaald. Ook andere wetwijzigingen geven het groeiende belang van kinderen in onze samenleving weer. Een voorbeeld hiervan is het hoorrecht van de minderjarige, geregeld in artikel 56 bis Jeugdbeschermingswet, ingevoegd bij art. 24 W. 2 februari 1994, *B.S.* 17 september 1994, en art. 931, 3e-7e lid Ger.W., gewijzigd bij art. 1 W. 30 juni 1994, *B.S.* 21 juli 1994. Verder werd ook de relatie ouders-kind recent gheredefinieerd door de Wet van 13 april 1995, *B.S.* 24 mei 1995. Zie B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag" in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 67-70; zie J. SMETS, R. UYTENDAELE en A. WYLLEMAN, "Burgerlijke meerderjarigheid op achttien jaar", *R.W.* 1989-90, (1384) 1384-1395 en (1416) 1416-1425; *Internationaal* zijn er verschillende verdragen tot stand gekomen over de sociale categorie van de kinderen. Het meest belangwekkende verdrag is zonder twijfel het "Internationaal verdrag

In dit seminariewerk zal ik pogen deze verschillende aanpassingen van de wetgeving aan het gewijzigde kindbeeld en de opinies van een handvol prominente rechtsgeleerden uit België en Nederland met betrekking tot de proces(on)bekwaamheid van minderjarige in burgerlijke rechtsmateries te analyseren en te beoordelen.

Om verschillende redenen wordt de klemtoon gelegd op de procespositie van de minderjarige. De toegang tot de rechter mag dan al niet expliciet in de grondwet ingeschreven zijn, toch wordt het door het Hof van Cassatie beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel.¹⁰ De procesonbekwaamheid van de minderjarige is op dit ogenblik dan ook op zijn minst controversieel te noemen. Kritiek wordt geuit op voornoemde discrepantie tussen recht en werkelijkheid. Ook het feit dat het Belgische recht de minderjarige in sommige situaties door zijn beschermingsreflex “rechtsonbekwaam” laat, geeft aanleiding tot misnoegen. Tenslotte wordt de strijdigheid van de Belgische regeling met het internationale recht aangeklaagd.

Dit seminariewerk beperkt zich tot een aantal burgerlijke rechtsmateries. De strafrechtelijke positie van de jongere in het jeugdbeschermingsrecht zal bijgevolg niet besproken worden. Deze problematiek betreft niet zozeer de procespositie van de jongere - in de regel is de minderjarige hier immers partij - maar wel de proceswaarborgen.¹¹

In het eerste hoofdstuk van deze verhandeling zal ik vertrekkende van een vluchtige functionele blik op de begrippen “ouderlijk gezag” en “materieelrechtelijke handelingsonbekwaamheid” het Belgische recht aangaande de procespositie van de minderjarige onder de loep nemen. Ik zal mij hier hoofdzakelijk beperken tot het schetsen van de huidige problematiek omdat een behandeling in extenso van het Belgische recht onmogelijk is binnen het bestek van een seminariewerk.

Vervolgens zal ik in een tweede hoofdstuk de internationale visie op de procespositie van de minderjarige bespreken. Enkele belanghebbende verdragen worden aan de hand van een aantal pertinente artikelen kort behandeld. Tevens wordt de invloed van deze regelgeving op het Belgische recht nagegaan.

In een derde hoofdstuk worden verscheidene visies uit de Belgische en Nederlandse rechtsleer aangaande de proces(on)bekwaamheid van minderjarigen bestudeerd. Verschillen die gemaakt worden door rechtsgeleerden worden beoordeeld op hun relevantie. Mogelijke modellen van procesbekwaamheid worden uit de doeken gedaan, rekening houdend met hun voor- en nadelen. Een aantal interessante rechtsfiguren worden bekeken.

betreffende de Rechten van het Kind”, dat unaniem werd goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1989 en sedert 2 september volkenrechtelijk in werking is. Nationaal werd dit Verdrag goedgekeurd door de goedkeuringswet van 25 november 1991, *B.S.* 17 januari 1992, en trad het in werking op 15 januari 1992. Zie K. ADRIAENSSSENS, “De rechten van het kind”, *R.W.* 1991-92, (1108) 1108-1109.

¹⁰ Zie E. DE KEZEL, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, *A.J.T.* 1998-99, (249) 249.

¹¹ *Ibid.*, (249) 254.

Tot besluit van deze uiteenzetting zal ik mijn eigen mening over de problematiek van de proces(on)bekwaamheid van de minderjarige - *de lege lata* en *de lege ferenda* - pogen te verwoorden.

2. De procespositie van de minderjarige in het Belgisch familiaal procesrecht

2.1. Het beschermingsstatuut van de minderjarige

Uitgangspunt van de theorie betreffende de minderjarige is zoals voornoemd de beschermingsidee. Deze bescherming vindt zijn uitdrukking voornamelijk in het *ouderlijk gezag* en de *handelingsonbekwaamheid* van de minderjarige.¹² Beide rechtsfiguren blijven in beginsel van toepassing op het kind tot aan zijn meerderjarigheid (art. 372 en art. 488 *a contrario* B.W.).¹³ De jongere wordt meerderjarig op zijn achttiende verjaardag (art. 488 B.W.).¹⁴ Beide bestanddelen zullen hier besproken worden in functie van de problematiek van de proces(on)bekwaamheid van de minderjarige. Bijgevolg zullen deze uiteenzettingen partieel zijn. Volledigheid kan gelet op de omvang van de materie niet worden nagestreefd.

De bescherming van het kind kan men daarenboven op twee niveaus situeren.¹⁵ Vooreerst worden in het recht specifieke regels voorzien die de persoon van de minderjarige moeten beschermen. Daarnaast worden ook t.a.v. het vermogen van de minderjarige allerhande juridische constructies uitgewerkt.

2.2.1. Ouderlijk gezag

Een eerste beschermingsbestanddeel is dus het *ouderlijk gezag*.¹⁶ De term zegt het zelf: dit gezag komt in de eerste plaats toe aan beide ouders (art. 372 B.W.). Wanneer er echter geen ouders zijn, neemt een voogd een gelijkaardig gezag op zich (art. 450 B.W.). In het geval er slechts één ouder is, is een gemengd stelsel waarin ouderlijk gezag en voogdij samengaan van toepassing.¹⁷ Het is echter

¹² B. LEROI, *l.c.*, (289) 295-296; M. FIEGE, *De autonomie van de minderjarige in het recht: een onderzoek naar de materiële en processuele handelingsonbekwaamheid van minderjarigen*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 1-3; V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *Rev.trim.dr.fam.* 1990, (3) 4; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht* (hierna verkort geciteerd "Compendium"), II, Leuven, Acco, 1995, 108.

¹³ In principe neemt het ouderlijk gezag dus een einde bij de meerderjarigheid van het kind. Indien het kind ontvoogd wordt, hetzij door een huwelijk, hetzij via een gerechtelijke procedure, vallen evenwel de meeste attributen van het ouderlijk gezag weg. Daarenboven komt aan sommige elementen van het ouderlijk gezag reeds voor de meerderjarigheid een einde. Zie B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", *l.c.*, 69-70.

¹⁴ Cf. art. 388 B.W.: "De minderjarige is de persoon van het mannelijke of vrouwelijke geslacht die de volle leeftijd van achttien jaren nog niet bereikt heeft".

¹⁵ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 25.

¹⁶ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 108.

¹⁷ Deze drie wijzen van gezaguitoefening over het kind zijn te onderscheiden. Voor een volledige uiteenzetting dienaangaande, zie P. SENAËVE, *Compendium*, II, 111-112.

onmogelijk om binnen het bestek van dit seminariewerk deze 3 onderscheiden gezagsvormen te behandelen. Daarom zal ik alleen aandacht besteden aan de meest courante vorm, zijnde het volledig ouderlijk gezag.

Dit ouderlijk gezag bestaat uit verschillende bestanddelen. Vooral het gezag over de persoon en het beheer van de goederen zijn met het oog op de procespositie van het kind interessante materies.¹⁸ Wat houden deze begrippen nu juist in? Het *gezag over de persoon* van het kind geeft aan de ouders zowel het recht van bewaring - wat het materiële recht van bewaring en het recht van zorg omvat - als het beslissingsrecht inzake fundamentele opties.¹⁹ Ook het *beheer over de goederen* van de minderjarige kent twee deelaspecten.²⁰ Vooreerst kunnen ouders alle mogelijke daden van beheer in de technische zin van het woord stellen m.b.t. het vermogen van hun kinderen. Deze daden stellen zij in eigen naam, namelijk in hun hoedanigheid van titularis van het recht van beheer van de goederen. Daarenboven houdt dit recht een vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de ouders in. Zij hebben m.a.w. het recht hun kind te vertegenwoordigen in alle - materieelrechtelijke en procesrechtelijke - burgerlijke handelingen. Opgemerkt moet worden dat ondanks de koppeling van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het beheer van de goederen van het kind de vertegenwoordiging door de ouders uitzonderlijk ook niet-vermogensrechtelijke handelingen kan betreffen.²¹ M.b.t. het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van de minderjarige wordt in deze uiteenzetting abstractie gemaakt van de verschillende mogelijke titularissen en van de verschillende mogelijke wijzen van uitoefening hiervan.²²

De ouders hebben dus een groot zeggenschap over deze 2 aangelegenheden die de minderjarige ten zeerste aanbelangen. Soms zullen de beslissingen van de ouders in aanvaring komen met de mening van de minderjarige zelf. De minderjarige kan hier echter niet veel tegen beginnen. Of om het met de woorden van Heyvaert te zeggen: "Het kind kan evenmin zelf en vrij beschikken over zijn fysiek-psychisch substraat. Desbetreffend worden door anderen voor/over de kinderen beslissingen genomen, waarvan zij in wezen het rechtsobject zijn."²³

De aandacht moet hier ook gevestigd worden op een bijzondere categorie minderjarigen, nl. de *ontvoogde minderjarigen*. De ontvoogding van de

¹⁸ Naast deze twee aspecten heeft het ouderlijk gezag nog andere bestanddelen, m.n. het recht op persoonlijk contact, het vruchtgenot van de goederen en de ouderlijke prerogatieven i.v.m. de staat van de persoon van de minderjarige. Zie P. SENAËVE, *Compendium*, II, 113-121.

¹⁹ B. LEROI, *l.c.*, (289) 302-303; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 115-116.

²⁰ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 116-117.

²¹ *Ibid.*, 117.

²² Voor een volledige uiteenzetting, zie S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 563-571 en P. SENAËVE, *Compendium*, II, 121-134.

²³ A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed: theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 82.

minderjarige maakt gedeeltelijk een einde aan de gevolgen van de minderjarigheid.²⁴ Zo ontkomen de ontvoogde jongeren grotendeels aan het ouderlijk gezag (art. 372 B.W.). Het gezag over de persoon valt t.a.v. deze categorie volledig weg. Ook het beheer van de goederen en de hieraan gekoppelde vertegenwoordigingsbevoegdheid komen door de ontvoogding toe aan de minderjarige zelf. Alleen wat de staat van de persoon betreft blijven de ouderlijke prerogatieven gehandhaafd.²⁵ Het is dan ook duidelijk dat het ouderlijk gezag voor de ontvoogde minderjarigen op procesrechtelijk vlak minder belemmeringen met zich zal meebrengen.

2.1.2. Materieelrechtelijke handelingsonbekwaamheid

Aangezien de minderjarige een rechtssubject is, is hij *rechtsbekwaam*.²⁶ Hij is dus titularis van alle mogelijke rechten en plichten. Zo een rechtsbekwaamheid brengt in principe de handelingsbekwaamheid, zijnde de mogelijkheid om de rechten en plichten waarvan men drager is zelf en zelfstandig uit te oefenen, met zich mee.²⁷ Ter bescherming van de minderjarigen wordt er echter door de wetgever op deze handelingsbekwaamheid ingegrepen.²⁸ De wetgever is de mening toegedaan dat de minderjarige op grond van zijn persoonlijke hoedanigheden zijn belang niet of onvoldoende kan herkennen. Bijgevolg heeft men de (patrimoniale) handelingsonbekwaamheid ingevoerd als tweede beschermingsbestanddeel voor minderjarigen (art. 488 *a contrario* en art. 1124 B.W.).²⁹

Deze *materieelrechtelijke handelingsonbekwaamheid* van de minderjarige is algemeen.³⁰ Zij geldt voor de uitoefening van alle rechten en plichten, tenzij in voorkomend geval de wet of de rechtspraktijk ervan afwijkt. Bovendien geldt

²⁴ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 219.

²⁵ Een uitzondering op dit behoud van de ouderlijke prerogatieven t.a.v. ontvoogde minderjarigen vormt artikel 319, §2 -§3 B.W. De moeder dient na ontvoogding van haar buitenhuwelijks kind niet meer in te stemmen met de erkenning van dit kind door een man. Zie P. SENAËVE, *Compendium*, II, 224.

²⁶ B. LEROI, *l.c.*, (289) 295.

²⁷ Deze handelingsonbekwaamheid wordt onderscheiden van de zgn. *natuurlijke onbekwaamheid*. De natuurlijke onbekwaamheid, ook wel *infantia* genaamd, bestaat zolang de minderjarige niet de leeftijd heeft bereikt waarop hij geacht wordt te handelen met het "oordeel des ondersheids". Vanaf dit ogenblik vervangt de beschermingsregeling, ingesteld door de burgerrechtelijke handelingsonbekwaamheid, de *infantia*. Opgemerkt dient te worden dat *infantia* het kind naast een volledige handelingsonbekwaamheid ook een algemene schuldonbekwaamheid toekent. Zie G. BAETEMAN, J. GERLO, e.a., *l.c.*, (2073) 2319; M. FIEGE, *o.c.*, 109; P. MARTENS, *La capacité judiciaire du mineur*, in E. VERHELLEN (ed.), *Kinderrechtengids KIDS: commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind* (hierna verkort geciteerd "*KIDS*"), Gent, MYS en Breesch, 3; P. PEETERS, *o.c.*, 22.

²⁸ P. PEETERS, *o.c.*, 20; A. WYLLEMAN, "De procesbekwaamheid van de minderjarige: actuele tendenzen" (hierna verkort geciteerd "De procesbekwaamheid van de minderjarige") in E. VERHELLEN, F. SPIESSCHAERT en L. CATTRIJSSE (eds.), *Rechten van kinderen: een tekstbundel van de Rijksuniversiteit Gent naar aanleiding van de UNO-Conventionie voor de rechten van het kind*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 251.

²⁹ A. HEYVAERT, *o.c.*, 82.

³⁰ B. LEROI, *l.c.*, (289) 295; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 205.

deze handelingsonbekwaamheid volledig.³¹ Minderjarigen kunnen m.a.w. zelf geen rechtshandelingen stellen. Om te vermijden dat dit zou leiden tot rechtsonbekwaamheid, legt de wetgever de vertegenwoordiging van het kind op.³² Wie is deze wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige? Dit is afhankelijk van verschillende factoren.³³ Heeft het kind twee ouders, dan rijst de vraag of deze al dan niet samenwonen. Wonen zij samen, dan oefenen zij samen de vertegenwoordigingsbevoegdheid uit (art. 373 *juncto* art. 376 B.W.). Wonen zij niet samen, dan hangt de vertegenwoordiging van het kind af van het stelsel dat van kracht is tussen deze ouders aangaande de uitoefening van het gezag over de persoon van de minderjarige (art. 374 *juncto* art. 376 B.W.). Geldt de algemene regel van gezamenlijke gezagsuitoefening, dan moeten beide ouders samen optreden ter vertegenwoordiging van het kind. Als daarentegen het stelsel van uitsluitende gezagsoefening van toepassing is, kan alleen de ouder die het gezag verkregen heeft het kind vertegenwoordigen. Heeft het kind geen twee ouders meer, dan is de voogd de wettelijke vertegenwoordiger van het kind, ongeacht of het kind nog één ouder heeft of niet (art. 450 B.W.).

Aangezien de *ontvoogde minderjarige* niet onderworpen is aan de beschermingstechniek van de vertegenwoordiging, geldt voor hem ook hier een andere regeling.³⁴ In beginsel kan hij zelf en zelfstandig alle rechtshandelingen stellen. Alleen voor welbepaalde rechtshandelingen beperkt de wetgever zijn bekwaamheid. Hij heeft dus nog een gedeeltelijke handelingsonbekwaamheid. Zijn handelingsonbekwaamheid is daarnaast ook beperkt. De wettelijk bepaalde handelingen kan de minderjarige bijgevolg zelf doch niet zelfstandig stellen omwille van hun belangrijke juridische gevolgen. Ter bescherming wordt hier de techniek van bijstand of van machtiging wettelijk opgelegd. Deze verhandeling zal slechts over deze specifieke categorie van minderjarigen handelen wanneer dit expliciet wordt vermeld.

Deze juridische materieelrechtelijke handelingsonbekwaamheid moet echter worden *gerelativeerd*.³⁵

Zo zorgt de sanctieregeling die in ons recht voor het onvertegenwoordigd optreden van minderjarigen is voorzien reeds voor een belangrijke nuancering.³⁶ Het gaat immers steeds om een “betrekkelijke” nietigheidssanctie (art. 1125, 2e lid B.W.).³⁷ Alleen de wettelijke vertegenwoordiger en de

³¹ *Ibid.*, (289) 295; *Ibid.*, 205.

³² J. GERLO, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, (noot onder Vred. St. Gillis 23 april 1985), *T. Vred.* 1987, 25.

³³ Zie J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Belgisch personen- en familierecht* (hierna verkort geciteerd *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*), in E. VERHELLEN (ed.), *KIDS*, Gent, Mys en Breesch, 11-13; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 206-211.

³⁴ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 225.

³⁵ G. BAETEMAN, J. GERLO, e.a., *l.c.*, (2073) 2321-2322; B. LEROI, *l.c.*, (289) 295-296; P. PEETERS, *o.c.*, 23-31; V. POULEAU, “Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur âge non émancipé”, *l.c.*, (3) 5; A. WYLLEMAN, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, *l.c.*, 251.

³⁶ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 212; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 27.

