

## Schets van de procespositie van de niet-ontvoogde minderjarige in het Belgische personen- en familierecht

**Charlotte DECLERCK**

*Hoofddocent UHasselt en advocaat*

**Géraldine MATHIEU**

*Docent UNamur en gastdocent ULiège*

### INHOUD

I.	Inleiding	138
II.	Uitgangspunt: principiële procesonbekwaamheid en vertegenwoordiging	138
A.	Principiële procesonbekwaamheid	138
B.	Vertegenwoordiging	139
C.	Quid ingeval de minderjarige alsnog zelfstandig in rechte optreedt?	140
III.	Uitzonderingen en temperingen op de principiële procesonbekwaamheid	141
A.	Initiatiefrecht	141
B.	Toestemming tijdens de gerechtelijke procedure	142
C.	Hoorrecht	142
D.	Overzichtstabel – Vanuit het perspectief van de niet-ontvoogde minderjarige	143
IV.	Verplichte bijstand door een (jeugd)advocaat in de familierechtbank?	144
V.	Besluit	144

### I. Inleiding

1. In deze bijdrage schetsen wij de procespositie van de niet-ontvoogde minderjarige (hierna: minderjarige) in het Belgische personen- en familierecht, in het bijzonder voor de familierechtbank.<sup>1</sup> Wij lichten hierbij achtereenvolgens toe 1) het uitgangspunt, namelijk principiële procesonbekwaamheid en vertegenwoordiging

van de minderjarige; 2) de uitzonderingen op en temperingen van deze principiële procesonbekwaamheid en 3) de rol van de (jeugd)advocaat.

### II. Uitgangspunt: principiële procesonbekwaamheid en vertegenwoordiging

#### A. Principiële procesonbekwaamheid

2. De minderjarige<sup>2</sup> is principieel titularis van alle rechten en plichten, maar kan deze niet zelf en zelfstandig uitoefenen. Hij is *algemeen handelingsonbekwaam*. In een groeiend aantal gevallen is deze handelingsonbekwaamheid evenwel niet volledig, maar beperkt: de minderjarige kan de rechtshandeling zelf stellen, maar niet volledig zelfstandig zoals een meerderjarige.<sup>3</sup> In deze gevallen wordt gebruik gemaakt van technieken zoals bijstand<sup>4</sup>, instemming<sup>5</sup> en verzet<sup>6</sup>. In nog een aantal andere gevallen kan de minderjarige wel zelf en zelfstandig rechtshandelingen stellen en is hij niet aan een specifieke beschermingstechniek onderworpen.<sup>7</sup> Hoewel steeds meer uitzonderingen in de wet worden opgenomen, geldt als algemeen uitgangspunt *anno 2022* nog altijd de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige.

1. Beide auteurs wensen mevrouw Nadia Michiels (advocaat en praktijkassistent UHasselt) hartelijk te bedanken voor het formuleren van op- en aanmerkingen op deze bijdrage met een blik vanuit de praktijk.
2. De minderjarige is de persoon van het mannelijke of vrouwelijke geslacht die de volle leeftijd van achttien jaren nog niet bereikt heeft (art. 388 oud BW). De meerderjarigheid is vastgesteld op de volle leeftijd van achttien jaren; op die leeftijd is men bekwaam tot alle handelingen van het burgerlijk leven (art. 488 oud BW).
3. Zie voor een overzicht P. SENAËVE en C. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 18<sup>e</sup> ed. 2022, 469-474.
4. Zie bv. de eerste verklaring van wijziging van inschrijving in de bevolkingsregisters wanneer de minderjarige voor het eerst de verblijfplaats van de ouder(s) verlaat. De minderjarige moet in dit geval worden bijgestaan door de ouder(s) of voogd (art. 7, § 3 KB 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister).
5. Zie bv. voor *euthanasie* op verzoek van de oordeelsbekwame niet-ontvoogde minderjarige onder andere het vereiste van instemming van de wettelijke vertegenwoordiger(s) (art. 3 wet 28 mei 2002); zie voor *bloed en bloedderivaten*: bij personen die jonger zijn dan 18 jaar is afneming slechts mogelijk in geval van uiterste noodzaak en mits toelating van een arts van de bloedinstelling. Voor deze afname is steeds de schriftelijke en ondertekende toestemming vereist van de ouders of van een andere wettelijke vertegenwoordiger van het kind. Daarnaast moet de arts ook het advies of de toestemming inwinnen van de minderjarige indien deze laatste daartoe in staat is (art. 9 wet 5 juli 1994).
6. Zie bv. de werkgever die de minderjarige rechtsgeldig zijn loon ter beschikking stelt, tenzij verzet is betekend door de ouder of de voogd (art. 44 Arbeidsovereenkomstenwet).
7. Zie bv. de in de *Wet Patiëntenrechten* opgesomde rechten die door de minderjarige die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, zelfstandig kunnen worden uitgeoefend (art. 12, § 2 *in fine*); voor *wegneming van regenererbare organen* bij een broer of een zus van de receptor: leeftijdsvereiste van 12 jaar en de minderjarige moet in staat zijn tot een redelijke beoordeling van zijn belangen – zelfstandig toestemmen (art. 7 wet 13 juni 1986).