³⁷ P. PEETERS, *o.c.*, 23-24.

meerderjarig geworden jongere zelf³⁸ kunnen de nietigheid van de rechtshandeling vorderen. Wordt de nietigheid niet gevorderd door hen en bijgevolg niet gerechtelijk vastgesteld, dan is de rechtshandeling geldig. Wanneer een minderjarige zonder onderscheidingsvermogen zelf optreedt, is de rechtshandeling bovendien rechtens nietig.³⁹ Wanneer de nietigheid gevraagd wordt, zal de rechter deze zonder appreciatie van de concrete gevens dienen toe te staan. Wanneer de minderjarige daarentegen wel over het oordeel des onderscheids beschikt, mag de rechter de nietigheid niet zonder meer toekennen.⁴⁰ Zo is het bewijs van de - intrinsieke of extrinsieke - benadeling van de jongere vereist wanneer hij een rechtshandeling heeft gesteld die een voogd normaal alleen zonder bijkomende formaliteiten mag stellen opdat de rechter de handeling nietig kan verklaren (art. 1305 B.W.).⁴¹ Dit wordt verwoord als facultatieve nietigheid.⁴² De minderjarige wordt door deze regeling eigenlijk onbekwaam om zich te benadelen: *minor restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus*.⁴³

Als tweede relativierend gegeven kan men denken aan de afwijkingen die worden toegestaan op de vertegenwoordigingsverplichting.⁴⁴ Soms worden er beperkingen aangebracht aan de handelingsonbekwaamheid van het kind door een beroep te doen op andere, minder verregaande beschermingstechnieken dan de vertegenwoordiging. In deze gevallen wordt het kind zelf in staat geacht rechtshandelingen te verrichten, doch niet zelfstandig.⁴⁵ Zo wordt in bepaalde situaties slechts de bijstand van de minderjarige vereist. Samen met de jongere treedt nog iemand anders op, die voor de rechtshandeling naast hem staat.⁴⁶ Voorbeelden hiervan zijn het sluiten van een huwelijkscontract (art. 1397, 1ste lid B.W.) en de eerste verklaring van wijziging van inschrijving in de bevolkingsregisters wanneer de minderjarige voor het eerst de verblijfplaats van de ouder(s) verlaat (art. 7 §3 K.B. 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister). Andere keren wordt zelfs alleen de instemming van diegene die gezag over hem uitoefenen gevraagd.⁴⁷ Zo bij voorbeeld bij het sluiten van een huwelijk door een minderjarige (art. 148, 1ste lid B.W.) of bij het sluiten of beëindigen van een arbeidsovereenkomst (art. 43 Arbeidsovereenkomstenwet). Ook de figuur van het verzet beperkt de principiële handelingsonbekwaamheid aanzienlijk. Geen

³⁸ De meerderjarig geworden jongere kan deze vordering niet onbeperkt in de tijd inleiden. De verjaringstermijn, die beperkt is tot 10 jaar, begint te lopen vanaf zijn achttiende verjaardag (art. 1304, 1e en 3e lid B.W.). Zie P. PEETERS, *o.c.*, 23; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 212.

³⁹ V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *l.c.*, (3) 6; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 212.

⁴⁰ V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *l.c.*, (3) 6-8; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 212-213.

⁴¹ Antwerpen 7 april 1987, *R.W.* 1987-1988, 199, noot D. DELI; Rb. Tongeren 18 december 1987, *T.B.B.R.* 1988, 488; P. PEETERS, *o.c.*, 24-25.

⁴² B. LEROI, *l.c.*, (289) 296.

⁴³ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 213.

⁴⁴ P. PEETERS, *o.c.*, 26-31.

⁴⁵ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 214.

⁴⁶ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 250; P. PEETERS, *o.c.*, 21; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 214.

⁴⁷ P. PEETERS, *o.c.*, 21; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 215.

voorafgaandelijke handelingen zijn vereist, maar diegene die gezag over de minderjarige uitoefent kan wel opkomen tegen deze handeling.⁴⁸ Een voorbeeld hier is het ter hand stellen van het loon door een werkgever aan de minderjarige werknemer. Een ouder of voogd kan hiertegen verzet aantekenen (art. 44 Arbeidsovereenkomstenwet).

Tenslotte wordt het kind uitzonderlijk toch handelingsbekwaam geacht, al dan niet vanaf een bepaalde leeftijd.⁴⁹ Zo wordt aanvaard dat minderjarigen zelf en zelfstandig alle dagdagelijkse rechtshandelingen kunnen stellen.^{50,51} Een ander voorbeeld is het stellen van alle handelingen in het kader van het ouderlijk gezag over het kind door de minderjarige ouder. Ook kan de jongere vanaf de leeftijd van 16 jaar over maximum de helft van de goederen beschikken waarover hij als meerderjarige zou kunnen testamenteren (art. 904 B.W.). De conclusie van deze drie nuanceringen is dat de minderjarige eigenlijk alleen onbekwaam is zichzelf te benadelen. M.a.w. hij beschikt over een betreffende handelingsbekwaamheid.⁵²

2.2. Formeelrechtelijke handelingsonbekwaamheid of “procesonbekwaamheid”

2.2.1. *Het principe*

De minderjarige is dus handelingsonbekwaam. Deze onbekwaamheid situeert zich niet alleen op het materieelrechtelijke niveau. Ook op formeelrechtelijk vlak is de minderjarige handelingsonbekwaam.⁵³ In ons taalgebruik formuleert men dit meestal als “procesonbekwaam”. Deze procesonbekwaamheid van minderjarigen is echter niet wettelijk geregeld. Zij vloeit als een logische gevolg voort uit de materieelrechtelijke handelingsonbekwaamheid.⁵⁴ Als men onbekwaam wordt geacht om rechtshandelingen te stellen, is men a fortiori onbekwaam om zelf en zelfstandig een procedure aangaande deze rechtshandelingen in te leiden voor een rechtbank. Of anders gezegd: “De bekwaamheid is een geldigheidsvoorwaarde voor een rechtshandeling. Voor de rechtsvordering is zij een ontvankelijkheidsvereiste.”⁵⁵

⁴⁸ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 215-216.

⁴⁹ P. PEETERS, *o.c.*, 25-26; P. SENAËVE, *Compendium*, II, 216-218.

⁵⁰ Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1932, I, 3; Kort Ged. Charleroi 22 februari 1990, *J.T.* 1990, 646.

⁵¹ Deze mogelijkheid van het stellen van dagelijkse handelingen wordt door sommigen beschouwd als de uitoefening van een *stilzwijgend mandaat* dat de minderjarige van zijn wettelijke vertegenwoordiger verkregen heeft. Hoewel de wet in artikel 1990 B.W. enkel spreekt over ontvoogde minderjarige, wordt ook aangenomen dat niet-ontvoogde kinderen kunnen optreden als lasthebber: Cass.Fr. 5 december 1933, *Pas.* 1935, II, 20; Vred. St. Joost-ten-Noode 27 februari 1948, *T.Vred.* 1948, 266; Rb. Gent 22 juni 1990, *T.B.B.R.* 1991, 404 en *T.G.R.* 1990, 120; P. PEETERS, *o.c.*, 26.

⁵² P. PEETERS, *o.c.*, 26; A. WYLLEMAN, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, *l.c.*, 251.

⁵³ M. FIEGE, *o.c.*, 1-3.

⁵⁴ *Ibid.*, 7.

⁵⁵ P. PEETERS, *o.c.*, 48.

Als regel kan men stellen dat de procesrechtelijke positie van een persoon overeenstemt met zijn handelingsbekwaamheid en zijn algemene rechtspositie. Nochtans bestaat er een groot contrast tussen de betreffende feitelijke handelingsbekwaamheid en de procesonbekwaamheid van de minderjarige in het Belgische recht.⁵⁶

Ook deze procesonbekwaamheid vindt zijn oorsprong in de beschermingsobsessie die er t.a.v. de minderjarige heerst.⁵⁷ Immers, een jongere wordt door zijn jeugdige leeftijd niet in staat geacht het gewicht te begrijpen van de beslissing om een procedure aan te spannen.⁵⁸ Te zijner bescherming wordt ook hier weer een beroep gedaan op de figuur van de wettelijke vertegenwoordiger. Bijgevolg moet hij om als partij in rechte te kunnen optreden vertegenwoordigd worden door de persoon die de wet daartoe aanwijst.⁵⁹ Dit zijn zijn ouders of zijn voogd, afhankelijk van de concrete situatie waarin de jongere zich bevindt. Deze personen zullen dan alle proceshandelingen *qualitate qua*, zijnde in naam en voor rekening van de minderjarige, verrichten. De rechten en plichten van de minderjarige worden m.a.w. beoordeeld en vastgesteld zonder dat hij daarbij persoonlijk betrokken wordt.⁶⁰

Aangezien de *ontvoogde minderjarige* niet meer vertegenwoordigd wordt, geldt ook hier voor hem een andere regeling.⁶¹ In principe kan deze minderjarige zelf en zelfstandig zijn rechten voor een rechtbank afdwingen.⁶² Uitzonderlijk is hij hier niet toe in staat en moet hij worden bijgestaan door zijn curator (art. 482 B.W.).

2.2.2. De algemene uitzondering

Op deze principiële procesonbekwaamheid heeft men een algemene uitzondering aangebracht.⁶³ Zo kan een minderjarige met voldoende onderscheidingsvermogen een procedure voor een rechtbank inleiden. Deze vordering kan niet van rechtswege onontvankelijk verklaard worden.⁶⁴ De rechter kan immers niet ambtshalve de exceptie van niet-vertegenwoordiging

⁵⁶ D. BALLET en A. WYLLEMAN, "Proceswaarborgen voor minderjarigen in procedures die hen aanbelangen", *R.W.* 1989-90, (793) 802-803; A. WYLLEMAN, "De procesbekwaamheid van de minderjarige", *l.c.*, 251.

⁵⁷ E. DE GROOTE, *l.c.*, 215.

⁵⁸ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 26.

⁵⁹ D. BALLET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 802; B. LEROI, *l.c.*, (289) 310.

⁶⁰ D. BALLET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 802.

⁶¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 215.

⁶² P. SENAËVE, *Compendium*, II, 226.

⁶³ De *Nederlandse regeling* daarentegen kent geen algemene uitzondering op de principiële procesonbekwaamheid van minderjarigen. Zie M. FIEGE, *o.c.*, 31-32.

⁶⁴ B. LEROI, *l.c.*, (289) 310; C. MAES, "Rechten van het kind, belang(en)rijk" in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving: twintig jaar post-universitaire cyclus. Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 391-392; P. PEETERS, *o.c.*, 48.

opwerpen omdat de materie niet de openbare orde raakt.⁶⁵ Hoogstens kan de rechter de verweerder wijzen op de mogelijkheid om de dilatoire exceptie in te roepen.⁶⁶ Wanneer de verweerder inderdaad de opschortende exceptie⁶⁷ van niet-vertegenwoordiging inroept *in limine litis*, d.i. voor elk ander verweer, dan moet de rechter de vordering onontvankelijk verklaren (art. 868 Ger.W.).⁶⁸ Wanneer de wettelijke vertegenwoordiger van de jongere in het geding wordt gebracht of wanneer de minderjarige meerderjarig is geworden, is het gebrek geregulariseerd en gaat de procedure gewoon verder.⁶⁹ Wanneer de exceptie niet *in limine litis* opgeworpen wordt, wordt de zaak door de rechter behandeld⁷⁰ en kan de verweerder zich tijdens het verdere verloop van de procedure niet meer beroepen op de nietigheid van de rechtshandeling.⁷¹

2.2.3. Specifieke uitzonderingen

Ondanks deze algemene uitzondering hebben zowel de wetgever als vele rechters in welbepaalde situaties de onbekwaamheid van de minderjarige om zelf en zelfstandig de rechter te kunnen aanspreken als onbillijk ervaren - voor de minderjarige zelf of voor de derden die met hen handelden.⁷² “... *l’incapacité du mineur est devenue une règle fragile, minée par des considérations qui tiennent, autant qu’à l’intérêt du mineur, au profit que peuvent retirer certains tiers de leurs relations juridiques avec lui.*”⁷³ Zij hebben dan ook *specifieke afwijkingen* op de principiële procesonbekwaamheid toegestaan. Opvallend is wel dat men met betrekking tot de vermogensrechtelijke aangelegenheden veel minder uitzonderingen heeft gecreëerd dan voor de persoonsgebonden aangelegenheden.⁷⁴

⁶⁵ P. SENAËVE, *Compendium*, II, 214.

⁶⁶ Vred. Luik (1e kanton), 23 mei 1986, *J.L.M.B.* 1987, 511; Rb. Luik 9 februari 1988, *J.L.M.B.* 1987, 509 en *T.B.B.R.* 1989, 406.

⁶⁷ Deze exceptie werkt louter *dilatoir* volgens de *meerderheid* van de rechtsleer: zie C. MAES, *l.c.*, 392; E. DE GROOTE, *l.c.*, 215; B. LEROI, *l.c.*, 310. Enkele rechtsgeleerden, waaronder A. De Corte en G. Closset, zijn daarentegen de mening toegedaan dat deze exceptie niet dilatoir of opschortend werkt, maar wel *peremptoir of stuitend*. Dit heeft als belangrijke implicatie dat de gebrekkige vordering niet kan geregulariseerd worden. De vordering zal dan onontvankelijk verklaard worden.: G. CLOSSET, “La convention des droits de l’enfant et la Belgique, aspects de droit judiciaire”, *T.B.B.R.* 1991, 588; zie P. PEETERS, *o.c.*, 48-49. Nog een andere mening wordt verdedigd door A. Wylleman. Zij ziet de bekwaamheid op procesrechtelijk vlak eerder als een *toelaatbaarheidsvereiste* voor de rechtsvordering: A. WYLLEMAN, “Noot “, (noot onder Vred. Gent 19 oktober 1987), *T. Vred.* 1988, 210-214.

⁶⁸ P. PEETERS, *o.c.*, 49.

⁶⁹ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 27.

⁷⁰ Vred. Gembloux 22 december 1987, *J.dr.jeun.* 1988, 2.

⁷¹ Rb. Nivelles 24 oktober 1985, *J.L.* 1987, 509.

⁷² P. MARTENS, *l.c.*, 3-4.

⁷³ *Ibid.*, 3.

⁷⁴ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 28.

Deze specifieke uitzonderingen kunnen op basis van de wijze waarop ze worden toegekend in 3 categorieën ingedeeld worden.⁷⁵

Zo heeft de minderjarige zelf en zelfstandig toegang tot de rechter gekregen in welbepaalde materies. Deze toekenning van de procesingang aan het kind gebeurde op verschillende manieren.

Vooreerst is er de volledige procesbekwaamheid. Deze afwijking wordt voornamelijk toegestaan door de rechtspraak voor persoonsgebonden aangelegenheden. Zo kan de minderjarige ouder in uitoefening van zijn ouderlijk gezag alle procedures inleiden voor de rechter.⁷⁶ Daarnaast hebben het Hof van Cassatie⁷⁷ en de Raad van State⁷⁸ ook de minderjarige m.b.t. conflicten aangaande de militieverplichtingen een zelfstandige rechtsingang gegeven. Als laatste voorbeeld haal ik een belangwekkend arrest aan van de Raad van State inzake een definitieve uitsluiting uit een atheneum van een jongere.⁷⁹ De Raad beriep zich uitdrukkelijk op het persoonlijk karakter van het recht op opvoeding en op de leeftijd van de jongere die het mogelijk maakte aan te nemen dat het kind in staat was deze rechten met het nodige inzicht uit te oefenen om te besluiten tot een zelfstandige rechtsingang voor de minderjarige.⁸⁰

Soms wordt deze volledige rechtsingang slechts toegekend vanaf een bepaalde leeftijd. Men kan hier denken aan de situatie waarin de vijftienjarige zelf en zelfstandig kan optreden bij de betwisting van het vaderschap, zowel bij de verzoeningspoging voor de vrederechter als ter beslechting voor de rechter in eerste aanleg (art. 319, §3, 3e-4e lid B.W.). Een ander voorbeeld is het optreden van de jongere vanaf 15 jaar bij een willige adoptieprocedure (art. 348, §1, art. 349, 1e lid, art. 351 en art. 352 B.W.).

In andere gevallen werd de minderjarige – minstens - een voorwaardelijk vorderingsrecht toegekend. Dit is het geval wanneer de minderjarige wenst te huwen. Als zijn ouders weigeren in te stemmen met zijn voorgenomen huwelijk, kan de jongere zelf en zelfstandig de dispensatie-aanvraag inleiden bij de jeugdrechtbank (art. 145 B.W.).

⁷⁵ Ook naar de *materies* waarin de minderjarige procesbekwaam wordt geacht kan *men 3 onderverdelingen* maken volgens Peeters. Deze 3 categorieën zijn: 1. procesbekwaamheid als gevolg van de materieelrechtelijke handelingsbekwaamheid; 2. procesbekwaamheid als het gevolg van het persoonlijk karakter van het subjectief recht waarvoor de minderjarige handelingsbekwaam is; 3. procesbekwaamheid afgeleid uit de doelgebondenheid van de handelingsonbekwaamheid. P. PEETERS, *o.c.*, 53-69; Zie B. LEROI, *l.c.*, (289) 310-313; Zie A. WYLLEMAN, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, *l.c.*, 251-257.

⁷⁶ Liège 30 mei 1928, *Pas.* 1928, II, 201; Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1931, I, 4; Rb. Brugge 13 januari 1949, *R.W.* 1948-49, 981; Gent 1 oktober 1957, *R.W.* 1957-58, 1441; Brussel 7 februari 1958, *Pas.* 1958, II, 225; Cass. 23 juli 1987, *Pas.* 1987, I, 1341, *R.W.* 1987-88, 622 en *J.dr.jeun.* 1988, 29; Kort Ged. Charleroi 22 februari 1990, *J.T.* 1990, 646.

⁷⁷ Cass. 26 januari 1931, *Pas.* 1931, I, 4; Cass. 8 januari 1934, *Pas.* 1934, I, 133; Cass. 30 maart 1953, *Pas.* 1953, I, 597; Cass. 23 juli 1987, *Pas.* 1987, I, 1341, *R.W.* 1987-88, 622 en *J.dr.jeun.* 1988, 29.