3. Omdat de minderjarige principieel handelingsonbekwaam is, vloeit hieruit noodzakelijkerwijze voort dat deze minderjarige ook principieel procesonbekwaam is. De minderjarige kan, omdat hij in de regel niet zelf en zelfstandig rechtshandelingen kan stellen, in de regel ook niet zelf en zelfstandig proceshandelingen stellen. Zoals de materieelrechtelijke handelingsonbekwaamheid vindt deze formele procesonbekwaamheid zijn oorsprong in de beschermingsgedachte. De minderjarige moet worden beschermd tegen onwetendheid en gebrek aan ervaring.<sup>8</sup>

## B. Vertegenwoordiging

4. De minderjarige kan dus in de regel niet zelf en zelfstandig als eiser, verweerder of tussenkomende partij optreden, maar kan dit slechts via zijn wettelijke vertegenwoordiger(s). Dit is (zijn) in de regel de ouder(s) die het ouderlijk gezag uitoefent (uitoefenen) of, in geval er geen beschikbare ouder is, de voogd (art. 376, eerste lid en 405, § 1 tweede lid oud BW). Deze personen zullen dan alle proceshandelingen *in naam en voor rekening van* de minderjarige stellen. In tegenstelling tot de ouders, heeft de voogd de machtiging van de vrederechter nodig voor het in rechte als eiser vertegenwoordigen van de minderjarige, behalve voor de burgerlijke partijstelling namens de minderjarige (art. 410, § 1, 7° oud BW).

5. Wanneer de belangen van de minderjarige conflicteren met die van zijn ouders of enige beschikbare ouder, dringt er zich een vervanging op. De voogd *ad hoc* vertegenwoordigt dan de minderjarige in het rechtsgeding waarin zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) met hem tegengestelde belangen hebben/heeft (art. 378, § 1, zesde lid oud BW; zie in het kader van afstammingsgeschillen art. 331*sexies* oud BW). Conflicteren de belangen van de pupil met de belangen van de voogd, dan wordt in eerste instantie een toezieende voogd aangesteld. Zijn de belangen van deze laatste eveneens strijdig met de belangen van de pupil, dan wordt een (toezieende) voogd *ad hoc* aangewezen (art. 404, eerste lid oud BW).

6. Omtrent de voogd *ad hoc* bestaan er in ons recht nog vele onvolkomenheden en onduidelijkheden en dit bij gebrek aan uitgewerkt wettelijk kader.

7. In welke gevallen kan een voogd *ad hoc* aangewezen worden? Op grond van de plaats in het oud Burgerlijk Wetboek verdedigen de meeste auteurs dat dit zich beperkt tot de aanstelling in afstammingsgeschillen (art. 331*sexies* oud BW) en in vermogensrechtelijke aangelegenheden (zgn. beheersconflicten; art. 378 oud BW).<sup>9</sup> Andere auteurs breiden dit uit tot andere aangelegenheden en zijn van oordeel dat de aanwijzing van een voogd *ad hoc* ook geldt voor rechtshandelingen met betrekking tot de persoon van de minderjarige.<sup>10</sup>

8. Wie kan het initiatief tot aanstelling van deze voogd *ad hoc* nemen? Volgens de wet gebeurt deze aanwijzing ambtshalve, dit is door de rechter, of op verzoek van enige belanghebbende, waaronder traditioneel wordt begrepen de ouders, grootouders, het OM of derden. Maar kan de minderjarige dit ook zelf, bijvoorbeeld in geval van stilzitten of onwil van zijn ouders? Opnieuw zijn de meningen hierover verdeeld. De meeste auteurs zijn van oordeel dat, hoewel de minderjarige een daadwerkelijk belang heeft, deze er niet kan worden onder begrepen en dit gelet op diens procesonbekwaamheid.<sup>11</sup> De minderjarige kan zich in dit geval tot het parket wenden dat in voorkomend geval een verzoek kan richten tot de vrederechter. Niet iedereen is het hier evenwel mee eens. Sommige auteurs zijn van oordeel dat de minderjarige wel een rechtstreeks verzoek aan de vrederechter kan richten.<sup>12</sup> Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat de minderjarige zich ook op de gemeenschappelijke kortgedingprocedure (art. 584, eerste lid Ger.W.) kan beroepen teneinde een voogd *ad hoc* te doen aanstellen. Op basis van deze procedure kan de minderjarige vanwege de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (en dus niet vanwege de vrederechter) een uitspraak bij voorraad uitlokken waarbij een voogd *ad hoc* wordt aangesteld.<sup>13</sup>

9. Wanneer is sprake van een belangentegenstelling opdat een voogd *ad hoc* zou kunnen worden aangewezen? Aangenomen wordt dat er sprake moet zijn

8. Zie bv. C. DE BOE, "La place de l'enfant dans le procès civil", *JT* 2009, 486; E. DE KEZEL, "De procesbekwaamheid van de minderjarige", *AJT* 1998-99, 250, nr. 4; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2020, 257; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CBR jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 39, nr. 3.

9. Zie bv. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2020, 271; T. VAN HALTEREN, "La protection patrimoniale des mineurs" in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Traité de droit civil belge. Tome I – Les personnes*, vol. 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 1077; G. VERSCHULDEN, "De aanstelling van een voogd *ad hoc* en andere remedies tegen ouderlijk wanbeheer" (noot onder Rb. Veurne 14 juni 2007), *T.Fam.* 2011, 14, nr. 3; T. WUYTS, "Recente ontwikkelingen inzake het goederenbeheer door de ouder(s), de voogd en de voorlopige bewindvoerder" in P. SENAËVE (ed.), *Personen- en familierecht*, Themis, nr. 25, Brugge, die Keure, 2004, 49-50, nr. 49. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarbij de ouders nalaten om zich burgerlijke partij te stellen namens hun minderjarig kind in een strafzaak en de correctionele rechtbank ambtshalve overgaat tot aanstelling van een voogd *ad hoc* teneinde de vermogensrechtelijke belangen van de minderjarige te vrijwaren (zedenzaak) (Corr. Antwerpen 18 februari 2014, AN43.98.3905-13, onuitg.).