⁷⁸ R.v.St. 28 januari 1953, *Arr.R.v.St.* 1953, 109-110.

⁷⁹ R.v.St. 22 februari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 826.

⁸⁰ D. BALLETT en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 804; P. MARTENS, *l.c.*, 10; V. POULEAU, “Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé”, *l.c.*, (3) 28-29.

De andere twee uitzonderingscategorieën daarentegen vormen een mildering van de procesonbekwaamheid.

De minderjarige moet in sommige procedure toestemmen en wordt aldus partij bij het geding. Deze toestemming wordt door de wetgever meestal pas gevraagd wanneer het kind de volle leeftijd van 15 jaar heeft bereikt. Dit is zo in de procedure van erkenning van het kind door de vader. Indien de moeder van het kind in leven is en in staat is haar wil te uiten, heeft de man die wenst te erkennen naast haar toestemming ook deze van het kind dat de volle leeftijd van vijftien heeft bereikt nodig (art 319, § 2, 2e lid B.W.).⁸¹ Ook bij adoptie, zowel de gewone als de gerechtelijke, is de toestemming van de vijftienjarige vereist (art. 348, §3 B.W.).⁸²

In andere gevallen die zijn persoon aanbelangen wordt thans de minderjarige een hoorrecht toegekend. De minderjarige wordt in dit geval echter niet als procespartij beschouwd. Deze regeling is terug te vinden in artikel 56 bis Jeugdbeschermingswet⁸³ en in artikel 931, 3e-7e lid Ger.W.⁸⁴ Deze artikelen zullen later besproken worden.

2.3. Probleemsituaties

De procesonbekwaamheid van de minderjarige wordt in vele gevallen aldus door de wetgever en de rechtspraak gemilderd. Toch wordt de minderjarige in bepaalde situaties in een impasse gezet, met zijn rechtsonbekwaamheid als gevolg. Deze probleemsituaties hebben voornamelijk betrekking op conflicten tussen ouder(s) en kind.⁸⁵ De betwistingen kunnen zowel beslissingen genomen in uitoefening van het ouderlijk gezag betreffen als handelingen gesteld als wettelijk vertegenwoordiger.

2.3.1. Ouderlijk gezag

Minderjarigen staan *formeel machteloos* wanneer zij niet akkoord gaan met een beslissing genomen door de ouders in uitoefening van het ouderlijk gezag. De idee dat ouders bij betwisting met hun kind omtrent een beslissing genomen in uitoefening van het ouderlijk gezag een procedure inspannen -a.h.w. tegen zichzelf - om hun beslissing in rechte te laten beoordelen door een rechter komt absurd over. Toch kan men de vraag stellen of het niet wenselijk zou zijn de beslissingen van de ouders in uitoefening van het ouderlijk gezag te laten

⁸¹ V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *l.c.*, (3) 14.

⁸² *Ibid.*, (3) 15-18.

⁸³ Wet van 2 februari 1994 tot wijziging van de Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *B.S.* 17 september 1994.

⁸⁴ Wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *B.S.* 21 juli 1994.

⁸⁵ Deze probleemsituaties betreffen voornamelijk conflicten tussen ouders en kinderen. Gelijkwaardige conflicten vindt men ook terug tussen de *voogd en de pupil*: zie C. MAES, *l.c.*, 392. In dit seminariewerk wordt evenwel abstractie van gemaakt van de gezagsstructuur van de voogdij.

toetsen door de rechter op hun redelijkheid. Immers, het ouderlijk gezag is een doelgebonden gezag en mag dus alleen in het belang van het kind worden uitgeoefend.⁸⁶ Uiteraard dient deze procesingang aan het kind zelf toe te komen.⁸⁷ Vele stemmen gaan dan ook op om aan het kind een mogelijkheid te geven tegen deze ouderlijke beslissingen op te komen bij een onafhankelijke rechter.⁸⁸ Wanneer dit zou gebeuren, is een herdefiniëring van het begrip “ouderlijk gezag” evenwel onvermijdelijk.⁸⁹

Men staat hier ook voor de bijkomende moeilijkheid van het algemeen rechtsbeginsel van *verbod van vertegenwoordiging in hoogst persoonlijke aangelegenheden*.⁹⁰ Gevolg van het verbod is dat de minderjarige in strikt persoonlijke zaken niet kan worden vertegenwoordigd. Aangezien het kind in principe ook niet zelf en zelfstandig kan optreden, komt dit neer op de negatie van zijn rechten.⁹¹ M.a.w. de minderjarige is “rechtsonbekwaam” m.b.t. deze - wezenlijk menselijke - materies.

Om hier een mow aan te passen, hebben zowel de wetgever als vele rechters, zoals voormeld, minderjarigen met onderscheidingsvermogen - al dan niet volledig - handelings- en procesbekwaam gemaakt in deze hoogst persoonlijke aangelegenheden.⁹² Voor de jonge kinderen zonder “oordeel des ondersheids” daarentegen blijft de precaire toestand van “rechtsonbekwaamheid” bestaan.

Thans bestaat er onenigheid over de vraag of sommige rechten dan wel zo persoonlijk zijn van aard dat geen vertegenwoordiging, desnoods door een vertegenwoordiger *ad hoc*, mogelijk zou zijn.⁹³ Vooral m.b.t. onderhoudsvorderingen, ingesteld door de minderjarige tegen zijn ouders op basis van . artikel 203 B.W. laat deze discussie de laatste jaren op.⁹⁴ Enerzijds kan men een conservatieve strekking ontwaren binnen de rechtspraak. Deze rechters verklaren een vordering van een minderjarige onontvankelijk wanneer er geen wettelijke vertegenwoordiger *ad hoc* voor het kind optreedt nadat de exceptie van ongeldige vertegenwoordiging in limine litis is opgeworpen door de verweerder.⁹⁵ Andere rechters daarentegen verklaren de vordering tot

⁸⁶ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 33-34.

⁸⁷ P. PEETERS, *o.c.*, 85-86.

⁸⁸ K. RAES, “Het kind als Homo Juridicus: verrechtelijking en emancipatie” in E. VERHELLEN, F. SPIESSCHAERT en L. CATTRIJSE (eds.), *Rechten van kinderen: een tekstbundel van de Rijksuniversiteit Gent naar aanleiding van de UNO-Conventie voor de rechten van het kind*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 86; C. MAES, *l.c.*, 392; Zie S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 580.

⁸⁹ S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 580; J. VANDEN BUSSCHE, “Bedenkingen rond de relatie ‘ouder/kind’ en de verlaging van de meerderjarigheid”, *R.W.* 1988-89, (1177) 1178-1179.

⁹⁰ E. DE GROOTE, *l.c.*, 228-229; P. PEETERS, *o.c.*, 28.

⁹¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 228-229.

⁹² Vred. (7de kanton) Gent 19 oktober 1987, *T.Vred.* 1988, 206; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 31-33.

Ook in Nederland is een gelijkaardige tendens te ontwaren: Hof Amsterdam 13 juli 1989, *N.J.* 1992, 504.

⁹³ A. WYLLEMAN, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, *l.c.*, 255-256.

⁹⁴ Zie A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 30.

⁹⁵ Vred. Hoei 5 november 1987, *J.dr.jeun.* 1988, 5; Vred. St. Jans Molenbeek 14 juli 1989, *J.J.P.* 1990/1, 22.

levensonderhoud ingesteld door het kind tegen zijn ouders toch ontvankelijk. Zij steunen zich hiertoe op het uitgesproken persoonlijk karakter van de vordering.⁹⁶ Zij werpen als argument ter ondersteuning van hun - *in se contra legem* - beslissing ook op dat in het geval van een dringende behoefte⁹⁷ het benoemen van een vertegenwoordiger *ad hoc* niet vereist is. Deze strekking wint binnen de rechtspraak en rechtsleer steeds meer veld. Tenslotte kan men nog een beperkte groep rechters onderscheiden die menen dat in deze materie de minderjarige nooit een vordering kan instellen.

2.3.2. De handelingsonbekwaamheid

In deze materie zorgt vooral de figuur van de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige voor problemen. “Men kan er niet naast kijken: de problemen ontstaan slechts werkelijk als de vertegenwoordiger van de minderjarige niets onderneemt of als er daadwerkelijk strijdigheid bestaat tussen de belangen van de minderjarige en deze van de vertegenwoordiger.”⁹⁸ Zo ontstaat een moeilijkheid wanneer deze vertegenwoordiger blijft stilzitten of wanneer hij weigert op te treden.⁹⁹ De wettelijke vertegenwoordiging kan afhankelijk van de concrete situatie waarin het kind leeft aan de ouders of aan de voogd toekomen. Ik ga mij ook hier weer beperken tot de meest voorkomende situatie, nl. deze van de ouders - wettelijke vertegenwoordigers. Wanneer er tussen kind en ouders tegenstrijdige belangen bestaan, kan de figuur van de voogd *ad hoc* soms nog soelaas bieden (art. 378, 3de lid B.W.). Wel mag men de beperkingen en nadelen die aan deze figuur kleven niet onderschatten.¹⁰⁰ Een eerste nadeel vormt het feit dat de aanstelling van zo een voogd *ad hoc* slechts door een beperkt aantal personen kan worden gevraagd. De aanstelling van de voogd *ad hoc* kan gebeuren op vraag van iedere belanghebbende - hier verstaat men evenwel niet de minderjarige zelf onder¹⁰¹ - en het O.M.¹⁰² Soms stelt de rechtbank ambtshalve een voogd *ad hoc* aan.¹⁰³ Vele rechtsgeleerden klagen het feit dat de minderjarige dit niet zelf kan aan.¹⁰⁴ Hij is immers de eerste belanghebbende. Daarnaast zorgt ook de beperking naar de materies waarin

⁹⁶ Vred. St.Gillis 23 april 1985, *T.Vred.* 1987, 21, noot J. GERLO; Vred. Etterbeek 29 maart 1988, *Rev.trim.dr.fam.* 1988, 563.

⁹⁷ Vred. Waver 23 november 1989, *Rev.trim.dr.fam.* 1990, 51.

⁹⁸ C. MAES, *l.c.*, 392.

⁹⁹ D. BALLEET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 803; P. PEETERS, *o.c.*, 38-40.

¹⁰⁰ D. BALLEET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 803.

¹⁰¹ In *Nederland* heeft men daarentegen wel aanvaard dat de minderjarige zelf om de aanstelling van een gelijkaardige figuur als de voogd *ad hoc*, nl. de bijzondere curator, kan verzoeken: Hof 's-Hertogenbosch 20 december 1977, *N.J.* 1978, 352; Ktr Eindhoven 25 maart 1983, *N.J.* 1983, 808; Hof Amsterdam 13 juli 1989, *N.J.* 1992, 504. Hoewel de wet deze mogelijkheid alleen toekent m.b.t. vermogensrechtelijke aangelegenheden (art. 960, 2e lid Rv), heeft sommige rechtspraak dit uitgebreid tot persoonlijkheidsrechtengeschillen: Pres. Rb. Arnhem 13 juli 1988, rolnr. KG 1988-396, onuitg.

¹⁰² J. GERLO, “Tegenstrijdige belangen tussen ouder en kind”, (noot onder Rb. Antwerpen 18 december 1975), *R.W.* 1976-77, 559.

¹⁰³ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 251.

¹⁰⁴ D. BALLEET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 804.

deze voogd *ad hoc* kan optreden ervoor dat de figuur in vele gevallen geen oplossing biedt. Zo kan er alleen voor afstammingsgeschillen en beheerconflicten een voogd *ad hoc* worden aangesteld.^{105,106}

Wanneer er geen tegenstrijdige belangen bestaan, zit de minderjarige in een nog lastiger parket. Hij staat formeel machteloos omdat niemand de rechter voor hem kan aanspreken. Het louter stilzitten van een wettelijke vertegenwoordiger kan immers bezwaarlijk als “tegenstrijdig belang” worden geïnterpreteerd.¹⁰⁷ De Raad van State werd met deze problematiek geconfronteerd in een zaak aangaande sociale bijstand.¹⁰⁸ De minderjarige had zelf een vordering ingesteld omdat haar ouders weigerden haar te vertegenwoordigen. *In casu* heeft het Hof beslist dat de minderjarige terzake procesbekwaam is, aangezien de Wet van 8 juli 1976 stelt dat “elke” hulpbehoevende persoon recht heeft op sociale bijstand. Dit recht mag het kind niet afgenomen worden omdat de ouders weigeren voor de minderjarige op te treden. Bijgevolg heeft de Raad van State hier een nieuwe uitzondering op de principiële vertegenwoordigingsvereiste toegekend.¹⁰⁹

2.4. Besluit

Men kan uit dit alles concluderen dat de rechtspositie van de minderjarige, en in het bijzonder zijn procespositie, *zeer zwak* is.¹¹⁰ Zowel het onmondige kind als de jonge adolescent moeten in de regel worden vertegenwoordigd om rechtshandelingen en rechtsvorderingen te stellen.

Wanneer men de Belgische regulering bekijkt, springen onmiddellijk *twee discrepanties* in het oog.

Een eerste en de meest belangrijke discrepantie is deze tussen het recht en de werkelijkheid. Er bestaat een enorme kloof tussen de juridische en maatschappelijke positie van de minderjarige.¹¹¹ De minderjarige wordt immers niet langer beschouwd als een hulpbehoevend wezentje dat met de meest verregaande beschermingsmaatregelen moet worden afgeschermd van de buitenwereld. Integendeel, de minderjarige is een mondige en vrij onafhankelijke deelnemer aan het sociale leven geworden. Meer recht zou moeten worden gedaan aan zijn zelfontplooiings- en zelfbeschikkingsrecht.¹¹²

¹⁰⁵ Deze stelling wordt verdedigd door de meerderheid van de rechtsleer in België. Gerlo daarentegen is de mening toegedaan dat de aanstelling van een vertegenwoordiger ad hoc in een crisissituatie voor een minderjarige een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt: zie E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 251.

¹⁰⁶ Ook in Nederland kent men een gelijkaardige figuur, nl. de bijzondere curator. Zijn bevoegdheden zijn echter uitgebreider, zodat hij de belangen van de minderjarige in meer gevallen kan verdedigen. Zie M. FIEGE, *o.c.*, 78-80.

¹⁰⁷ D. BALLEET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 803.

¹⁰⁸ R.v.St. 7 oktober 1988, *T.Gem.* 1989, 292 en *J.L.M.B.* 1988, 1489.

¹⁰⁹ P. MARTENS, *l.c.*, 9.

¹¹⁰ D. BALLEET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 812.

¹¹¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 230; K. JACOBS, “Het omgangsrecht in België en Nederland”, *T.P.R.* 1996, (827) 876.

¹¹² E. DE GROOTE, *l.c.*, 260.

Soms haalt men de emancipatorische rol die het recht kan vervullen aan als bijkomend argument voor de wenselijkheid van het toekennen van een ruimere procesbekwaamheid aan de minderjarige. “Het toekennen van rechten aan minderheden of zwakkeren binnen de samenleving is immers een middel om hun ontvoegingsstrijd te ondersteunen.”¹¹³

Een tweede discrepantie is deze tussen de feitelijke handelingsbekwaamheid en de principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige.¹¹⁴ Men kan zich afvragen wat het nut is van het hebben van rechten wanneer men ze niet zelf kan afdwingen. Immers, “een recht is inderdaad slechts theoretisch indien het niet kan afgedwongen worden.”¹¹⁵

Naast deze discrepanties valt in de Belgische aanpak van de materie ook het *gebrek aan rechtszekerheid* op. De wijze van totstandkoming en de evolutie van de regulering van de (on)bekwaamheid van minderjarigen is hier niet vreemd aan.

De wetgever heeft in een aantal situaties uitzonderingen op de principiële procesonbekwaamheid toegestaan. Deze fragmentarische aanpak is echter bekritiseerbaar. Men kan zich de vraag stellen waarom bepaalde uitzonderingen gemaakt worden en andere niet. Ook de logica bij het - al dan niet - vooropstellen van een leeftijdsgrens voor het verbeteren van de rechtspositie van de minderjarige is ver te zoeken. De wettelijke aanpassingen leiden bijgevolg tot inconsequenties.¹¹⁶

Aangezien de wet niet alle probleemsituaties aanpakt, heeft ook de rechtspraktijk een hele boel nuanceringen aan het algemeen wettelijk beginsel aangebracht. Op zich is dit lovenswaardig. De rechters hebben hier impliciet de persoonlijke waardigheid van het kind mee opgevijseld.¹¹⁷ Toch zou men zich kunnen afvragen wat de functie van een wetsregel nog is wanneer de praktijk deze zo ver uitholt dat het tegenovergestelde het algemene principe vormt.¹¹⁸ Daarenboven komt een zeer grote macht toe aan de rechter.¹¹⁹ Aangezien de nuanceringen op de procesonbekwaamheid casuïstisch tot stand komen, en ze geen verplichtingen opleggen aan andere rechters - wij kennen immers het precedentensysteem niet - worden regelmatig in gelijkaardige situaties en problemen, inhoudelijk verschillende vonnissen geveld. Het gevolg van deze tegenstrijdige vonnissen is uiteraard een wankel rechtszekerheid zowel voor de minderjarige, die afhangt van de *goodwill* van de rechter, als voor de derden die met de minderjarigen handelen.¹²⁰

¹¹³ K. JACOBS, “Het omgangsrecht in België en Nederland”, *T.P.R.* 1997, (827) 876.

¹¹⁴ D. BALLET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 805; P. PEETERS, *o.c.*, 86; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 36.

¹¹⁵ C. MAES, *l.c.*, 390.

¹¹⁶ D. BALLET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 804; E. DE GROOTE, *l.c.*, 260-261; E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 270; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 35-36.

¹¹⁷ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 36.

¹¹⁸ C. PERSYN, “Het begrip handelingsonbekwaamheid van minderjarigen: kritiek”, *Jura Falc.* 1980-81, (271) 275.

¹¹⁹ D. BALLET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 806.

¹²⁰ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 270; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 36.

Daarenboven dient gewezen op het feit dat een aantal *probleemsituaties niet opgelost* worden in de rechtspraktijk. Deze problemen doen zich zoals hoger geschetst voornamelijk voor in de relatie ouder(s)-kind. Zowel m.b.t. het ouderlijk gezag als t.a.v. de wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid doen zich conflicten voor. Nochtans zou een procesbekwaamheid voor de minderjarige vooral in zijn relatie met zijn ouders een zeer belangrijke functie kunnen vervullen. Wanneer er ernstige gezinsconflicten zijn, zullen het immers niet de ouders zijn die naar de rechter stappen.¹²¹

De *conclusie* van dit eerste hoofdstuk is dus dat de Belgische regeling verre van ideaal is. Toch kunnen we een tendens ontwaren in wetgeving en rechtspraak die aan de jongere meer en meer rechten toekent. Spijtig genoeg zijn deze nuancerings slechts fragmentarische antwoorden op concrete problemen. Rechtsonzekerheid tiert hierdoor welig. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de vraag naar een globale herziening van de rechtspositie van minderjarigen steeds luider weerklinkt. Deze herziening zou de discrepanties tussen recht en werkelijkheid en tussen een feitelijke handelings- en een principiële procesonbekwaamheid moeten wegwerken. Voorstellen vanuit de Belgische en Nederlandse rechtsleer dienaangaande worden in het derde hoofdstuk uitvoerig besproken.

3. De internationale visie en invloed op de procespositie van de minderjarige

3.1. Een internationale tendens

Het internationale recht wordt gekenmerkt door de tendens om de maatschappelijke veranderingen in het kindbeeld juridisch te vertalen.¹²² Hoewel de bescherming van het kind niet wordt verlaten, komt in het internationale recht de emancipatie van het kind en zijn drang naar zelfbeschikking toch meer en meer op de voorgrond te staan.¹²³ Deze gewijzigde opvatting over de rechtspositie van kinderen uit zich op allerhande wijzen. Ten eerste worden mensenrechtenverdragen steeds vaker en vollediger toepasselijk geacht op kinderen.¹²⁴ Zo gelden thans de meeste bepalingen van het E.V.R.M.¹²⁵ zowel voor kinderen als voor volwassenen.¹²⁶ Een tweede

¹²¹ B. LEROI, *l.c.*, (289) 313.

¹²² K. JACOBS, *l.c.*, (827) 876; E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 3.

¹²³ E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 6-16.

¹²⁴ HR 2 mei 1980, *N.J.* 1980, 537; HR 11 oktober 1985, *N.J.* 1986, 54; HR 21 maart 1986, *N.J.* 1986, 585; zie C. VAN NIJNATTEN, "Kinderrechten in discussie: inleiding" in C. VAN NIJNATTEN (ed.), *Kinderrechten in discussie*, Amsterdam, Boom, 1993, 7.

¹²⁵ Wet 13 mei 1955 houdende goedkeuring van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, *B.S.* 19 augustus 1955.

¹²⁶ E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 3.

uiting van de internationale tendens vindt men in het opstellen van verdragen die specifiek handelen over de sociale categorie van de kinderen en over hun rechten en verplichtingen. Een recent voorbeeld van zo een verdrag vormt het I.V.R.K.¹²⁷ Dit belangrijke verdrag is gebaseerd op twee principes, m.n. de bescherming van de minderjarige en zijn zelfbeschikkingsrecht.¹²⁸ Dit laatste is een totaal nieuw gegeven. Een ander voorbeeld is het E.V.U.R.K. dat nog maar door twee landen is geratificeerd en bijgevolg nog niet van kracht is.¹²⁹ De bedoeling is ook hier gelegen in een versteviging van de rechtspositie van de minderjarigen. De innovatie van dit verdrag is gelegen in zijn aandacht voor de procedurele rechten van kinderen.

Ondanks het feit dat er meer internationaal recht te vinden is dat toepasselijk is op kinderen, zal ik mij in dit seminariewerk beperken tot de drie voormelde verdragen. Mijn keuze is gebaseerd op het innoverend karakter van de verdragen en op hun bijzonder belang in de materie van de procesbekwaamheid van de minderjarige.

Binnen deze gewijzigde internationale visie op de rol van het kind bestaat een ruime consensus over het toekennen van materiële rechten aan het kind.¹³⁰ Minder eensgezindheid bestaat er rond de uitoefening van deze rechten, of m.a.w. over het toestaan van formele rechten aan de minderjarige.¹³¹ Dit hele debat draait rond de competentie van kinderen. Nochtans kan men niet ontkennen dat beide bekwaamheden onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. “In het bouwwerk van de rechten van de mens is dan ook één grondrecht een *conditio sine qua non* voor de handhaving van alle andere grondrechten, de hoeksteen van hele bouwwerk, namelijk het grondrecht op toegang tot de rechter...”¹³²

3.2. Enkele belangrijke internationale artikelen voor het procesrecht

Opvallend is het gegeven dat deze internationale verdragen zich vooral concentreren op *persoonlijkheids- en grondrechten*. Vermogensrechtelijke aangelegenheden worden er niet in behandeld. Wanneer we deze problematiek bekijken, bevinden we ons dus in het *spanningsveld ouderlijk gezag-rechten van het kind*. Het ouderlijk gezag beperkt deze internationale rechten van het

¹²⁷ Verdrag inzake de Rechten van het Kind, aangenomen te New York op 20 november 1989, *B.S.* 17 januari 1992.

¹²⁸ E. VERHELLEN, G. CAPPELAERE en F. SPIESSCHAERT, “De rechten van het kind”, *R.W.* 1991-92, (1114) 1114.

¹²⁹ K. HERBOTS, “Het nieuw Europees Verdrag inzake de uitoefening van de rechten van het kind en de situatie in België”, *T.P.R.* 1997, (1763) 1763.

¹³⁰ E. VERHELLEN, “Een zich wijzigend kindbeeld”, *l.c.*, 4-5.

¹³¹ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 267; E. VERHELLEN, “Een zich wijzigend kindbeeld”, *l.c.*, 4-5.

¹³² H. SMEYERS, “Toegang tot het gerecht voor iedereen, requiem of revival?: concept voor een verplichte rechtsbijstandsverzekering op de drempel van de 21ste eeuw”, *A.J.T.* 1996-97, (25) 26.

kind in aanzienlijke mate.¹³³ Bijgevolg kan er niet volledig tegemoet gekomen worden aan de wens van meer zelfbeschikkingsrecht voor het kind. Of om het met de woorden van Verhellen te zeggen: “Ouderlijk gezag en minderjarigheid vormen twee complementaire, juridische concepten. Deze constructie belet nochtans vaak de werkelijke (her)waardering van de plaats van de jongere in de samenleving.”¹³⁴

Binnen het beperkte kader dat gelaten wordt door de keuze van de drie voormelde verdragen, zal ik ook de behandeling beperken tot de meest relevante artikelen.

3.2.1. *E.V.R.M.*:

Dit mensenrechtenverdrag legt geen leeftijdsgrens op en zou dus in principe ook moeten gelden voor kinderen.¹³⁵ Deze gelding t.a.v. kinderen wordt echter verstoord door het ouderlijk gezag dat inzake persoonlijkheidsrechten nog een groot stuk in de pap te brokken heeft. Wel wordt in de praktijk een tendens merkbaar van groeiende toekenning van deze persoonlijkheidsrechten naargelang de jongere ouder wordt.¹³⁶ Het ouderlijk gezag treedt dan geleidelijk aan terug. Naast de grenzen aangebracht door het ouderlijk gezag, brengt ook de nationale wetgever soms beperkingen aan.

Een voorbeeld van zo een beperking vormt *artikel 6 E.V.R.M.* Naar de letter biedt dit artikel alleen proceswaarborgen aan de verweerder. Toch oordeelde het Hof in het arrest *Golder*¹³⁷ dat artikel 6 ook het recht verschaft op een rechterlijke procedure tot vaststelling van de burgerlijke rechten en verplichtingen. De nationale overheid mag deze toegang tot de rechter niet verhinderen.¹³⁸ Sterker nog, zij is verplicht om positieve maatregelen uit te vaardigen opdat het individu ook effectief zijn recht op toegang kan uitoefenen.¹³⁹ Dit recht kan evenwel worden beperkt door de nationale wetgever met het oog op een goede rechtsbedeling. Zo aanvaardt het Hof dat impliciete beperkingen worden aangebracht aan de toegang tot de rechter voor minderjarigen, omdat deze zich in een bijzondere rechtspositie bevinden.¹⁴⁰ Opgemerkt moet evenwel dat het Hof nooit de bedoeling heeft gehad met deze

¹³³ Cass. Fr. 11 juni 1991, *J.dr.jeun.* 1992, afl. 112, 37; Jeugdwb. Luik 13 juni 1991, *J.L.M.B.* 1991, 1287-1289.

Contra: Luik 2 mei 1909, *Pas.* 1909, II, 219.

¹³⁴ E. VERHELLEN, “Een zich wijzigend kindbeeld”, *l.c.*, 12

¹³⁵ P. MARTENS, *l.c.*, 6.

¹³⁶ M. FIEGE, *o.c.*, 2.

¹³⁷ Hof Mensenrechten, arrest *Golder* van 21 februari 1975, *Publ.Eur.Court H.R.*, Serie A, nr. 18; P. PEETERS, *o.c.*, 11.

¹³⁸ P. PEETERS, *o.c.*, 7.

¹³⁹ S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 579.

¹⁴⁰ E. DE GROOTE, *l.c.*, 228; P. PEETERS, *o.c.*, 10-14.

impliciete beperkingen het recht volledig uit te hollen.¹⁴¹ Het wezen zelf van het grondrecht, m.n. een behoorlijke rechtsbedeling, moet onaangetast blijven.¹⁴²

Dit artikel 6 wordt soms ook bekeken in samenhang met artikel 14 E.V.R.M.¹⁴³ Dit gelijkheidsbeginsel vereist een redelijk verband van evenredigheid tussen de impliciete beperkingen en het beoogde doel.¹⁴⁴ M.a.w. de combinatie van deze twee artikelen maakt het mogelijk om in concreto de noodzaak van de beschermingsmaatregel af te wegen tegen het oogmerk van de goede rechtsbedeling.

Twee andere belangrijke peilers voor de procesbekwaamheid vormen *artikel 34 en artikel 35 E.V.R.M.* Eigenlijk betreft het het individueel klachtenrecht van de particulier. Bij schending van een grondrecht uit het verdrag, kan de particulier dit aan het Hof te Straatsburg mededelen. Op deze meldingsmogelijkheid staat geen leeftijdsgrens.¹⁴⁵

Vóór 1 november 1998 werden deze klachten behandeld door de Europese Commissie ter bescherming van de rechten van de mens (oud artikel 25 en 26 E.V.R.M.).¹⁴⁶ Hier ging het dus niet over een rechtstreekse toegang tot het Hof. Een omweg diende gemaakt te worden via de Commissie. Hoewel het in de praktijk meestal de wettelijke vertegenwoordiger was die de klacht indiende voor het kind, liet de Commissie ook de minderjarige zelf, ondanks zijn principiële handelingsonbekwaamheid, toe een klacht in te dienen.¹⁴⁷ Dit kon de minderjarige alleen of samen met zijn vertegenwoordiger. In concreto heeft de Commissie zelfs herhaaldelijk aanvaard dat, alhoewel de nationale rechtsmiddelen nog niet uitgeput waren - omdat de wettelijke vertegenwoordiger van het kind weigerde op te treden - de minderjarige toch zelf een klacht kon neerleggen.¹⁴⁸ Meestal kwam de Commissie tot een minnelijke schikking tussen de jongere en de verdragstaat.¹⁴⁹ Wanneer geen minnelijke schikking uit de bus kwam, kwamen sommige klachten van

¹⁴¹ Hof Mensenrechten, arrest Winterwerp van 24 oktober 1979, *Publ.Eur.Court H.R.*, Serie A, nr. 33; Hof Mensenrechten, arrest Philis van 27 augustus 1991, *Publ.Eur.Court H.R.*, Serie A, nr. 209; P. PEETERS, *o.c.*, 15.

¹⁴² P. PEETERS, *o.c.*, 14-16.

¹⁴³ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 249.

¹⁴⁴ P. PEETERS, *o.c.*, 16-17.

¹⁴⁵ M.L. VAN EMMERIK, "Klachten van kinderen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens te Straatsburg", in M. DE LANGEN, J.H. DE GRAAF en F.B.M. KUNNEMAN (eds.), *Kinderen en recht: opstellen over de positie van minderjarige in het recht*, Deventer, Kluwer, 1989, 59.

¹⁴⁶ Het E.V.R.M. is gewijzigd bij artikel 2 van Protocol nr. 11 van 11 mei 1994, *B.S.* 4 juli 1997. Dit nieuwe protocol is in werking getreden op 1 november 1998 (art. 4 juncto Ber., *B.S.* 4 april 1998). De wijziging heeft de Commissie en het Hof laten samensmelten tot 1 orgaan. Dit heeft zijn consequenties voor de individuele klachtenregeling.

¹⁴⁷ E.C.R.M., nr. 6753/74, 19 december 1974, *D.R.* nr. 474, noot.

¹⁴⁸ C. MAES, *l.c.*, 391.

¹⁴⁹ M.L. VAN EMMERIK, *l.c.*, 62.

jongeren - via de omweg van de Commissie - bij het Hof te Straatsburg terecht en werden er behandeld.¹⁵⁰

Men staat hier voor het merkwaardige gegeven dat kinderen op Europees niveau wel rechtsingang kregen en krijgen.

3.2.2. I.V.R.K.

Het I.V.R.K. heeft zich voornamelijk toegespitst op het toekennen van rechten aan kinderen.¹⁵¹ Deze rechten komen evenwel niet rechtstreeks aan de minderjarige zelf toe. Het zijn veeleer verplichtingen die worden opgelegd aan verdragstaten t.a.v. kinderen.¹⁵² Toch is het I.V.R.K. ook op het punt van de procesbekwaamheid van belang aangezien het een mildering op de principiële procesonbekwaamheid van het kind heeft aangebracht met de artikels 12 en 9.

Nemen we eerst even kort *artikel 12* onder de loep.¹⁵³ Dit artikel kent een hoorrecht toe aan de minderjarige met onderscheidingsvermogen in alle aangelegenheden die hem aanbelangen. Alhoewel het kind hierdoor geen partij wordt in het geschil, wordt toch vereist dat aan de mening van het kind een passend belang wordt gehecht in functie van zijn maturiteit en leeftijd. Bijgevolg wordt recht gedaan aan zijn zelfbeschikkingsrecht.

Artikel 9 kent dit hoorrecht ook toe aan kinderen die van hun ouders of één van hen door bijzondere omstandigheden worden gescheiden. Daarenboven hebben deze kinderen ook recht op omgang met hun ouder(s).¹⁵⁴ Het kind zelf wordt in het verdrag aangeduid als titularis van het recht. Dit heeft belangrijke consequenties, waarover later meer.

3.2.3 E.V.U.R.K.

Het E.V.U.R.K. is zoals hoger vermeld nog niet in werking. De verdragstekst behandelt - niet geheel volgens de doelstelling van het verdrag - in hoofdzaak de (verdere) uitbouw van procedurele rechten, die reeds waren toegekend aan het kind of aan zijn wettelijk vertegenwoordiger.¹⁵⁵ Ondanks de oorspronkelijke ruime en ambitieuze doelstelling, heeft het verdrag slechts een beperkt belang. Immers, haar onderwerp is beperkt tot drie door de lidstaten vrij te bepalen familierechtelijke geschillen (artikel 1,4).¹⁵⁶ De meest verregaande bepalingen behandelen daarenboven geen dwingende maar slechts virtuele rechten.¹⁵⁷ *Artikel 5* van het verdrag is een voorbeeld van zo een aanvullend recht.¹⁵⁸ In het

¹⁵⁰ Hof Mensenrechten, arrest Nielsen van 28 november 1988, *Publ.Eur.Court H.R.*, Serie A, nr. 144 en *N.J.* 1991, nr. 541, noot; Hof Mensenrechten, arrest Moustaquim van 18 februari 1991, *Publ.Eur.Court H.R.*, Serie A, nr. 193.

¹⁵¹ J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*, l.c., 30.

¹⁵² E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", l.c., 7.

¹⁵³ J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*, l.c., 19; S. MOSSELMANS, l.c., (543) 605-606.

¹⁵⁴ J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*, l.c., 15.

¹⁵⁵ K. HERBOTS, l.c., (1763) 1813.

¹⁵⁶ E. DE KEZEL, l.c., (249) 271; K. HERBOTS, l.c., (1763) 1773-1774.

¹⁵⁷ K. HERBOTS, l.c., (1763) 1774.

¹⁵⁸ *Ibid.*, (1763) 1792.

vierde lid gewaagt het te spreken van de toekenning van een - zij het beperkte - procesbekwaamheid aan de minderjarige. Dit is revolutionair, maar spijtig genoeg niet dwingend.

Ondanks het feit dat het verdrag ook interessante dwingende rechten¹⁵⁹ - zoals een recht om geïnformeerd te worden, het recht om de benoeming van een speciale vertegenwoordiger te verzoeken - toekent aan het kind, zal het grootste belang van dit verdrag het opentrekken van het discussieforum zijn.¹⁶⁰ Toch wijzen vele rechtsgeleerden ook op de gevaren die het verdrag met zich meebrengt.¹⁶¹ Gelet op haar beperkt toepassingsgebied en limitatieve formuleringen zou men het verdrag kunnen aangrijpen om de vele rechten toegekend door het I.V.R.K. weer in te perken. Dit kan echter nooit de bedoeling geweest zijn van de Europese Unie.

3.3. Invloed van deze bepalingen op het Belgische recht

Het belang van deze internationale regelgeving is gelegen in het feit dat zij ook toepasselijk is in België wanneer ons land partij is bij het verdrag.¹⁶² Daarenboven primeert het internationale recht op het nationale.¹⁶³ Toch moet men ermeê rekening houden dat niet alle bepalingen van een verdrag even bindend zijn voor de lidstaten.¹⁶⁴ Sommige bepalingen zijn immers slechts intentieverklaringen van de verdragstaten. Anderen vragen dan weer de invoering van gepaste maatregelen in het interne recht.