10. Zie bv. F. SWENNEN, noot onder Vred. Westerlo 9 maart 2004, *RW* 2004-05, 1113.

11. Zie bv. T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CBR jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 39, nr. 3; I. VERVOORT, "De procespositie van de minderjarige: onbekwaam dus (on)beschermd?", *Jura Falc.* 1999-2000, 46.

12. Zie bv. A. VAN THIENEN, "Justice must also be enabled to be done" (noot onder Gent (bureau voor rechtsbijstand) 19 december 1993), *T.Fam.* 2015, 122, nr. 13.

13. Zie Brussel 16 november 2021 (verder in dit themanummer gepubliceerd tussenarrest) waarbij verwezen wordt naar de kabinetsbeschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven waarbij krachtens artikel 584 Ger.W. op eenzijdig verzoek van de minderjarige en bij volstreekte noodzakelijkheid een voogd *ad hoc* werd aangesteld.

van een *daadwerkelijke* belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn ouder(s).<sup>14</sup> Of er sprake is van een daadwerkelijke belangentegenstelling vergt een appreciatie *in concreto* en moet geval per geval beoordeeld worden.<sup>15</sup> Het is dus niet omdat de minderjarige en zijn ouder(s) betrokken zijn in hetzelfde rechtsgeding dat dit meteen ook betekent dat er sprake zou zijn van een belangentegenstelling. De vraag rijst wat te doen in geval van *stilzitten* van de ouder(s)? Steeds meer stemmen gaan op om ook een mogelijk stilzitten van de ouder(s) als een daadwerkelijke belangentegenstelling te kwalificeren.<sup>16</sup> Dit is evenwel geen definitief uitgemaakte zaak.<sup>17</sup> Thans blijkt uit de lagere rechtspraak dat bij stilzitten van de ouder(s) ambtshalve tot aanstelling van een voogd *ad hoc* kan worden overgegaan.<sup>18</sup>

**10.** Wat is de precieze rol en opdracht van de voogd *ad hoc*? In het kader van een afstammingsgeschil oordeelde het Hof van Cassatie dat uit geen enkele wettelijke bepaling blijkt dat de voogd *ad hoc* het kind moet ontmoeten en hem zijn mening over het geschil moet vragen, ongeacht de leeftijd van die laatste en de omstandigheden van de zaak.<sup>19</sup> Gaat het om een heel jong kind, dan is het voor de voogd *ad hoc* niet mogelijk om in contact te treden met het kind om diens mening over zijn afstammingsband te kennen, en zal hij volgens eigen inzicht naar voor moeten brengen wat in het belang van het kind de meest aangewezen uitkomst van het geschil zou zijn. In functie van de leeftijd en de maturiteit van het kind behoort het evenwel tot de taak van de aangestelde voogd *ad hoc* om in contact te treden met het kind teneinde diens mening te achterhalen en deze mening vervolgens voor de familierechtbank te verwoorden.<sup>20</sup>

**11.** Ten slotte moet opgemerkt worden dat er geen kosten- of bezoldigingsregime voor de voogd *ad hoc* bestaat.<sup>21</sup> De voogd *ad hoc* heeft geen recht op een

rechtsplegingsvergoeding. Hij treedt immers niet op als mandataris *ad litem*, maar als gerechtelijk mandataris zodat artikel 1022, eerste lid Ger.W. niet van toepassing is.<sup>22</sup> Het antwoord luidt hetzelfde ingeval de voogd *ad hoc* zelf een beroep doet op een advocaat.<sup>23</sup>

Toch gebeurt het in de lagere rechtspraak dat een *bezoldiging* aan de voogd *ad hoc* wordt toegekend. Zo bijvoorbeeld kent de vrederechter te Tienen, gelet op diens ruime taakomschrijving, principieel een bezoldiging aan de voogd *ad hoc* toe en wordt deze ook gerechtigd om op halfjaarlijkse basis een onkosten- en *ereloon*staat aan de vrederechter voor te leggen.<sup>24</sup> Deze rechtspraak verdient bijval.

### C. Quid ingeval de minderjarige alsnog zelfstandig in rechte optreedt?

**12.** Ingeval een minderjarige met onderscheidingsvermogen zelf als eiser optreedt in een gerechtelijke procedure waarin hij weliswaar materieelrechtelijk de hoedanigheid heeft om op te treden (vgl. art. 17, eerste lid Ger.W.) maar procesonbekwaam is, is zijn vordering toelaatbaar.<sup>25</sup> Wel kan de verweerder, *in limine litis*, een dilatoire exceptie van ontbreken van geldige vertegenwoordiging opwerpen.<sup>26</sup> Overwegend wordt in de rechtsleer aangenomen dat de rechter de exceptie niet ambtshalve kan opwerpen.<sup>27</sup> De opschortende exceptie heeft uitsluitend als doel de procesonbekwame minderjarige toe te laten zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) of in voorkomend geval een daartoe aangestelde voogd *ad hoc* in de procedure te laten tussenkomen, waardoor de procedure geregulariseerd wordt en verder voortgang kan vinden.<sup>28</sup> De opschortende werking duurt voort tot de minderjarige rechtsgeldig in het proces is betrokken, ofwel door het optreden van zijn wettelijke vertegenwoordiger ofwel doordat hij meerderjarig wordt.<sup>29</sup>