Er zijn twee manieren om internationaal recht toepasselijk te maken in de interne rechtsorde. Ofwel moet de nationale wetgever zelf een wetsregel uitvaardigen om de internationale regel in te vullen. Ofwel heeft het verdrag directe werking. Vooral bij deze directe werking wringt het schoentje. Indien een verdrag directe werking heeft, kan de particulier immers onmiddellijk de internationale regeling inroepen voor de nationale rechter.¹⁶⁵ De gevolgen van de directe werking zijn m.a.w. zeer verregaand. Meer dan eens wordt er dan ook gediscussieerd over de al dan niet directe werking van een verdrag.

Laten we nu eens onderzoeken welke gevolgen voornoemde artikelen hebben gehad op de Belgische wetgeving. Hoe staat het met het recht van "toegang tot de rechter"?

¹⁵⁹ *Ibid.*, (1763) 1776-1785.

¹⁶⁰ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 271.

¹⁶¹ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 272; K. HERBOTS, *l.c.*, (1763) 1815-1816.

¹⁶² In België wordt het recht als een eenheid beschouwd. Internationale rechtsregels behoren er als zodanig tot de ene rechtsorde waaraan alle rechtssubjecten in die rechtsorde onderworpen zijn. Zie A. ALEN en W. PAS, "De directe werking van het V.N.-Verdrag inzake de rechten van het kind", in E. VERHELLEN (ed.), *KIDS, o.c.*, 4.

¹⁶³ Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959 en *Pas.* 1979, I, 886 ; Cass. 4 april 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1031-1034.

¹⁶⁴ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 268.

¹⁶⁵ A. ALEN en W. PAS, *l.c.*, 5-7.

Artikel 6 E.V.R.M. heeft directe werking in onze rechtsorde.¹⁶⁶ In principe heeft iedereen dus recht op toegang tot de rechter. Onze wetgever heeft echter gebruik gemaakt van de mogelijkheid impliciete beperkingen aan te brengen en alzo deze toegang slechts toe te kennen aan minderjarigen via hun wettelijke vertegenwoordiger. Toch moet worden opgemerkt dat het Belgische recht strijdig is met artikel 6 daar zij geen maatregelen neemt indien de wettelijke vertegenwoordiger weigert op te treden voor het kind.¹⁶⁷ Hierdoor neemt deze immers een definitieve stellingname in t.a.v. de rechten van het kind. Dit komt volgens artikel 6 evenwel alleen toe aan een rechterlijke instantie.¹⁶⁸ Daarenboven kan men zich ook de vraag stellen of *artikel 6 juncto artikel 14 E.V.R.M.* niet geschonden is door het toevoegen van een wettelijke vertegenwoordiger aan een jongere met voldoende onderscheidingsvermogen.¹⁶⁹ Is er nog wel een evenredigheid te onderkennen tussen het aangewende middel en het beoogde doel?

Het kind wordt bijgevolg geen zelfstandige rechtsingang verleent. Staan we dan even stil bij een mogelijke mildering van de principiële procesonbekwaamheid die het kind volledig buiten het proces laat.

Ook *artikel 12 I.V.R.K.* heeft sporen nagelaten in het Belgische recht. De al dan niet directe werking van dit artikel wordt betwist.¹⁷⁰ De formulering van de bepaling is nochtans zeer duidelijk en laat geen ruimte voor misverstanden. De modaliteiten zorgen echter voor vele discussies. De Belgische wetgever heeft zijn recht in overeenstemming met dit artikel pogen te brengen. Vooreerst heeft men hiertoe *artikel 56bis* Jeugdbeschermingswet ingevoerd.¹⁷¹ De rechter is

¹⁶⁶ Cass. 3 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 910; Cass. 26 september 1978, *Arr.Cass.* 1978-1979, 116; Cass. 4 april 1984, *Arr.Cass.* 1983-1984, 1031-1034; Cass. 13 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 81.

¹⁶⁷ P. PEETERS, *o.c.*, 18; A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 36.

¹⁶⁸ D. BALLEET en A. WYLLEMAN, *l.c.*, (793) 803.

¹⁶⁹ P. PEETERS, *o.c.*, 16-17.

¹⁷⁰ Opgemerkt moet worden dat vóór de wettelijke transponatie van deze regel in onze interne rechtsorde door de invoeging van de artikelen 56 bis Jeugdbeschermingswet en het artikel 931, lid 3-7 Ger.W., de rechtspraak herhaaldelijk reeds de directe werking van het artikel had aanvaard. Voorbeelden: Kort Ged. Rb. Luik 22 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 146 en *J.dr.jeur.* 1992, afl. 113, 35; Gent 13 april 1992, *R.W.* 1992-93, 229; Luik 24 juni 1992, *J.dr.jeur.* 1992, afl. 118, 37; Bergen 20 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 784 en *J.dr.jeur.* 1993, afl. 126, 36; Kort Ged. Rb. Nijvel 21 mei 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1278; Kort Ged. Rb. Brussel 10 september 1993, *J.dr.jeur.* 1993, nr. 128, 30-31; Kort Ged. Namen 1 maart 1994, *J.dr.jeur.* 1994, 42; Rb. Luik 7 maart 1994, *J.L.M.B.* 1994, 521.

pro directe werking: G. CAPPELAERE, E. VERHELLEN en F. SPIESSCHAERT, "Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en zijn directe werking in het Belgische interne recht", (noot onder Gent 13 april 1992), *R.W.* 1992-93, 230. *contra* geen directe werking: K. ADRAENSSSENS, *l.c.*, (1108) 1109; C. PANIER, "Faire entendre sa parole en justice: un droit pour l'enfant?", (noot onder Rb. Luik 22 november 1991), *J.L.M.B.* 1992, 149; B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", *l.c.*, 251.

In Frankrijk heeft men de directe werking van het verdrag afgewezen. Het Franse Hof van Cassatie heeft gesteld dat het verdrag alleen verplichtingen oplegt aan de verdragstaten: Cass. Fr. 10 maart 1993, *Rec.Dalloz* 1993, 361; Cass. Fr. 2 juni 1993, *R.T.D. civ.* 1993, 572; Zie P. MARTENS, *l.c.*, 13; S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 606.

¹⁷¹ Wet van 2 februari 1994 tot wijziging van de Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *B.S.* 17 september 1994.

verplicht de jongere in een beperkt aantal aangelegenheden opgesomd in dit artikel te horen vanaf de leeftijd van 12 jaar.¹⁷² Daarnaast heeft de wetgever ook een gemeenrechtelijke hoormogelijkheid gecreëerd in artikel 931, 3de-7de lid Ger.W.¹⁷³ Het betreft hier inderdaad slechts een hoormogelijkheid.¹⁷⁴ Het initiatief tot horen kan uitgaan zowel van het kind zelf¹⁷⁵ als van de rechter. Indien het kind wenst gehoord te worden, heeft de wetgever echter een (te) ruime appreciatiebevoegdheid. Hij kan immers weigeren het kind te horen wanneer hij zijn weigering steunt op het gebrek aan onderscheidingsvermogen van het kind. Hoe de rechter hiervan op de hoogte kan zijn zonder het kind gezien te hebben, blijft voor velen een raadsel.¹⁷⁶ Bovendien kan het kind geen hoger beroep instellen tegen deze beslissing van de rechter. Het kind beschikt bijgevolg niet over een recht maar over een mogelijkheid de rechter aan te spreken. Hij moet beroep doen op de *goodwill* of bereidwilligheid van de rechter.¹⁷⁷ Ten slotte wordt de rechter niet wettelijk verplicht rekening te houden met de mening van het kind, in functie van zijn maturiteit en leeftijd.¹⁷⁸ Dit ondermijnt het nut van horen. Men kan m.a.w. bezwaarlijk spreken van een volledige transponatie van artikel 12 I.V.R.K. in onze Belgische wetgeving.¹⁷⁹

Ook *artikel 9 I.V.R.K.* houdt een belangrijke nuancering in van de principiële procesonbekwaamheid. Het kind is immers titularis van een omgangsrecht. Oorspronkelijk was het de bedoeling van de Belgische wetgever deze bepaling volledig over te nemen in onze rechtsorde.¹⁸⁰ Toen de aandacht werd getrokken op het feit dat dit automatisch ook de toekenning van een - zij het beperkte - procesbekwaamheid van minderjarigen impliceerde, heeft men echter afgehaakt.¹⁸¹ Deze complexe en gevoelige problematiek ging men liever uit de weg. Verder zou een toekenning van een - zelfs beperkte - procesbekwaamheid allerlei bijkomende maatregelen op budgettair en organisatorisch vlak vergen.¹⁸² De wetgever zelf verschool zich achter het argument dat een recht in hoofde van het kind een plicht voor een volwassene zou brengen. Dit is onaanvaardbaar omdat dit een inbreuk zou uitmaken op zijn recht op

¹⁷² E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 268; J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind, l.c.*, 19.

¹⁷³ Wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het gerechtelijk wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *B.S.* 21 juli 1994.

¹⁷⁴ J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind, l.c.*, 19-23; S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 609-616.

¹⁷⁵ Luik 15 juni 1994, *J.dr.jeun.* 1994, afl. 137, 44.

¹⁷⁶ C. MAES, *l.c.*, 389.

¹⁷⁷ Opgemerkt moet ook dat de meeste kinderen zelfs niet op de hoogte zijn van het bestaan van deze mogelijkheid, zodat hun kans hun mening te kennen te geven aan de rechter in de praktijk nog kleiner is. E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 269; C. MAES, *l.c.*, 396.

¹⁷⁸ Ook in onze buurlanden wordt het kind in aangelegenheden die het rechtstreeks aanbelangen een -al dan niet verplicht- hoorrecht toegekend. Opvallend is dat ook deze landen geen bepaling kennen in hun wetgeving die expliciteert dat recht moet gedaan worden aan de mening van het kind in functie van zijn leeftijd en volwassenheid. Zie E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 14.

¹⁷⁹ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 269.

¹⁸⁰ B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", *l.c.*, 253.

¹⁸¹ K. JACOBS, *l.c.*, (827) 870.

¹⁸² B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", *l.c.*, 253.

persoonlijke vrijheid.¹⁸³ Daarenboven meende de wetgever dat het wenselijk was eerst de evaluatie van het pas ingevoerde hoorrecht gedurende een zekere periode af te wachten, alvorens de discussie over de procesbekwaamheid aan te gaan.¹⁸⁴ Tenslotte werd ook op de rol van de Procureur des Konings als initiatiefnemer inzake omgangsrecht gewezen om de problematiek van de procesonbekwaamheid van de minderjarigen op de lange baan te schuiven. Toch bestaat er onenigheid over de draagwijdte van dit artikel tussen de rechtsgeleerden.¹⁸⁵ Sommige rechtsgeleerden leiden uit een arrest van het Hof van Cassatie¹⁸⁶ uit 1994 de impliciete erkenning van de directe werking van het artikel in onze rechtsorde af.¹⁸⁷ De Belgische rechter zou volgens deze rechtsgeleerden rechtstreeks kunnen aangesproken worden o.g.v. artikel 9 I.V.R.K. Bijgevolg wordt het kind partij in het geschil en heeft het recht op alle voordelen - zoals motivering en rechtsmiddelen - die dit met zich mee brengt. Closset daarentegen is de mening toegedaan dat de minderjarige niet het recht wordt toegekend om in rechte op te treden door het beruchte artikel 9.¹⁸⁸ De betekenis van het artikel beperkt zich volgens hem tot het horen van het kind zelf. De mening van het kind mag niet meer achterhaald worden via de wettelijke vertegenwoordiger. Ongeacht de discussies die er gevoerd worden over de waarde van artikel 9, kan niet ontkend worden dat het Belgische recht deze bepaling van het I.V.R.K. schendt.

3.4. Besluit

Besluit van dit hoofdstuk is dus dat er op internationaal niveau wordt uitgegaan van de gewijzigde visie op het kindbeeld.¹⁸⁹ Hoewel er nog onenigheid bestaat over de oplossing van de problematiek van de procesbekwaamheid¹⁹⁰ - wat logisch is gezien de grote groep landen met verschillende rechtssystemen, culturen en tradities - wordt er toch al over de procespositie van de minderjarige gepraat.¹⁹¹ De toekenning van een hoorrecht aan het kind met onderscheidingsvermogen is een enorme stap voorwaarts m.b.t. zijn recht op zelfbeschikking.

¹⁸³ Dit moet evenwel *genuanceerd* worden. Immers, het recht op persoonlijk contact houdt geen beperking in van het recht op persoonlijke vrijheid van de ouder. Een inbreuk op dit laatste recht zou er pas komen indien men het recht op contact zou afdwingen. Zie B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", *l.c.*, 252; zie S. MOSSELMANS, *l.c.*, (543) 604; zie B. VANLERBERGHE, "Omgangsrecht in het licht van artikel 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1990-91, (147) 156.

¹⁸⁴ B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", *l.c.*, 254.

¹⁸⁵ E. DE GROOTE, *l.c.*, 227; E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 271.

¹⁸⁶ Cass. 11 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 253 en *A.J.T.* 1994-95, 6.

¹⁸⁷ E. VERHELLEN, G. CAPPELAERE en F. SPIESSCHAERT, "Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en zijn directe werking in het Belgische interne recht", *l.c.*, 231.

¹⁸⁸ G. CLOSSET, *l.c.*, 585.

¹⁸⁹ E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 6-16.

¹⁹⁰ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 267; E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 4-5.

¹⁹¹ A. ALEN en W. PAS, *l.c.*, 18; V. POULEAU, "A propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant, sujet de droits: enfin une réalité?", *J.T.* 1990, (617) 618.

De Belgische wetgever wordt door de toetreding tot deze verdragen verplicht zijn recht te herzien op verschillende punten. Hij doet dit fragmentarisch. Hij weigert echter bepaalde verdragsbepalingen volledig te volgen uit vrees de problematiek van de procesbekwaamheid van kinderen aan te snijden.¹⁹² Gevolg van dit alles is dat de Belgische wetgeving op vele punten strijdig is met de internationale verdragen.

Het kan niet ontkend worden dat de procesbekwaamheid van minderjarigen een zeer delicate materie is. Er moet voorzichtig mee omgesprongen worden. De kop in het zand steken is evenwel niet de aan te raden “approach” voor het probleem. Het kind is nu eenmaal mondiger geworden. Het zou meer verantwoordelijkheid willen en kunnen dragen. Schuilen achter de hoorregeling - die op zich ook al te wensen overlaat - en de figuur van de Procureur des Konings als waarborgen voor het kind is duidelijk onvoldoende.¹⁹³ De discussie moet dringend worden aangegaan. Vele rechtsgeleerden zijn hiertoe al in hun pen gekropen en hebben allerlei theorieën dienaangaande uitgewerkt. Deze zullen aan bod komen in het volgende hoofdstuk.

4. Rechtskundige opvattingen over de wenselijkheid van de proces(on)bekwaamheid van de minderjarige

Gelet op de chaotische en strijdige indruk die een analyse van het Belgische en het internationale recht nalaat inzake de rechtsingang van minderjarigen, hoeft het niemand te verbazen dat verschillende rechtsgeleerden gepoogd hebben een oplossing voor deze problematiek uit te dokteren. Een enorme verscheidenheid aan voorstellen tot wijziging zijn dan ook ten tonele verschenen. In België zijn meerdere uitgewerkte visies over procesbekwaamheid terug te vinden. Nederlanders beperken zich meestal tot enkele losse opmerkingen dienaangaande.¹⁹⁴

Opgemerkt moet worden dat de theorieën over de procespositie van de minderjarigen steeds kaderen binnen een ruimere theorie over de handelingsbekwaamheid van de minderjarige. Gelet op de beperkte omvang van een seminariewerk zal ik echter abstractie maken van deze onderliggende ideeën. Alleen de procesgebonden visies worden besproken. Verder zal ik hier ook slechts enkele deelaspecten van theorieën behandelen omdat zowel het aantal voorstellen, als hun inhoud te gedifferentieerd zijn om alles te kunnen behandelen.

4.1. Verschillende onderscheidingen

¹⁹² B. POELEMANS, “De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag”, *l.c.*, 253-254.

¹⁹³ *Ibid.*, 254.

¹⁹⁴ M. FIEGE, *o.c.*, 90.

Naast de enorme waaier van voorstellen kennen deze auteurs ook nog een heleboel onderscheiden. Ik zal kort de meest gemaakte onderscheiden onderzoeken op hun pertinentie.

4.1.1. *Vermogensrechtelijke vs. persoonsgebonden aangelegenheden*

Verscheidene auteurs maken dit onderscheid, al dan niet expliciet, bij het uitwerken van een theorie aangaande de procespositie van de minderjarigen.¹⁹⁵ Aan de basis van dit onderscheid ligt naar mijn mening een kwantitatief en niet zozeer een kwalitatief verschil. Persoonsgebonden aangelegenheden zorgen thans voor veel meer problemen dan vermogensrechtelijke. De reden hiertoe is te vinden in het verbod van vertegenwoordiging in strikt persoonlijke aangelegenheden. Wanneer we de Belgische positiefrechtelijke regeling strikt zouden handhaven - m.a.w. als we geen rekening houden met de afwijkingen toegestaan door de wetgever en de rechtspraak - leidt dit soms tot de rechtsonbekwaamheid van de minderjarige. De problematiek wordt daarenboven extra in de verf gezet door de internationale verdragen die zich concentreren op grond- en persoonlijkheidsrechten van het kind. Verder beschikt er slechts een beperkt percentage van kinderen over een aanzienlijk vermogen waarover vermogensrechtelijke geschillen zouden kunnen ontstaan. Toch vind ik geen essentiële reden om een verschillende behandeling op procesrechtelijk vlak toe te kennen aan de twee aangelegenheden.¹⁹⁶ Het argument dat vermogensrechtelijke aangelegenheden ook derden betreffen die dienen te worden beschermd, is hier niet op zijn plaats. Dit argument is eerder te situeren binnen de vraag naar de materiële handelingsbekwaamheid. Op procesrechtelijk niveau is een globale regeling daarentegen wenselijk gelet op de vraag naar duidelijkheid en eenvormigheid in het procesrecht.