14. Zie in deze zin S. MOSSELMANS, *Voogdij* in APR, Mechelen, Kluwer, 2004, 407-408, nr. 687.

15. Zie bv. in afstammingsgeschillen: Famrb. Namen 16 mei 2018, RTDF 2019, 640.

16. Zie bv. D. BALLEET en A. WYLLEMAN, "Proceswaarborgen voor minderjarigen in procedures die hen aanbelangen", RW 1989-90, 804-805, nr. 33-34; G. VERSCHELDENDEN, "De aanstelling van een voogd ad hoc en andere remedies tegen ouderlijk wanbeheer" (noot onder Rb. Veurne 14 juni 2007), T.Fam. 2011, 14-16, nr. 4; Vred. Westerlo 18 april 2005, NJW 2005, 993, noot GV.

17. Zie bv. Gent (Bureau voor Rechtsbijstand) 19 december 2013, T.Fam. 2015, 115: "De minderjarige kan in de actuele wettelijke context geen persoonlijke rechtsvordering instellen, ook niet als hij is bijgestaan door een advocaat, in geval van het stilzitten van een ouder of van een belangentegenstelling met een ouder".

18. Zie bv. Vred. Tienen 10 maart 2022, gepubliceerd verder in dit nummer; Corr. Antwerpen 18 februari 2014, AN43.98.3905-13, onuitg.

19. Cass. 6 oktober 2017, T.Fam. 2020, 137, noot P. SENAËVE, Act.dr.fam. 2017, 245, noot N. MASSAGER, JLMB 2018, 877 en RTDF 2018, 562, noot G. MATHIEU.

20. P. SENAËVE en C. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 18<sup>de</sup> ed. 2022, 303, nr. 943.

21. B. VAN DEN BERGH, "De gerechtskosten in familiezaken" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek familieprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 644, nr. 1040.

22. B. VAN DEN BERGH, "De gerechtskosten in familiezaken" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek familieprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 645, nr. 1041; S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en voogd ad hoc" (noot onder Brussel 15 mei 2012), T.Fam. 2013, 110, nr. 3.

23. Zie bv. Brussel 15 mei 2012, T.Fam. 2013, 106, noot S. VOET. Anders: Antwerpen 10 november 2010, RW 2012-13, 349. Sommige auteurs bepleiten een tussenoplossing en stellen voor om een vergoeding toe te kennen aan de voogd *ad hoc* ingeval de bijstand werkelijk noodzakelijk is (zgn. noodzakelijkheidstoets), zie bv. in deze zin B. VAN DEN BERGH, "De gerechtskosten in familiezaken" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek familieprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 645, nr. 1042; S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en voogd ad hoc" (noot onder Brussel 15 mei 2012), T.Fam. 2013, 112, nr. 5. Hiervoor bestaat evenwel geen wettelijke grondslag.

24. Vred. Tienen 10 maart 2022, gepubliceerd verder in dit nummer.

25. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2020, 264; P. SENAËVE en C. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2022, 469, nr. 1539; T. VAN HALTEREN, "La protection patrimoniale des mineurs" in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Traité de droit civil belge. Tome I – Les personnes*, vol. 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 1053.

26. Wordt de exceptie niet *in limine litis* opgeworpen, dan kan de verweerder zich tijdens de procedure niet meer beroepen op de nietigheid van de rechtshandeling.

27. C. DE BOE, "La place de l'enfant dans le procès civil", JT 2009, 487; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2020, 264; T. VAN HALTEREN, "La protection patrimoniale des mineurs" in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Traité de droit civil belge. Tome I – Les personnes*, vol. 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 1054. Anders: F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging" in *Imperat Lex, Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, De Boeck&Larcier, 2003, 394-398, nrs. 14-16.

28. T. VAN HALTEREN, "La protection patrimoniale des mineurs" in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Traité de droit civil belge. Tome I – Les personnes*, vol. 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 1054; G. VERSCHELDENDEN, *Handboek Belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 424, nr. 874.

29. E. DE KEZEL, "De procesbekwaamheid van de minderjarige", AJT 1998-99, 251, nr. 5.

Te onderscheiden hiervan is de situatie waarbij de minderjarige zelfstandig in rechte optreedt, maar ook materieelrechtelijk niet over de vereiste hoedanigheid beschikt (cf. art. 17, eerste lid Ger.W.). In dit geval kan de rechter ambtshalve de exceptie van ontbreken van procesbekwaamheid in hoofde van de minderjarige opwerpen (cf. *infra* nr. 18).

### III. Uitzonderingen en temperingen op de principiële procesonbekwaamheid

**13.** Een analyse van wetgeving, rechtspraak, rechtsleer en rechtspraktijk leert dat verschillende uitzonderingen op en temperingen van deze principiële procesonbekwaamheid bestaan. In wat hierna volgt maken wij een onderscheid tussen drie categorieën, namelijk 1) initiatiefrecht in hoofde van de minderjarige; 2) toestemming van de minderjarige tijdens de gerechtelijke procedure en ten slotte 3) hoorrecht (beter: spreekrecht) in hoofde van de minderjarige.