4.1.2. *Kind t.a.v. derden vs. kind t.a.v. ouders-wettelijke vertegenwoordigers*

Thans wordt er tussen deze geschillen in het positieve recht geen onderscheid gemaakt.¹⁹⁷

Toch is er veel kritiek op deze houding van de wetgever.¹⁹⁸ Velen beschouwen een rechterlijke ingreep in een gezinsconflict als onwenselijk.¹⁹⁹ Men vreest dat kinderen de rechter gaan aanspreken voor kleine bagatellen.²⁰⁰ De gevolgen van dit (te) vlug aanspreken van de rechter - dat tot escalering van geschillen zou

¹⁹⁵ E. DE GROOTE, *l.c.*, 253; J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind, l.c.*, 32; A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 27-35.

¹⁹⁶ *Contra*: W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERSWOERD, *Jeugd en ouderlijk gezag*, Alphen aan den Rijn, Tjeenk Willink, 1979, 33-34.

¹⁹⁷ B. LEROI, *l.c.*, (289) 301.

¹⁹⁸ *Contra*: zie A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 47.

¹⁹⁹ Zie M. DE LANGEN, "Recht voor kinderen", *A.A.* 1990, (213) 220-221; M. FIEGE, *o.c.*, 98; C. VAN WAMELEN, "Notitie rechtspositie minderjarigen: de minderjarige als object van ouderlijke plichten", *F.J.R.* 1990, (2) 6.

²⁰⁰ M DE LANGEN, *l.c.*, (213) 221; V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *l.c.*, (3) 19.

leiden volgens sommigen²⁰¹ - zijn velerlei. Zo zal de conflictbeheersende kracht die van een gezin uitgaat verminderen. Ook zal de werklast van de rechter hierdoor aanzienlijk verzwaren, evenals de kosten die de Staat moet dragen.²⁰²

De meeste van deze argumenten kunnen worden weerlegd. Zo blijkt uit de praktijk dat kinderen zich ten eerste bewust zijn van het feit dat een gezinsconflict zich niet leent tot een rechterlijke behandeling.²⁰³ Er zal dan ook meestal slechts beroep worden gedaan op de rechter wanneer de situatie al volledig uit de hand gelopen is. Bijgevolg zal het aantal aanvragen niet drastisch stijgen, en zal ook de werklast van de rechter niet in aanzienlijke mate toenemen. Hetzelfde geldt dan automatisch voor de kostprijs van de rechtsbijstand, die door de staatskas wordt gedragen.

Los van de discussie over wat al of niet de gevolgen van de toekenning van een procesbekwaamheid zouden zijn, kan niet worden ontkend dat de procespositie van het kind in het positieve recht uitermate zwak is. Ofwel stuit de minderjarige op een beslissing genomen door zijn ouders in uitoefening van het ouderlijk gezag waartegen hij niets kan inbrengen, ofwel wordt hij overgelaten aan de *goodwill* van zijn ouders-wettelijke vertegenwoordigers om voor zijn rechten op te komen. Juist in deze materies worden echter beslissingen genomen die diep ingrijpen op het privé-leven van de minderjarige.²⁰⁴

Hoewel geschillen tussen kind en derden en tussen kind en ouders wezenlijk verschillend zijn en andere consequenties met zich meebrengen, ben ik toch de mening toegedaan dat men gezinsconflicten niet uit het recht kan houden. Immers, als er geen rechter als derde partij kan tussenkomen, wordt het kind in een impasse geplaatst en alzo rechtsonbekwaam gelaten in bepaalde situaties. Nochtans is het uitgangspunt dat de minderjarige drager is van alle mogelijke rechten en plichten.²⁰⁵ Natuurlijk is het wenselijk dat gezinsconflicten binnenskamers worden uitgepraat.²⁰⁶ Indien dit echter niet mogelijk blijkt te zijn, vind ik dat de jongere in bepaalde gevallen - waarover verder meer - een beroep moet kunnen doen op een rechter.

4.1.3. Kind heeft belang in geschil tussen ouders vs. kind is partij in geschil tegen ouders

Ook dit onderscheid is essentieel. Het is te vinden bij de meeste auteurs.²⁰⁷ Naar mijn mening is het terug te brengen tot het theoretische onderscheid tussen ouders als dragers van het ouderlijk gezag en ouders in de functie van

²⁰¹ Zie M. FIEGE, *o.c.*, 98; C. VAN WAMELEN, *l.c.*, (2) 6.

²⁰² Zie M. FIEGE, *o.c.*, 98.

²⁰³ M. DE LANGEN, "Recht voor kinderen", *A.A.* 1991, (213) 221; M. FIEGE, *o.c.*, 104-105.

²⁰⁴ M. FIEGE, *o.c.*, 107.

²⁰⁵ B. LEROI, *l.c.*, (289) 295; P. PEETERS, *o.c.*, 20.

²⁰⁶ Zie FIEGE, *o.c.*, 104.

²⁰⁷ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261-267; zie J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind, l.c.*, 31; P. SENAËVE, "Algemene beschouwingen rond de Wet van 13 april 1995" in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Maklu, Antwerpen, 1995, 58-63; Zie A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 31-35.

wettelijke vertegenwoordigers van het kind. Het *ouderlijk gezag* gebeurt wel in het belang van het kind, maar het kind wordt geen partij in een geschil tussen de ouders over de uitoefening van het ouderlijk gezag. De ouders handelen hier in eigen naam, hoewel het geschil wezenlijk het kind betreft. Een procedure daarentegen gevoerd door de *wettelijke vertegenwoordigers* van het kind gebeurt steeds in naam en voor rekening van het kind. Het kind zelf is dus de materiële partij, de ouders de formele partij.²⁰⁸ In dit geval is de minderjarige wel partijbekwaam.

Problematisch vindt men vooral de *partijonbekwaamheid* van de minderjarige die optreedt wanneer er een geschil ontstaat tussen de ouders in uitoefening van het ouderlijk gezag. Het kind dat belang heeft in het geschil, heeft in het positieve recht thans de mogelijkheid om zijn mening te kennen te geven via de gemeenschappelijke hoorregeling uitgewerkt in artikel 931, 3e-7e lid Ger.W.²⁰⁹ Op de nadelen van deze regelingen ben ik reeds hoger ingegaan. De conclusie hiervan was dat de hoorregeling zoals ze nu bestaat onvoldoende is om de minderjarige, als eerste belanghebbende in het geschil - aangezien de beslissingen hem rechtstreeks aanbelangen -, een zekere vorm van zelfbeschikking toe te kennen.

Wat zou men dan aan het positieve recht kunnen veranderen om de minderjarige meer zelfbeschikkingsrecht toe te kennen in deze materies?

Een aantal auteurs maken gewag van de figuur van de tussenkomende partij.²¹⁰

Indien de minderjarige procesbekwaam zou worden gemaakt, zou hij zelf het initiatief kunnen nemen om in de procedure tussen ouders tussen te komen.²¹¹

Het voordeel van deze tussenkomende figuur is dat het kind een aanzienlijk betere rechtspositie krijgt. Het kind als tussenkomende partij is immers "procespartij" in het geschil. Dit brengt met zich mee dat de rechter uitdrukkelijk moet antwoorden op zijn argumenten. De mening van het kind naast zich neerleggen, zoals in de huidige hoorregeling kan gebeuren, wordt hierdoor onmogelijk. Een ander voordeel is dat het kind ook gebruik kan maken van de rechtsmiddelen. Het kan m.a.w. zelf hoger beroep aantekenen wanneer het niet akkoord gaat met het vonnis.²¹² SENAËVE acht dit laatste echter tegenaangewezen.²¹³ Wanneer de ouders berusten in het vonnis over hun geschil, mag het de minderjarige niet worden toegelaten het geschil in hoger beroep verder te zetten. De tussenkomst van het kind kan echter ook nog andere

²⁰⁸ P. PEETERS, *o.c.*, 50.

²⁰⁹ In een limitatief aantal situaties is artikel 56 bis Jeugdbeschermingswet van toepassing. Voor meer info over deze regeling, zie P. SENAËVE, "De invoering van het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAËVE EN J. PEETERS (eds.), *De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht: commentaar op de Wet van 2 februari 1994 en de gecoördineerde decreten van 4 april 1990*, Leuven, Acco, 1994, 116-129.

²¹⁰ E. DE GROOTE, *l.c.*, 266-267; M. FIEGE, *o.c.*, 144.

²¹¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 266.

²¹² *Ibidem*, 267.

²¹³ P. SENAËVE, "Algemene beschouwingen rond de Wet van 13 april 1995" in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 62.

problemen met zich meebrengen.²¹⁴ Deze situeren zich voornamelijk op het gevoelsvlak. Er bestaat immers het gevaar van manipulatie van het kind door één van de ouders: het kind als wapen in de strijd tegen de andere ouder.²¹⁵ Dit kan tot escalatie van het geschil leiden.

Mijn zoektocht naar een billijk evenwicht tussen zelfbeschikking en bescherming van het kind wordt hier verstoord. Het voordeel dat de figuur van de tussenkomende partij biedt aan het kind is een grote mate van zelfbeschikking. Zij brengen voor het kind echter ook zeer grote gevaren mee: mogelijke vervreemding van een ouder, escalatie van het geschil tussen de ouders dat ook een weerslag heeft op de levensfeer van het kind, etc. Hiertegen kan in het systeem van zelfbeschikking geen bescherming worden geboden. Omwille van deze onverenigbaarheid ben ik (nog) niet in staat een standpunt in te nemen t.a.v. de wenselijkheid van de figuur van de tussenkomende partij.

Aangezien er toch iets dient te gebeuren, lijkt mij de meest ideale oplossing de aanpassing van de gemeenrechtelijke hoorregeling aan artikel 12 I.V.R.K. Het facultatieve karakter mag volgens mij blijven bestaan. Waarom? Het biedt meer waarborgen aan kinderen die niet wensen gehoord te worden.²¹⁶ Dit argument wordt evenwel - terecht - weerlegd door een aantal auteurs.²¹⁷ Het kind is immers niet verplicht te spreken wanneer het wordt gehoord door de rechter. De belangrijkste reden voor het facultatieve karakter ligt naar mijn mening in het feit dat de taak van de rechter niet dermate wordt verzwaaard. Verplicht horen brengt extra werk met zich mee, dat in vele gevallen geen aanvullende relevante informatie bijbrengt. In de gevallen waarin de rechter het opportuun acht, wordt het kind gehoord, evenals in de gevallen waarin het kind erop staat zijn mening te kennen te geven. Om de hoorregeling effectief nuttig te laten zijn voor de minderjarige moeten nog een aantal wijzigingen worden aangebracht. Zo zou de rechter niet meer mogen besluiten tot onvoldoende onderscheidingsvermogen, en bijgevolg tot het niet horen van de minderjarige, wanneer hij het kind zelf niet gezien en gesproken heeft.²¹⁸ Tevens dient een beroepsmogelijkheid tegen het niet horen van de rechter voor het kind te worden gecreëerd.²¹⁹ De rechter zou bovendien rekening moeten houden met de mening van het kind wanneer het wordt gehoord.²²⁰ Ook dienen kinderen op de

²¹⁴ *Ibid*, 62.

²¹⁵ Vele rechtsgeleerden betwisten dit manipulatieargument. Zij menen dat ieder persoon wordt blootgesteld aan mogelijke manipulatie, maar dat iedere persoon ook de keuze heeft zich al dan niet te laten manipuleren, zo ook de minderjarige. Zie J. GERLO en A. WYLLEMAN, "Gehoord ... en daarmee is de kous af?" in E. VERHELLEN, F. SPIESSCHAERT en L. CATTRISSE (eds.), *Rechten van kinderen: een tekstbundel van de Rijksuniversiteit Gent naar aanleiding van de UNO-Convention voor de rechten van het kind*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 243-244.

²¹⁶ V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *l.c.*, (3) 36.

²¹⁷ C. MAES, *l.c.*, 398; B. POELEMANS, "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAËVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen: commentaar op de Wet van 30 juni 1994*, Antwerpen, Maklu, 1997, 57-58.

²¹⁸ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 273; C. MAES, *l.c.*, 389.

²¹⁹ C. MAES, *l.c.*, 398; B. POELEMANS, "Het hoorrecht van minderjarigen", *l.c.*, 61-63.

²²⁰ B. POELEMANS, "Het hoorrecht van minderjarigen", *l.c.*, 77.

hoogte te worden gebracht van de hoormogelijkheid.²²¹ Thans hebben de meesten hier geen weet van.

M.b.t. beslissingen genomen in uitoefening van het ouderlijk gezag, is de overgrote meerderheid van de rechtsgeleerden het erover eens dat het kind een toegang tot de rechter moet worden verschaft om de ouderlijke beslissing te laten toetsen op haar redelijkheid.²²²

Hiertoe lijkt de herdefiniëring van het ouderlijk gezag onontbeerlijk.²²³

De criteria waarop de rechter zich zou moeten baseren volgens de rechtsgeleerden bij de toetsing van de beslissing zijn zeer divers.²²⁴ De meeste auteurs vermelden dat de beslissing van de rechter zal afhangen van de handelingsbekwaamheid die reeds aan het kind is toegekend. Sommigen stellen dat de mening van de jongere moet gewaardeerd worden in functie van zijn leeftijd. Daarenboven wordt soms vereist dat rekening wordt gehouden met de belangen van de andere gezinsleden om de “dictatuur van het kind” tegen te gaan.

4.2. Mogelijke modellen

Zoals reeds herhaaldelijk vermeld, hebben de rechtsgeleerden allerhande voorstellen uitgewerkt m.b.t. de procespositie van de minderjarige. Vele van deze voorstellen betreffen een bepaalde materie en zijn slechts fragmentarisch opgevat. Aangezien ik de mening ben toegedaan dat een fragmentarische benadering van de positie van het kind alleen maar leidt tot onduidelijkheid, zoals onze Belgische regeling aantoont, beperk ik mij in dit werk alleen tot de globale behandelingen van de procesbekwaamheid van kinderen. Opgemerkt moet worden dat deze theorieën bijna altijd - al dan niet expliciet - een onderscheid maken tussen vermogensrechtelijke en persoonsgebonden aangelegenheden. De meeste nadruk wordt gelegd op de persoonsgebonden aangelegenheden. Aangezien deze problematiek reeds hoger werd besproken, zal er in de verdere uiteenzetting abstractie van worden gemaakt.

Een grote indeling kan dan worden gemaakt.²²⁵ Drie verschillende stellingen zijn te onderscheiden. De invulling van deze categorieën gebeurt echter nog zeer verschillend, zowel wat betreft de voorwaarden als wat de beslissingscriteria aangaat.

4.2.1. De principiële procesonbekwaamheid

²²¹ E. De Kezel, *l.c.*, (249) 269; C. MAES, *l.c.*, 295-293; zie B. POELEMANS, “Het hoorrecht van minderjarigen”, *l.c.*, 53-54.

²²² E. DE GROOTE, *l.c.*, 262

²²³ *Ibid.*, 263.

²²⁴ Zie M. FIEGE, *o.c.*, 90-93.

²²⁵ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 25-50.

Een eerste mogelijke theorie betreffende de procespositie van minderjarigen is deze van de principiële procesonbekwaamheid.²²⁶ De minderjarige kan in deze hypothese zelf geen rechtsvordering instellen. Zijn wettelijke vertegenwoordiger moet dit doen in naam en voor rekening van het kind. De grondslag van deze theorie is zoals voormeld de beschermingsidee. Het kind wordt beschouwd als een louter hulpbehoevend wezen. De uitwerking van deze grondslag maakt van het kind echter geen wezen meer maar een object waarover anderen beslissen. Of zoals Holt het zo treffend verwoord: *“No one is more truly helpless, more completely a victim, than the one who can neither choose, nor change, nor escape his protectors.”*²²⁷

Vaak wordt deze theorie dan ook getemperd van zodra men het kind minder als een rechtsobject en meer als een rechtssubject begint te beschouwen.²²⁸ Allerhande nuanceringen worden dan aangebracht door de wetgever en door de rechtspraktijk. Onze Belgische regeling is hier een mooi voorbeeld van.

Opgemerkt moet worden dat de voorstanders van deze theorie langzaam aan een uitstervend ras worden. Toch vindt men hier en daar nog een zeldzaam exemplaar. Meestal zijn dit politici. In Nederland is De Ruiters een fervent aanhanger van de genuanceerde versie van de procesonbekwaamheid.²²⁹ Uitzonderlijk vindt men nog een rechtsgeleerde die *pro* procesonbekwaamheid is. Hammerstein-Schoonderswoerd is, ondanks het feit dat zij een principiële materieelrechtelijke handelingsbekwaamheid voorstaat, volledig tegen het toekennen van een procesbekwaamheid voor de meerderjarigheid.²³⁰

Nochtans worden allerhande kritieken op dit model geuit. Zo bekritiseert Persyn het feit dat de nuanceringen leiden tot de uitholling van de (wets)regel zodat wijziging van de regel noodzakelijk wordt.²³¹ Wat is immers het nut van een artikel dat in de praktijk niet wordt toegepast? Door het aanvoelen van de onbillijkheid van deze discrepantie tussen rechtsregel en werkelijkheid zal dit model een gewisse dood sterven.²³²

4.2.2. de trapsgewijze procesonbekwaamheid

²²⁶ *Ibid.*, 25-37.

²²⁷ Zie E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 249.

²²⁸ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 26.

²²⁹ Zie W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERSWOERD, “De bekwaamheid van de minderjarige anno 1990 in Nederland” in E. ELIAERTS, J. GERLO en E. VERHELLEN (eds.), *Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht? Tekstbundel van het internationaal congres van 20 december 1990 van de Rijksuniversiteit Gent*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 72.

²³⁰ W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERSWOERD, *Jeugd en ouderlijk gezag*, in *Privaatrechtelijke begrippen*, Alphen aan den Rijn, Tjeenk Willem, 1979, 33-38.

²³¹ C. PERSYN, *l.c.*, (271) 275-276.

²³² J. GERLO, “Ten geleide”, *l.c.*, X.