#### A. Initiatiefrecht

##### 1. Zelfstandig optreden in rechte door de niet-ontvoogde minderjarige

**14.** In sommige gevallen wijkt de wetgever af van deze principiële procesonbekwaamheid en wordt de minderjarige wél toegelaten om zelf en zelfstandig in rechte op te treden en de zaak voor de familierechtbank te brengen. Aangenomen wordt dat in deze gevallen de minderjarige beter wordt beschermd indien hij dit eigen recht tot handelen heeft. Het gaat slechts over een beperkt aantal persoonlijke aangelegenheden, namelijk:

- opheffing minimumleeftijdsvereiste om te kunnen huwen (art. 145 oud BW);
- voornaamsverandering omwille van innerlijk beleefde genderidentiteit (art. 370/3, § 4, tweede en derde lid oud BW);
- aanpassing van de geslachtsregistratie omwille van innerlijk beleefde genderidentiteit (art. 135/1, § 10 oud BW);
- indien de minderjarige de vader/moeder/mee-moeder in de afstammingsrelatie is, treedt deze in de procedure aangaande de vaststelling of de

- betwisting van de afstamming als eiser of verweerder zelf op, zonder vertegenwoordiging<sup>30</sup>;
- hoger beroep tegen het adoptievonniss / voorziening in cassatie (art. 1231-10 en 1231-11 tweede lid *a contrario* Ger.W.).

**15.** Daarnaast wordt in (vooral lagere) rechtspraak ook aanvaard dat de minderjarige die over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt zelf en zelfstandig daden van bewaring kan stellen en zodoende ook bijvoorbeeld zelf en zelfstandig een vordering tot verzegeling of een vordering in kort geding kan instellen.<sup>31</sup> Ter staving hiervan wordt verwezen naar het strikt persoonlijke karakter van het recht dat het voorwerp is van het geding of het bewarende en dringende karakter van de gevorderde maatregelen. Een duidelijke en afgelijnde afbakening in rechtspraak en rechtsleer ontbreekt evenwel wat rechtsonzekerheid meebrengt.<sup>32</sup> Een illustratie hiervan betreft de vraag of de minderjarige zelf en zelfstandig een onderhoudsvordering kan instellen tegen zijn ouder(s) (cf. art. 203 oud BW).<sup>33</sup> Bepaalde lagere rechtspraak is van oordeel dat deze alimentatievordering, gelet op het dringende karakter ervan, door de minderjarige zelf en zelfstandig kan worden ingesteld.<sup>34</sup> Andere rechtspraak is van oordeel dat in voorkomend geval een voogd *ad hoc* moet worden aangewezen omdat er sprake is van een daadwerkelijke belangentegenstelling tussen het kind en de ouders.<sup>35</sup>

##### 2. Verzoek aan het Openbaar Ministerie

**16.** In het kader van door ouders genomen beslissingen in verband met de uitoefening van het ouderlijk gezag is de minderjarige *anno 2022* slechts 'voorwerp' van dit gezag. Dit brengt met zich mee dat de minderjarige ter zake *niet* over materiële rechtsbekwaamheid beschikt. Gelet op deze materiële rechtsonbekwaamheid, kan de minderjarige ook niet als procespartij aan de beslissingen over het ouderlijk gezag deelnemen en tijdens een gerechtelijke procedure ook niet worden vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc*.<sup>36</sup>

Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer werden op grond van het IVRK, het EVRM en de Belgische Grondwet pogingen ondernomen teneinde in deze aangelegenheid alsnog aan de minderjarige de mogelijkheid te bieden om zich rechtstreeks tot de rechter te kunnen wenden.<sup>37</sup> Bij arresten van 10 februari

30. Luik 21 januari 2021, *JLMB* 2021, 705; C. DE BOE, "La place de l'enfant dans le procès civil", *JT* 2009, 488.

31. C. DE BOE, "La place de l'enfant dans le procès civil", *JT* 2009, 488; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 426, nr. 879.

32. T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CBR jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 70, nr. 101.

33. Zie Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2020, 266, vn. 436.

34. Zie bv. Vred. Sint-Gillis 23 april 1985, *T.Vred.* 1987, 21, noot J. GERLO.

35. Zie bv. Vred. Hoei 5 november 1987, *J.dr.jeun.* 1988, 5; zie ook D. BALLEET en A. WYLLEMAN, "Proceswaarborgen voor minderjarigen in procedures die hen aanbelangen", *RW* 1989-90, 804-805.

36. Zie ook F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 175, nr. 257.

37. Zie de rechtspraak en de rechtsleer aangehaald in P. SENAËVE, "Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat van het horen" (noot onder Cass. 10 februari 2020), *T.Fam.* 2020, 201, nr. 5. Zie ook M. COUNE, "L'enfant et son avocat dans les procédures civiles" (noot onder Rb. Namen 28 februari 2019), *JLMB* 2020, 1611.

2020<sup>38</sup> en 25 januari 2021<sup>39</sup> oordeelde het Hof van Cassatie echter dat de artikelen 3, 9 en 12 IVRK, artikel 8 EVRM en artikel 22bis Grondwet niet vereisen dat het kind over de mogelijkheid moet beschikken om als partij tussen te komen en een vordering in te stellen in geschillen tussen zijn ouders aangaande de uitoefening van het ouderlijk gezag over zijn persoon, de verblijfsregeling of de uitoefening van het recht op persoonlijk contact door de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent.