Deze theorie vertrekt van de principiële procesonbekwaamheid van het kind.²³³ Naargelang het kind groeit naar volwassenheid, wordt hem echter een - al dan niet beperkte - procesbekwaamheid toegekend.²³⁴ Dit model is dus een “trapsgewijze (handelings-)bekwaamheid van de minderjarige, uitgaande van de realiteit van een geleidelijke evolutie naar zelfstandigheid.”²³⁵ De grote mate van overeenstemming tussen deze theorie en de realiteit maken dat hij bijzonder populair is bij de rechtsgeleerden. Het kind wordt er immers niet meer bekeken als hulpeloos wezen, maar er wordt rekening gehouden met zijn toenemende mondigheid en met de gewijzigde positie die de minderjarige thans in de maatschappij inneemt.²³⁶

Ook de invulling van deze theorie gebeurt op zeer verschillende wijzen. Een aantal onderscheiden zijn duidelijk te maken. Sommige rechtsgeleerden hanteren verschillende trappen bij de toekenning van procesbekwaamheid.²³⁷ Anderen werken daarentegen met één enkele trap.²³⁸ Deze trappen kunnen op hun beurt worden ingevuld op basis van leeftijdsgrenzen, eventueel gecorrigeerd als wettelijk vermoeden, of op basis van het bereiken van het “oordeel des ondersheids”. Een volgend wezenlijk onderscheid is de al dan niet beperking van de procesbekwaamheid in functie van de materies. Hiertoe hanteert men een limitatieve lijst of een abstracte formulering.

a. Trappen

Sommige auteurs maken gebruik van *één enkele trap*.²³⁹ Vanaf deze trap wordt het kind bijgevolg een - al dan niet naar de materie beperkte - procesbekwaamheid toegekend. De beperking tot één trap wordt vaak verdedigd op basis van het argument dat vele trappen de materie nog complexer maken.²⁴⁰ De duidelijkheid, en bijgevolg ook de rechtszekerheid, die voornamelijk in de materie van het procesrecht een belangrijke plaats inneemt, gaat erdoor verloren. Ook wordt wel eens geargumenteed dat veel afhangt van de persoonlijkheid van het kind. Het ene kind is vlugger rijp dan het andere, wat het creëren van een veelheid van trappen onwenselijk maakt.²⁴¹

De invulling van deze trap gebeurt op basis van het onderscheidingsvermogen of van een leeftijdsgrens. Persyn verwoordt dit als het fundamentele probleem van de verzoening tussen billijkheid en rechtszekerheid.²⁴²

²³³ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 37.

²³⁴ *Ibid.*, 37.

²³⁵ J. GERLO, “Ten geleide”, *l.c.*, X.

²³⁶ M. ROOD-DE BOER, “Treden naar volwassenheid: problemen van mondigheid en onmondigheid”, *N.J.B.* 1964, (972) 976.

²³⁷ Zie A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 37-46.

²³⁸ J. GERLO, *Het verdrag inzake de rechte van het kind*, *l.c.*, 30; P. SENAËVE, “Algemene beschouwingen rond de Wet van 13 april 1995”, *l.c.*, 59; J. VANDEN BUSSCHE, *l.c.*, (1177) 1181.

²³⁹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261.

²⁴⁰ J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*, *l.c.*, 32.

²⁴¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261.

²⁴² C. PERSYN, *l.c.*, (271) 288.

Het onderscheidingsvermogen wordt gehanteerd door de rechtsgeleerden die de nadruk leggen op de werkelijkheid.²⁴³ Ieder kind is verschillend. Ieder kind kent een andere ontwikkeling. De rechter dient steeds in concreto na te gaan of het kind al het oordeel des onderscheids bezit om te besluiten tot zijn procesbekwaamheid. Hiertoe eisen vele auteurs dat het kind persoonlijk voor de rechter zou verschijnen alvorens de rechter een oordeel velst over het al dan niet hebben van voldoende onderscheidingsvermogen.²⁴⁴ Hoewel dit thans niet wettelijk vereist is in de Belgische positiefrechtelijke hoorregeling, lijkt dit toch ten zeerste aangewezen.²⁴⁵ Daarenboven argumenteren bepaalde auteurs dat een minderjarige reeds tekenen van het oordeel des onderscheids vertoont wanneer hij persoonlijk wenst te verschijnen voor de rechter.²⁴⁶

Nadeel van deze onderscheidingstechniek is natuurlijk zijn tijdrovend - en bijgevolg kostelijk - karakter. De rechter moet immers steeds het kind in concreto beoordelen. Dit komt de rechtszekerheid, zowel deze van het kind als deze van de derden die met het kind handelen, niet ten goede.²⁴⁷ Deze rechtsonzekerheid kan zelfs uitmonden in een minder grote bekwaamheid van het kind.²⁴⁸

Vele rechtsgeleerden vinden dan ook een oplossing in het gebruiken van leeftijdsgrenzen om aan deze kritiek tegemoet te komen. Omdat elke leeftijd op zich arbitrair is - zoals hoger vermeld is het ene kind vroeger rijp dan het andere -, wordt de leeftijd daarenboven vaak voorgesteld als een wettelijk vermoeden.²⁴⁹ Dit houdt in dat de minderjarige vanaf een bepaalde leeftijd een eis kan inleiden maar dat de verweerder nog de mogelijkheid heeft te bewijzen dat het kind over onvoldoende onderscheidingsvermogen beschikt om in rechte te vorderen. Dit werkt ook omgekeerd. Zo kan een minderjarige die jonger is dan de vereiste leeftijd de rechter aanspreken indien hij in concreto kan bewijzen wel degelijk voldoende onderscheidingsvermogen te bezitten.

Op welke leeftijd bereikt de minderjarige dan de trap van de procesbekwaamheid?

Wanneer men werkt met één leeftijdsgrens, wordt meestal de leeftijd van twaalf jaar gekozen.²⁵⁰ Deze leeftijd is een scharnierpunt in het leven van het kind. Immers, meestal wordt in de rechtspraktijk aanvaard dat het kind vanaf twaalfjarige leeftijd over het oordeel des onderscheids beschikt. Daarenboven wordt het belang van deze leeftijd ook op pedagogisch vlak erkend. Het is namelijk de leeftijd van overgang van het lager naar het middelbaar onderwijs. Wetenschappelijk onderzoek heeft bovendien aangetoond dat een kind van 12

²⁴³ B. LEROL, *l.c.*, (289) 314.

²⁴⁴ E. DE GROOTE, *l.c.*, 262.

²⁴⁵ C. MAES, *l.c.*, 289.

²⁴⁶ E. DE GROOTE, *l.c.*, 262 en 264; M. FIEGE, *o.c.*, 106; J.M. SASSENBURG, "Proces(recht)" in M. DE LANGEN, J.H. DE GRAAF en F.B.M. KUNNEMAN (eds.), *Kinderen en recht: opstellen over de positie van minderjarigen in het recht*, Deventer, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 316.

²⁴⁷ M. ROOD-DE BOER, "Treden naar volwassenheid", *N.J.B.* 1964, (972) 978.

²⁴⁸ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 39.

²⁴⁹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261 en 264.

²⁵⁰ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261; Zie P. SENAËVE, "Algemene beschouwingen rond de Wet van 13 april 1995", *l.c.*, 60.

jaar een complex probleem kan beschouwen op een wijze die kwalitatief weinig van die van een volwassene verschilt.²⁵¹

Een andere leeftijd die door vele rechtsgeleerden naar voren wordt geschoven is die van 15 jaar.²⁵² Ook hier komt het argument van scharnierleeftijd, gekoppeld aan de pedagogische visie weer naar voor. De overgang van het lager secundair onderwijs naar het hoger secundair onderwijs wordt hier als richtinggevend opgeworpen. Ook het argument dat thans reeds in vele gevallen de leeftijd van 15 jaar in procesaangelegenheden wordt gehanteerd, wordt gebruikt. Of dit laatste een relevant argument is, valt ten eerste te betwijfelen, gelet op het gebrek aan logica en motivering bij het vastleggen van leeftijdsgrenzen in specifieke situaties door de wetgever.

Soms worden nog andere leeftijden voorgesteld.²⁵³

Een aantal auteurs gebruiken *meerdere trappen* bij het toekennen van procesbekwaamheid aan de minderjarige.²⁵⁴ Zij argumenteren dat dit beter overeenstemt met de werkelijkheid. Hoe ouder het kind, hoe volwassener. Bijgevolg dient het kind naarmate het ouder en bekwaamer wordt meer en meer zelf en zelfstandig in rechte op te treden. Deze categorieën worden meestal ingevuld door een beroep te doen op leeftijdscategorieën. Ook hier zijn de meeste courante leeftijden 12 en 15 jaar.²⁵⁵ Een enkele keer spreekt men over zestien jaar.²⁵⁶

b. Materie

Ook aangaande de materies waarin minderjarigen procesbekwaam worden geacht, kan men verschillende meningen onderkennen.

Een aantal auteurs meent dat kinderen in alle aangelegenheden waarvoor zij handelingsbekwaam zijn, procesbekwaam moeten zijn.²⁵⁷ Dit houdt een automatische binding in tussen de materiële handelingsbekwaamheid en de procesbekwaamheid: is het kind bekwaam een bepaalde handeling te stellen, dan moet het ook bekwaam zijn om over deze materie te procederen.²⁵⁸ “Men ziet niet goed in op welke wijze een goede rechtsbedeling en een bescherming van de belangen van de minderjarige gebaat zijn bij een aangehouden procesonbekwaamheid terwijl men anderzijds heeft afgezien van de

²⁵¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261.

²⁵² J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*, *l.c.*, 32; J. VANDENBUSSCHE, *l.c.*, (1177) 1181.

²⁵³ Zo acht Senaeve het kind procesbekwaam in het geschil tegen zijn ouders vanaf de leeftijd van 14 jaar: zie P. SENAEOVE, “Algemene beschouwingen rond de Wet van 13 april 1995”, *l.c.*, 59.

²⁵⁴ M. ROOD-DE BOER, *l.c.*, 949; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, 53-58.

²⁵⁵ Zie E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 270; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 37-46.

²⁵⁶ Zie A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 42-45

²⁵⁷ P. PEETERS, *o.c.*, 85-86; zie W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERSWOERD, *Minderjarig, mindervaardig: een studie over de rechtspositie van de minderjarige in het privaatrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1975, 123.

²⁵⁸ M. FIEGE, *o.c.*, 105.

vertegenwoordiging van de minderjarige voor de materieelrechtelijke rechtshandeling.”²⁵⁹

Anderen daarentegen beperken de materies waarin de procesingang van de minderjarige wordt toegestaan.²⁶⁰ Deze beperking gebeurt op basis van de overweging dat het niet goed is voor de ontwikkeling van het kind verantwoordelijkheden te moeten dragen waartoe de minderjarige nog niet rijp is.

Deze beperking gebeurt soms aan de hand van een limitatieve lijst. Alleen voor de opgesomde materies wordt de jongere bekwaam geacht zelfstandig een procedure voor de rechtbank in te leiden.²⁶¹ Voordeel van deze methode is dat de rechterlijke appreciatie wordt gereduceerd zodat de minderjarige zeker is van zijn rechtsingang in de vermelde gevallen. Keerzijde van de medaille is overduidelijk de beperking van de lijst. Wat staat erop en wat niet? En wat wanneer in de toekomst een geheel nieuwe materie op de proppen komt waarvan het toch wenselijk zou zijn dat zij op de lijst voorkomt?

De ideale oplossing voor dit nadeel zien anderen in een abstracte formulering waarin de materies moeten worden ingepast.²⁶² De evolutie van de werkelijkheid zou hierdoor beter gevolgd kunnen worden door de rechters. Een voorbeeld van zo een abstracte formulering komen we tegen bij enkele rechtsgeleerden uit Nederland. Er wordt gebruik gemaakt van de term “in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk”.²⁶³ Deze term zou een meer objectief criterium zijn dan het oordeel des onderscheids omdat het beter aansluit bij wat in het dagelijks verkeer plaatsvindt. Bij deze bewering kan men echter meerdere vraagstekens plaatsen.

Cnoop Koopmans ziet het nog ruimer.²⁶⁴ In plaats van te werken met welbepaalde materies, acht hij het wenselijk per rechtstak een gepaste leeftijdsgrens op te leggen.

c. Gewogen toegang tot de rechter

Volgens mij moet ook de mening van Sassenburg bij het model van treden naar volwassenheid geplaatst worden. Haar theorie kent evenwel een andere invulling dan wat hiervoor werd vermeld. Zij is voorstander van een “gewogen toegang” tot de rechter.²⁶⁵ Dit houdt in dat de jongere die zelf een proces wenst

²⁵⁹ P. PEETERS, *o.c.*, 59.

²⁶⁰ M. FIEGE, *o.c.*, 105.

²⁶¹ J.E. DOEK en S. SLAGTER, *Meer rechten voor minderjarigen: beschouwingen over een toekomstige rechtspositie van minderjarigen*, 1976, 88-90; zie A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 43-44.

²⁶² Zie A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 41-42.

²⁶³ Zie W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERSWOERD, “De bekwaamheid van de minderjarige anno 1990 in Nederland”, *l.c.*, 71.

²⁶⁴ A.J. CNOOP KOOPMANS, “Opmerkingen en mededelingen: de bezem door de leeftijdsgrenzen”, *N.J.B.* 1971, (417) 420-422.

²⁶⁵ J.M. SASSENBURG, “Proces(recht)”, *l.c.*, 321; zie M. FIEGE, *o.c.*, 91.

in te spannen voor de rechter moet verschijnen opdat deze laatste zou kunnen oordelen of de minderjarige procesbekwaam is. Deze beoordeling moeten geschieden aan de hand van een aantal reeds gekende criteria: het zelfstandig handelen van de minderjarige, zijn materiële bekwaamheid en het belang dat hij heeft bij de zaak.²⁶⁶ Wordt het verzoek afgewezen, dan valt de jongere terug op de regeling van wettelijke vertegenwoordiging of van een bijzonder curator, afhankelijk van de omstandigheden. Wordt zijn verzoek daarentegen aanvaard, dan behandelt de rechter de zaak gewoon verder. Bijgevolg kent Sassenburg het kind “ergens” tussen de minderjarigheid en de meerderjarigheid de procesbekwaamheid toe. Wanneer dit juist zal zijn, is afhankelijk van meer dan alleen het bereiken van een bepaalde leeftijd of van het oordeel des ondersheids.

4.2.3. De principiële procesbekwaamheid

Tenslotte gaan er ook stemmen op om de minderjarige principieel procesbekwaam te maken.²⁶⁷ Uitgangspunt is dus de procesbekwaamheid van de minderjarige. Men kent de minderjarige deze procesbekwaamheid toe op basis van het argument dat kinderen reeds voldoende worden beschermd in het gemene recht. “In zijn uiterste consequenties doorgetrokken, zou een dergelijk model leiden tot de afschaffing van de juridische begrippen “handelingsbekwaamheid” en “minder/meerderjarigen”.”²⁶⁸

Toch zijn ook op deze theorie nuanceringen aangebracht. Zo kent Maes alle kinderen de procesbekwaamheid toe tenzij in een welbepaald geval kan worden aangetoond dat het kind nog niet bekwaam is om zelfstandig in rechte op te treden.²⁶⁹

Een kritiek die op beide invullingen van de theorie kan worden geuit is gelegen in het feit dat de eigenheid van minderjarigen wordt miskend.²⁷⁰ Door het uitgangspunt van de gelijkwaardigheid van kind en volwassenen te nemen, bereikt men een ander doel dan dat wat men voor ogen had. Het resultaat hiervan is immers het recht van de meest gelijke, m.a.w. het recht van de sterkste - *in casu* de oudste. Ik ben de mening toegedaan dat de gelijkwaardigheid van minderjarigen en volwassenen niet het uitgangspunt, maar wel het resultaat dient te zijn. Dit veronderstelt een andere behandeling van de jongere. De minderjarige heeft nog een zekere mate van bescherming nodig, maar hij heeft ook nood aan ruimte om zelf te leren beschikken over de dingen die hem aanbelangen.

²⁶⁶ Zie A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 39.

²⁶⁷ Zie M. FIEGE, *o.c.*, 90-91; A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 46-50.

²⁶⁸ J. GERLO, “Ten geleide”, *l.c.*, X.

²⁶⁹ Zie E. DE GROOTE, *l.c.*, 235; C. MAES, *l.c.*, 392-394.

²⁷⁰ A. WYLLEMAN, “De minderjarige en het burgerlijk recht”, *l.c.*, 48.

4.3. Enkele interessante figuren

4.3.1. Bemiddeling

De meeste rechtsgeleerden die de materie van de procesbekwaamheid van de minderjarige hebben geanalyseerd, hebben zich uitgesproken vóór een - al dan niet verplichte - voorafgaande bemiddelingspoging in geval van gezinsconflicten.²⁷¹ Deze bemiddeling kan ofwel informeel - door een vertrouwenspersoon van de familie - ofwel formeel - door een door de staat gefinancierde instelling - gebeuren. De subsidiariteit van het gerechtelijk optreden wordt door deze visie benadrukt. Het vatten van de gerechtelijke overheid mag slechts het ultimatum remedium zijn in geschillen waarbij kinderen betrokken zijn.

Ook op internationaal vlak klinkt de idee van bemiddeling in gezinsconflicten steeds meer door. Dit kan men afleiden uit artikel 13 E.V.U.R.K. dat een bemiddeling bij zulke geschillen aangewezen acht.²⁷²

Slagter en Doek verzetten zich echter tegen deze idee van een verplichte bemiddeling door een formele instantie.²⁷³ Zij vinden het in tegenspraak met de mondigheidsgedachte. De minderjarige wordt opnieuw betuteld. Een rechtstreekse toegang voor jongeren is dan ook verkieslijker volgens hen.