17. In de context van ouderlijk gezag, verblijf en persoonlijk contact voorziet de wetgever wel in de mogelijkheid voor de minderjarige om een verzoek te richten tot het Openbaar Ministerie dat desgevallend de zaak voor de familierechtbank kan brengen (art. 387bis oud BW).<sup>40</sup> Uit de praktijk blijkt dat hier slechts zelden gebruik van wordt gemaakt. Toch gebeurt het. Zo bijvoorbeeld trad het Openbaar Ministerie in een zaak van schoolkeuze van een minderjarige als eiser en daarna als appelland op voor het hof van beroep te Brussel.<sup>41</sup> Het Openbaar Ministerie is evenwel niet verplicht om gevolg te geven aan het verzoek van de minderjarige. In geval van stilzitten van het Openbaar Ministerie kan de minderjarige dan ook geen verdere actie afdwingen, ook niet via een voogd *ad hoc*.

Daarnaast kan de minderjarige door de rechter worden gehoord (*infra* nr. 20).

18. Ingeval de minderjarige alsnog als eiser of als vrijwillig tussenkomende partij optreedt, kan de exceptie van ontbreken van procesbekwaamheid in hoofde van een niet-ontvoogde minderjarige door de rechter ambtshalve – en mits het naleven van de rechten van verdediging – worden opgeworpen.<sup>42</sup> De procedure kan immers niet worden geregulariseerd door het laten tussenkomen van een wettelijke vertegenwoordiger of voogd *ad hoc*. In dit geval gaat het dus niet over een opschortende exceptie met alle daaraan verbonden rechtsgevolgen.

## B. Toestemming tijdens de gerechtelijke procedure

19. Soms vereist de wetgever dat de minderjarige, voor zover is voldaan aan bepaalde voorwaarden, zelf ook moet toestemmen tot een rechtshandeling die op hem betrekking heeft tijdens de gerechtelijke procedure, zie bijvoorbeeld:

- toestemming in het kader van een procedure tot vervangende machtiging tot erkenning van de minderjarige (art. 329bis, § 2 oud BW) alsook in het kader van een vordering tot vaststelling van het ouderschap (art. 332quinquies, § 2 oud BW);
- toestemming in het kader van een procedure tot adoptie van de minderjarige (art. 348-1 oud BW);
- toestemming in het kader van een familienaamsverandering van de pupil bij gewone adoptie (art. 353-5 oud BW);
- toestemming in het kader van een voornaamsverandering van de pupil bij gewone of volle adoptie (art. 349-2 oud BW).

Dit brengt mee dat, in voorkomend geval en voor zover aan alle wettelijke toepassingsvoorwaarden is voldaan, de minderjarige een procespartij is, met alle gevolgen van dien. De aanpak van de wetgever is fragmentarisch. We stellen wel vast dat veelal de leeftijd van 12 jaar als scharnierleeftijd in aanmerking wordt genomen, tenzij het kind geen onderscheidingsvermogen heeft.

## C. Hoorrecht

20. In procedures inzake adoptie, ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact wordt voorzien in een hoorrecht voor de minderjarige in de familierechtbank.<sup>43</sup> De minderjarige is in dit geval geen procespartij en kan dus bijvoorbeeld ook geen hoger beroep instellen tegen de beslissing van de rechter. Bovendien kan dit recht uitsluitend worden uitgeoefend, voor zover andere personen een gerechtelijke procedure hebben opgestart, namelijk inzake de

- uitoefening van het ouderlijk gezag, verblijfsregeling en recht op persoonlijk contact (art. 1004/1 en 1004/2 Ger.W.)<sup>44</sup>;

38. Cass. 10 februari 2020, *T.Fam.* 2020, 198, noot P. SENAËVE, *Act.dr.fam.* 2021, 12, noot M. COUNE en *RW* 2021-22, 207.

39. Cass. 25 januari 2021, gepubliceerd in dit themanummer.

40. Een uitzondering hierop vormt het recht op persoonlijk contact van een minderjarige broer of zus in de zin van de wet van 20 mei 2021; *infra* nr. 21.

41. Brussel 16 november 2021, (tussenarrest) en Brussel 4 januari 2022 (eindarrest), gepubliceerd verder in dit themanummer.

42. Cass. 10 februari 2020, *T.Fam.* 2020, 198, noot P. SENAËVE; P. SENAËVE, "Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat van het horen", *T.Fam.* 2020, 204, nr. 17. Anders: M. COUNE, "L'enfant et son avocat dans les procédures civiles" (noot onder Rb. Namen 28 februari 2019), *JLMB* 2020, 1603.

43. Zie in dit verband bv. L. JACOBS, "La parole de l'enfant face à la séparation parentale: regards croisés sur les pratiques d'audition", *RTDF* 2017, 649; M. MALLIEN, "L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge: les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales", *L'hébergement de l'enfant: réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthémis, 2020, 7 e.v.; M. MALLIEN, "L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation: la question des autonomies à travers trois hot topics", *Act.dr.fam.* 2021, 196 e.v.; P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 469 e.v.; C. VAN ROY, "Artikel 374 (oud) BW – Mama en papa, of mama, papa en kind?" in I. BOONE, J. PUT, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Liber amicorum Patrick Senaëve*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 235 e.v.

44. Voor de toepassing van artikel 1004/1 Ger.W. moet een geschil voorhanden zijn. Dit stelt in het bijzonder moeilijkheden ingeval ouders of andere procespartijen een akkoord over de in artikel 1004/1 Ger.W. vermelde materies hebben bereikt. Overwegend wordt aangenomen dat in dit geval het hoorrecht zoals bepaald in

## Procespositie minderjarige in het personen- en familierecht

- adoptieprocedure (art. 1231-10 en 1231-11 Ger.W.);
- vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 1236*bis*, § 2, tweede lid Ger.W.).

Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met een aantal supranationale bepalingen waarin het horen van de minderjarige wordt opgelegd. Denk bijvoorbeeld aan artikel 41, 2c) Verordening Brussel II*bis* en artikel 12 IVRK waarbij geen specifieke leeftijds grens is bepaald, of aan het hoorrecht van de minderjarige in het kader van het voogdijgezag voor de vrederechter (art. 1233, § 1 2° Ger.W.).

We stellen vast dat het hoorrecht aan verschillende wettelijke regelingen en toepassingsvoorwaarden is onderworpen.

**21.** Op bovenvermeld principe moet een uitzondering worden gemaakt voor het recht op persoonlijk contact van minderjarige broers of zussen. Ingevolge de wet van 20 mei 2021 beschikt de minderjarige broer of zus over een eigen recht op persoonlijk contact.<sup>45</sup> Ingeval de minderjarige broer of zus aanspraak wenst te maken op een omgangsrecht, wordt hij/zij vertegenwoordigd door zijn/haar wettelijke vertegenwoordiger of door een voogd *ad hoc* (supra nrs. 4-11).<sup>46</sup> Het hoorrecht in de zin van de artikelen 1004/1 en 1004/2 Ger.W. is dan niet van toepassing.

### D. Overzichtstabel – Vanuit het perspectief van de niet-ontvoogde minderjarige

INITIATIEFRECHT	TOESTEMMING	HOORRECHT
<b>I. Zelf en zelfstandig optreden in rechte</b>	Erkenning (art. 329 <i>bis</i> , § 2, oud BW) en onderzoek naar ouderschap (art. 332 <i>quinquies</i> , § 2, oud BW)	Ouderlijk gezag (art. 1004/1 Ger.W.)
Opheffing minimumleeftijdvereiste <i>huwelijk</i> (art. 145 oud BW)	Adoptie (art. 348-1 oud BW)	Verblijfsregeling (art. 1004/1 Ger.W.)
Afstammingsgeschillen, voor zover de niet-ontvoogde minderjarige ook de vader/moeder/meemoeder is	Voornaamsverandering bij gewone en volle adoptie (art. 349-2 oud BW)	Recht op persoonlijk contact (art. 1004/1 Ger.W.)
Aanpassing geslachtsregistratie omwille van innerlijk beleefde genderidentiteit (art. 135/1, § 10, oud BW)	Familienaamsverandering bij gewone adoptie (art. 353-5 oud BW)	Adoptieprocedure (art. 1231-10 en 1231-11 Ger.W.)
Voornaamsverandering omwille van innerlijk beleefde genderidentiteit (art. 370/3, § 4, tweede en derde lid oud BW)		Vaststelling van de onmogelijkheid het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 1236 <i>bis</i> , § 2, tweede lid Ger.W.)
Hoger beroep tegen een adoptievonniss of voorziening in cassatie (art. 1231-10 en 1231-11 tweede lid <i>a contrario</i> Ger.W.)		Supranationale bepalingen
Uitzonderingen in de rechtspraktijk		
<b>II. Verzoek aan het Openbaar Ministerie</b>		
Ouderlijk gezag (art. 387 <i>bis</i> oud BW)		
Recht op persoonlijk contact, muv minderjarige broers en zussen in de zin van de wet van 20 mei 2021) (art. 387 <i>bis</i> oud BW)		

artikel 1004/1 Ger.W. niet van toepassing is, zie P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek familieprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 488-491, nrs. 804-809.

Het hof van beroep te Gent heeft bij arrest van 15 juli 2021 volgende prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof gesteld (rolnr. 7618): «In welke mate [schendt] artikel 1004/1 § 1 Ger.W. de artikelen 12 IVRK en 22*bis* Gw. [...] alwaar:

- het gemeenschappelijk hoorrecht van de minderjarige conform artikel 1004/1, § 1 Ger.W. niet van toepassing is in alle procedures die de minderjarige aanbelangen hoewel het IVRK en de Grondwet dit vereisen;

- dit toepassingsgebied bijgevolg te beperkend is en noch in overeenstemming met artikel 12 IVRK, noch met de rechtspraak van het EHRM, noch met artikel 22*bis* Gw. wanneer het hof van beroep zou oordelen dat de kinderen [Do.B.] en [Da.B.] geen belang hebben om gehoord te worden betreffende de verblijfsregeling van [D.N.] om reden dat dit slechts hun halfzus is?».

45. Wet 20 mei 2021 tot wijziging van het oud Burgerlijk Wetboek, betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zussen, *BS* 9 juni 2021, 57506.

46. Zie hierover in het bijzonder C. DECLERCK, "Het recht op persoonlijk contact tussen broers en zussen in de zin van artikel 375*bis* oud BW", *T.Fam.* 2021, 306-311, ihb nrs. 14-20.