4.3.2. Rechtsbijstand

Vele auteurs hebben het in hun uiteenzetting over de procesbekwaamheid van de minderjarige over rechtsbijstand.²⁷⁴ Voor sommigen vormt dit zelfs een *conditio sine qua non* voor de toekenning van - een al dan niet beperkte - procesbekwaamheid.²⁷⁵

De *voordelen* van zo een rechtsbijstand zijn zonneklaar. De minderjarige moet zich zelf niet meer bekommeren om de formele rompslomp die bij een procedure komt kijken. De advocaat zal de nodige formaliteiten vervullen. Daarenboven heeft de advocaat een informatieplicht t.a.v. zijn jonge cliënt. Hij dient hem te wijzen op de haalbaarheid - en/of redelijkheid - van de zaak. Hoewel sommige praktijkmensen fervent gelover zijn in deze taken van de raadsman,²⁷⁶ bekijken anderen deze filterende en soms zelfs verzoenende

²⁷¹ E. DE GROOTE, *l.c.*, 263; M. FIEGE, *o.c.*, 88.

²⁷² K. HERBOTS, *l.c.*, (1763) 1804

²⁷³ Zie M. FIEGE, *o.c.*, 88-89.

²⁷⁴ E. DE GROOTE, *l.c.*, 262; J.E. DOEK, *Het kind en zijn recht: beschouwingen over en opstellen tot verbetering van de rechtspositie van het kind*, in *Kooyker Reeks*, Rotterdam, Kooyker, 1980, 89-98; J.E. DOEK en S. SLAGTER, *o.c.*, 90-92.

²⁷⁵ Zie M. FIEGE, *o.c.*, 92; C. MAES, *l.c.*, 393.

²⁷⁶ E. DE GROOTE, *l.c.*, 263.

werking van de advocaat met een (zeer) sceptische blik.²⁷⁷ Toch valt het nut van het inlichten van de jonge cliënt over de mogelijke gevolgen van zijn actie niet te onderkennen.²⁷⁸ Een leek heeft normaal geen besef van tot wat een procedure kan leiden. Een realistischere kijk op de zaak kan de gemoederen - zij het slechts gedeeltelijk - doen bedaren. Ook het feit dat de raadsman - gelet op de concrete wensen van de jongere - juridische eisen formuleert die het beoogde doel zo dicht mogelijk benaderen zonder andere voor het geschil irrelevante feiten aan te halen, zal de conflictsituatie minder explosief maken.²⁷⁹ Voornamelijk in gezinstwisten kan het optreden van de advocaat, i.p.v. de minderjarige zelf, de relatie tussen de gezinsleden behoeden voor onherstelbare schade.

Het *meest bekende nadeel* van de rechtsbijstand is zijn hoge prijskaartje. Aangezien slechts een zeer beperkt aantal minderjarigen over een vermogen beschikt, zal de jongere beroep moeten kunnen doen op kosteloze rechtsbijstand.²⁸⁰ De kostprijs hiervan wordt gehaald uit de staatskas. In aangelegenheden van zulk essentieel menselijk belang vind ook ik echter dat de kostprijs niet opweegt tegen de te beschermen rechten.²⁸¹

4.3.3. *Ombudsman*

De figuur van de ombudsman wordt slechts door een beperkt aantal auteurs als een nuttig instrument aangewezen.²⁸² Zijn taak bestaat er o.a. in allerlei klachten en meningen van jongeren te verzamelen om aldus inzicht te krijgen in hun noden en wensen.²⁸³ Probleemsituaties kunnen dan door de ombudsman bij de beleidsverantwoordelijken op informele basis worden aangekaart.²⁸⁴ Onder andere in Denemarken werkt men met zo een ombudsman die de problemen in de leefwereld van de jongeren in kaart poogt te brengen.²⁸⁵ Transponatie van deze figuur naar onze rechtsorde is er gekomen in navolging van het I.V.R.K.²⁸⁶ De Franse Gemeenschap stelde in 1991 reeds een *Délégué général aux droits de l'enfant et à l'aide à la jeunesse* aan.²⁸⁷ Het Vlaamse Parlement volgde door de oprichting van het Kinderrechtencommissariaat in 1997 naar Noors voorbeeld.²⁸⁸ Dit Kinderrechtencommissariaat profileert zich thans meer en

²⁷⁷ Dit bleek tijdens de voorstelling van de seminariewerken op 6 maart 1999 uit het "praktijkonderzoek".

²⁷⁸ M. FIEGE, *o.c.*, 107.

²⁷⁹ *Ibid.*, 89.

²⁸⁰ E. DE GROOTE, *l.c.*, 262.

²⁸¹ M. DE LANGEN, "Recht voor kinderen", *l.c.*, (213) 222; M. FIEGE, *o.c.*, 105; C. VAN WAMELEN, "Notitie rechtspositie minderjarigen", *F.J.R.* 1990, (2) 6.

²⁸² A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 57-58.

²⁸³ P. SENAËVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 66-67.

²⁸⁴ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 57.

²⁸⁵ *Ibid.*, 57-58.

²⁸⁶ P. SENAËVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 65.

²⁸⁷ Zie P. SENAËVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 65.

²⁸⁸ *Ibid.*, 65.

²⁸⁹ Voor meer informatie over de concrete taken van het Commissariaat en de benoeming van de Kinderrechtencommissaris in Vlaanderen, zie P. SENAËVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 66-67.

meer. In de toekomst zal haar takenpakket waarschijnlijk nog uitgebreid worden. Interessant is de idee dat het commissariaat misschien de rol van “onafhankelijke” vertegenwoordiger kan vervullen voor de minderjarige gedurende een gerechtelijke procedure wanneer zijn ouders weigeren voor hem op te treden.

4.3.4. Informele rechtsingang

In Nederland krijgen minderjarigen vanaf 12 jaar een informele rechtsingang m.b.t. omgangsgeschillen.²⁹⁰ Vele Nederlandse politici lijken dit de aangewezen oplossing te vinden. Voorstellen worden zelfs gemaakt om deze informele procesingang ook toe te staan in ander conflictmateries waarbij de minderjarige betrokken is.²⁹¹ Een enkele rechtsgeleerde kan zich hier ook in terugvinden.²⁹² De meesten echter stellen zich vragen bij de werking en het nut van deze informele praktijk. Zij wijzen erop dat de rechter niet verplicht is gehoor te geven aan de vraag van de minderjarige. Bovendien beschikt de jongere niet over een beroepsmogelijkheid wanneer de rechter zijn eis naast zich neer legt. Zelfs een expliciete motivering door de rechter wordt niet vereist.

Gelet op de grote meningsverschillen omtrent het nut van de materie lijkt het mij beter niet met deze informele toegang te starten. Het blokkeert mijns inziens ook de discussie over een volwaardige toegang van de jongere tot de rechter. Informele rechtsingang wordt a.h.w. gebruikt als een schild tegen de invoering van procesbekwaamheid. Dit is verkeerd. Er is immers een wezenlijk verschil tussen een recht op toegang tot de rechter en de informele ingang omdat deze laatste niet kan worden afgedwongen.

5. Slotbeschouwingen

Men kan uit al het voorgaande besluiten dat de minderjarige geblokkeerd zit in de huidige regeling van de procesonbekwaamheid. Deze regeling is niet meer aangepast aan de sociale rol die de minderjarige in de samenleving heeft opgenomen.²⁹³ De minderjarige is in de loop van deze eeuw uitgegroeid van een hulpbehoevend wezen naar een mondig individu.²⁹⁴ Zijn noden zijn dan ook verschoven van bescherming naar zelfbeschikking. Het recht heeft deze evolutie evenwel niet gevolgd. Hierdoor hebben we thans te kampen met een discrepantie tussen recht en werkelijk.

Op internationaal niveau is men zich terdege bewust van het gewijzigde kindbeeld.²⁹⁵ Mensenrechtenverdragen worden meer en meer toepasselijk

²⁹⁰ M. FIEGE, *o.c.*, 106.

²⁹¹ Zie M. FIEGE, *o.c.*, 107.

²⁹² *Ibid.*, 91 en 95-96.

²⁹³ E. DE GROOTE, *l.c.*, 230.

²⁹⁴ M. DE LANGEN, “Recht voor kinderen”, *l.c.*, (213) 213.

²⁹⁵ K. JACOBS, *l.c.*, (827) 876; E. VERHELLEN, “Een zich wijzigend kindbeeld”, *l.c.*, 3.

geacht op kinderen.²⁹⁶ Er wordt bovendien gewerkt aan nieuwe regelgevingen die de minderjarige naast bescherming ook het gewenste recht op zelfbeschikking geven.²⁹⁷ De nieuwe verdragen beperken zich evenwel hoofdzakelijk tot het toekennen van materiële rechten aan kinderen. Discussie bestaat over de wenselijkheid van het toekennen van het recht op toegang van de rechter aan de minderjarige.²⁹⁸ De volledige procesonbekwaamheid wordt onder andere al gemilderd door het toekennen van een hoorrecht en een omgangsrecht aan de kinderen.

De Belgische wetgever hinkt (weer) achterop. Hij wordt als partij bij deze internationale verdragen verplicht zijn eigen wetgeving aan een kritisch onderzoek te onderwerpen.²⁹⁹ Wetsartikelen dienen aangepast te worden wanneer ze strijdig zijn met de internationale regulering. Deze aanpassing van de Belgische wetsartikelen aan het internationale recht wordt evenwel niet steeds consequent en volledig doorgevoerd. Iedere maal de wetgever op de problematiek van de procesbekwaamheid van minderjarigen stuit, zoekt hij allerhande uitvluchten om de discussie dienaangaande toch maar niet te moeten aangaan.³⁰⁰

Nochtans kan de Belgische wettelijke regeling over de rechtspositie van minderjarigen in het algemeen een grondige herziening best gebruiken. De regeling zoals zij thans werkt, met de vele wettelijke afwijkingen en de uitzonderingen uit de rechtspraak, maken het geheel immers onoverzichtelijk. De spreuk over de kat en haar jongen schiet me hierbij te binnen ... Om deze chaos te vermijden en om een rechtszekere theorie te verkrijgen, zou een globale aanpak van de materie wenselijk zijn.³⁰¹

De herziening m.b.t. de problematiek van procesbekwaamheid voor minderjarigen zou naar mijn mening - zoals hoger vermeld - geen onderscheid mogen maken tussen vermogensrechtelijke en persoonsgebonden aangelegenheden. Ook een onderscheid tussen procedures tussen minderjarigen en derden en tussen minderjarigen en ouders lijkt mij onzinnig. Het kind dient in beide gevallen zelf de rechter te kunnen aanspreken, wil men vermijden dat het rechtsonbekwaam wordt gemaakt. Eén uitzondering op deze gelijkenschakeling acht ik evenwel wenselijk. De verplichte, formele bemiddeling lijkt mij in gezinsconflicten een goed instrument te zijn om escalatie van het geschil te voorkomen. Mislukt deze bemiddeling, dan moeten zowel de minderjarige als zijn ouders een gerechtelijke procedure kunnen inleiden.

Hoe moet deze herziening er dan uitzien?

²⁹⁶ M. DE LANGEN, "Recht voor kinderen", *l.c.*, (213) 218; zie C. VAN NIJNATTEN, "Kinderrechten in discussie", *l.c.*, 7.

²⁹⁷ E. VERHELLEN, "Een zich wijzigend kindbeeld", *l.c.*, 3.

²⁹⁸ E. DE KEZEL, *l.c.*, (249) 267.

²⁹⁹ A. ALEN en W. PAS, "De directe werking van het V.N.-Verdrag inzake de rechten van het kind", *l.c.*, 4.

³⁰⁰ K. JACOBS, *l.c.*, (827) 870.

³⁰¹ J. GERLO, "Ten geleide", *l.c.*, XI.

De Belgische positiefrechtelijke regeling moet worden aangepast aan de huidige maatschappelijke situatie waarin jongeren leven. Meer recht moet dus worden gedaan aan hun recht op zelfbeschikking. Toch mag het aspect bescherming niet uit het oog worden verloren. Het kind is immers een rechtssubject dat naast eigen mogelijkheden ook eigen noden heeft.³⁰² Men kan niet ontkennen dat minderjarigen soms over onvoldoende kennis en ervaring beschikken om belangrijke beslissingen te nemen. Dit kan natuurlijk niet betekenen dat hen alle mogelijkheden tot het nemen van beslissingen en meer bepaald de toegang tot de rechter mag worden ontnomen.

Is de omkering van het uitgangspunt dan de ideale oplossing?

Mijns inziens kan het toekennen van procesbekwaamheid aan het kind geen soelaas bieden. Het uitgangspunt van de gelijkheid tussen minderjarigen en volwassenen leidt - zoals hoger vermeld - tot hun ongelijkheid.³⁰³ Bij het zoeken naar evenwicht tussen bescherming en zelfbeschikking, weegt de balans *in casu* duidelijk door in het voordeel van de zelfbeschikking. Het gevolg hiervan is echter dat er van specifieke en adequate bescherming geen sprake meer is. Een aspect van de eigenheid van het kind, nl. de nood aan bescherming, wordt uit het oog verloren.

Omdat ik recht wil doen aan beide noden van minderjarigen, ben ik voorstander van de trapsgewijze oplossing. De groei naar volwassenheid dient tot uitdrukking te worden gebracht in een groeiende procesbekwaamheid.³⁰⁴ Dit stemt het beste overeen met de mogelijkheden van het kind. Het kind wordt procesbekwaam in verhouding tot zijn nood aan bescherming en zijn wens tot zelfbeschikking. Immers, naarmate het kind ouder wordt, dient de mate van bescherming af te nemen en meer ruimte gelaten te worden voor zelfbeschikking.

De trapsgewijze groei zou ik evenwel met het oog op duidelijkheid en rechtszekerheid willen beperken tot 1 trap. Meerdere trappen lijken mij wel een mooi principe maar het is in de praktijk moeilijk te hanteren.³⁰⁵ De leeftijdsgrenzen die dan gehanteerd worden liggen zo dicht bij elkaar dat ik meen dat ze niet met de realiteit overeenstemmen. Ieder kind kent immers een heel eigen ontwikkeling.

Ik ben voorstander van het stellen van een leeftijdsgrens omwille van de duidelijkheid en rechtszekerheid, die in een materie als het procesrecht zeer wenselijk zijn. Toch zou ik het nadeel van een arbitraire leeftijd willen verzachten door dit in te voeren als een wettelijk vermoeden. Persoonlijk acht ik dit de beste waarborg voor een makkelijke en vlugge behandeling van de zaak door de rechter. De mogelijkheid van correctie in een concreet geval kan door de rechter toch nog gebeuren indien dit noodzakelijk blijkt. Op welke

³⁰² C. VAN NIJNATTEN, "Het kind tussen recht en bescherming" in C. VAN NIJNATTEN (ed.), *Kinderrechten in discussie*, Amsterdam, Boom, 1993, 124-125 en 139.

³⁰³ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 48.

³⁰⁴ A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht", *l.c.*, 37.

³⁰⁵ J. GERLO, *Het Verdrag inzake de rechten van het kind*, *l.c.*, 32.

leeftijd dient een kind dan procesbekwaam te worden? Dit vond ik dit één van de moeilijkste vragen. Ik sluit mij - na lang wikken en wegen - aan bij de meerderheid van de auteurs. De leeftijd van 12 jaar is een maatschappelijk en pedagogisch scharnierpunt in het leven van een kind.³⁰⁶ Wetenschappelijk werd bewezen dat het kind vanaf die leeftijd in staat is complexe situaties te vatten. Toch ben ik er mij van bewust dat kinderen van 12 jaar niet alle complexe procedures niet kunnen begrijpen. Daarom ben ik voorstander van een beperking van materies waarin procesbekwaamheid wordt toegekend. Een limitatieve lijst lijkt me maar niks. Kinderen en hun mogelijkheden zijn onderhevig aan een vlugge evolutie. Een limitatieve lijst zou deze evolutie in de weg staan. Daarom draagt een abstracte formulering mijn voorkeur weg. Ik stel volgende formulering voor: "De rechter dient in concreto te oordelen of de minderjarige voldoende besef heeft van de betekenis van het gerechtelijke geschil en of hij inzicht heeft in de mogelijke gevolgen van het geschil." De rechtszekerheid komt hierdoor misschien in het gedrang. De rechter zal immers in concreto appreciëren of het kind de zaak kan vatten of niet. Veel hangt dus weer van zijn standpunt af. Ik acht deze toegeving op de rechtszekerheid echter noodzakelijk omdat ik geen andere manier zie om de nood aan bescherming van het kind en zijn drang naar zelfbeschikking te verenigen. Of zoals POULEAU het zo mooi stelt: "*La vérité est, une fois de plus, dans la juste pondération des valeurs et des postulats.*"³⁰⁷

Naast de figuur van de bemiddeling, vind ik de rechtsbijstand voor het kind een absolute must. De taak van informatieverstrekker en van vervuller van de formele verplichtingen van een advocaat is enorm belangrijk om het kind een "goede" behandeling van zijn zaak te verzekeren. Hoewel (een deel van) de praktijk er niet in gelooft, spreekt de mogelijke functie van de advocaat-bemiddelaar mij erg aan.

Ook het Vlaamse Kinderrechtencommissariaat vervult een belangrijke functie.³⁰⁸ In de toekomst zie ik een "vertegenwoordigers"-taak voor het commissariaat weggelegd. Toch vind ik dat deze taak slechts als tussenstap mag worden gebruikt. De toekenning van de - beperkte - procesbekwaamheid aan minderjarigen mag als uiteindelijk doel niet uit het oog worden verloren.

De informele rechtsingang zoals die bij de Nederlanders voorkomt, acht ik daarentegen tegenaangewezen. Het komt over als een "wel willen maar niet durven" toekennen van een reële rechtsingang.

Ik ben er mij ten zeerste van bewust dat mijn visie over de procesbekwaamheid van minderjarigen niet zaligmakend is. Er bestaat echter geen ideale theorie over de rechtspositie van kinderen. De materie is te complex om overal pasklare antwoorden op te vinden. Het belang van dit seminariewerk moet dan ook niet worden gezocht in het aanbieden van "dé" regeling, maar in het aankaarten van

³⁰⁶ E. DE GROOTE, *l.c.*, 261.

³⁰⁷ V. POULEAU, "Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé", *l.c.*, (3) 36.

³⁰⁸ P. SENAËVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 66-67.

het gebrek aan een doordachte en rechtszekere regeling in België en van de wenselijkheid van discussie hieromtrent.