## IV. Verplichte bijstand door een (jeugd) advocaat in de familierechtbank?

22. Ingeval de minderjarige zelf in rechte kan optreden voor de familierechtbank is er *de lege lata* niet voorzien in verplichte bijstand door een (jeugd) advocaat.<sup>47</sup> Meerdere voorstellen tot invoering van systematische bijstand door jeugdadvocaten zijn jaren geleden op niets uitgedraaid.<sup>48</sup> Kinderen hebben immers recht op gratis rechtsbijstand (art. 508/13/1 Ger.W.), en dat zou onbetaalbaar kunnen worden.

In het wetsvoorstel dat aan de basis lag van de wet van 20 mei 2021 inzake broers en zussen<sup>49</sup> werd, na advies van de Raad van State<sup>50</sup>, voorzien in de verplichte bijstand van een advocaat.<sup>51</sup> Twee bedenkingen werden gemaakt. Eerst en vooral was het niet duidelijk waarom kinderen enkel in deze specifieke context recht zouden hebben op bijstand van een advocaat. Daarenboven rees bijkomend de vraag of deze advocaat dan niet een jeugdadvoaat zou moeten zijn, dit is een advocaat gespecialiseerd in jeugdzaken.<sup>52</sup>

Een degelijke reflectie over de globale procespositie van de minderjarige in familiezaken vooronderstelt dat ook wordt nagedacht over het al dan niet voorzien in een verplichte bijstand door een (jeugd)advocaat. Deze denkoefening is tot op vandaag nog niet gebeurd.

## V. Besluit

23. Een schets van de procespositie van de minderjarige in de familierechtbank leert ons dat er heel wat pijnpunten zijn, zoals het gebrek aan consistentie, logica en uniformiteit; het gebrek aan initiatiefrecht in hoofde van de minderjarige inzake beslissingen die verband houden met de uitoefening van het ouderlijk gezag (bv. inzake schoolkeuze of verblijfsregeling); het gebrek aan wettelijk kader voor de voogd *ad hoc* (zo ook wat de vergoeding betreft); het gebrek aan verplichte bijstand door een (jeugd)advocaat...

Fundamenteler rijst evenwel de vraag of het uitgangspunt dat de minderjarige principieel procesonbekwaam is, *anno 2022* behouden moet blijven. In de afgelopen decennia werd – met een blik over de grenzen – al herhaaldelijk gepleit voor een herformulering van de procespositie van de minderjarige.<sup>53</sup> *Anno 2022* vergt een *rethinking* van de procespositie van de minderjarige evenwel niet enkel een rechtsvergelijkende maar ook en bovenal een multidisciplinaire blik waarbij inzichten vanuit de pedagogische wetenschappen en neuropsychologie onontbeerlijk zijn. De Staten-Generaal van 17 december 2021 vormde daartoe een eerste (bescheiden) aanzet.

47. Zie hierover in het bijzonder M. COUNE, "L'enfant et son avocat dans les procédures civiles", *JLMB* 2020, 1601-1613.

48. Wetsvoorstel d.d. 22 december 1999 (Lindekens) tot instelling van jeugdadvocaten voor minderjarigen, *Parl.St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-256/1. Zie ook wetsvoorstel d.d. 21 december 2010 (Lahaye-Battheu c.s.) betreffende het recht van minderjarigen op toegang tot de rechter en tot instelling van jeugdadvocaten voor minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 2010-11 nr. 53-944/1. Zie voor een kritiek I. CAPELLE, "De la maison de correction à la CIDE et aux règlements de l'O.B.F.G.: naissance d'un sujet de droit... et de son avocat" in *Les jeunes et le droit. Approche pluridisciplinaire*, Limal, Anthemis, 2017, 20.

49. Wet 20 mei 2021 tot wijziging van het oud Burgerlijk Wetboek, betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zussen, *BS* 9 juni 2021, 57506, i.w.tr. 19 juni 2021.

50. Adv.RvS nrs. 67.657/1 en 67.658/2 van 1 juli 2020, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-780/3, 19-20: "Aangezien het kind, zoals benadrukt wordt in de preambule van het Verdrag "inzake de rechten van het kind", "op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel voor als na de geboorte", is het, dat gezegd zijnde, met inachtneming van zijn hoger belang, van het grootste belang om het kind, op zijn minst tot een bepaalde leeftijd, bij zijn optreden in rechte te ondersteunen met de verplichte bijstand van een advocaat, die in voorkomend geval ambtshalve aangewezen dient te worden".

51. Ook de Raad van State stelde voor om te voorzien in de verplichte bijstand van een advocaat: Adv.RvS nrs. 67.657/1 en 67.658/2 van 1 juli 2020, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-780/3, 19-20: "Aangezien het kind, zoals benadrukt wordt in de preambule van het Verdrag "inzake de rechten van het kind", "op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel voor als na de geboorte", is het, dat gezegd zijnde, met inachtneming van zijn hoger belang, van het grootste belang om het kind, op zijn minst tot een bepaalde leeftijd, bij zijn optreden in rechte te ondersteunen met de verplichte bijstand van een advocaat, die in voorkomend geval ambtshalve aangewezen dient te worden".

52. Zie hierover in het bijzonder E. VAN DER MUSSELE (ed.), *Jeugdadvoaat in Vlaanderen, België en Europa*, Brussel, Larcier, 2017, 133 p.

53. Zie hierover I. VERVOORT, "De procespositie van de minderjarige: onbekwaam dus (on)beschermd?", *Jura Falc.* 1999-2000, 46, met verwijzingen naar de rechtsleer.