

De wettelijke vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

Bieke Verhaegen

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. J. Put en I Van Der Straete

PROBLEEMSTELLING

Steeds meer adolescenten en zelfs jonge kinderen verlaten hun land van oorsprong en belanden in geïndustrialiseerde samenlevingen als de onze. Of deze minderjarigen een oorlog of hongersnood ontvluchten, zijn achtergelaten bij de repatriëring van hun ouders, het slachtoffer zijn van mensensmokkel of door andere omstandigheden aanspoelen in België, doet er juridisch gezien niet toe. Ze moeten het allemaal stellen zonder de bescherming door een ouder of voogd. Eenmaal in België aangekomen, strandt een niet te verwaarlozen aantal van hen in de georganiseerde criminaliteit, prostitutie of clandestiene arbeidsmilieus.¹ Een duurzame oplossing bieden voor hun talrijke en relatief ongecontroleerde aanwezigheid, vormt dan ook een uitdaging voor het gastland.

De positie van de alleenstaande minderjarige vreemdeling is in onze wetgeving slechts zeer onvolledig gereguleerd. Hun rechtsbescherming is op alle vlakken ontoereikend.² Sommige auteurs spreken onomwonden over *le vide juridique*. Deze vaststelling geldt niet alleen voor het verblijfsrechtelijk statuut van deze kinderen, maar ook voor hun recht op onderwijs, vrijheid van godsdienst, psychische en fysieke gezondheid, gezinsleven,...

¹ E. DEJONGHE en I. LAMMERANT, "Les candidats réfugiés mineurs non accompagnés. De lege lata et de lege ferenda", *J.T.* 1998, 241; H. DE PAUW, *Dossier verdwijning van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en minderjarige slachtoffers van mensenhandel*, Brussel, Child Focus, 2002, 104 p.; VZW 't HUIS, "Niet-begeleide minderjarigen" in CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSSEN EN RACISMEBESTRIJDING (ed.), *Jaarverslag 2000 inzake strijd tegen de mensenhandel*, Brussel, 77-80.

² Met uitzondering van artikel 118 K.B. 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 27 oktober 1981, hierna verkort geciteerd als Vreemdelingenbesluit. Zie ook M.-C. FOBLETS en S. BOUCKAERT, "De minderjarige vreemdeling, een relatief onbekend rechtssubject in het Belgische vreemdelingenrecht" in M.-C. FOBLETS en B. HUBEAU (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 4, Brugge, die keure, 2000, 156; A. JONCKHEERE en K. GROSJEAN, *Situation juridique des enfants étrangers en Belgique. Le cas des mineurs non-accompagnés*, Luik, Ed. Jeunesse et droit, 2000, 187 p.

Een belangrijke stimulans in de omgekeerde richting gaat uit van de groeiende kinderrechtenbeweging. Voornamelijk de goedkeuring van het V.N.-Verdrag van 20 november 1989 inzake de Rechten van het Kind³ versterkte het principe dat minderjarigen zelf dragers van mensenrechten en dus rechtssubjecten zijn. Wanneer de klemtoon wordt gelegd op het toekennen van rechten, rijst meteen de vraag hoe een principieel handelingsonbekwame minderjarige deze kan afdwingen. Dit probleem wordt nog versterkt wanneer het gaat over niet-begeleide buitenlandse minderjarigen omdat zij het zonder wettelijke vertegenwoordiger moeten stellen.

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan dit belangrijke aspect van de rechtspositie van de minderjarige niet-begeleide vreemdelingen: de regeling van hun wettelijke vertegenwoordiging. Minderjarige buitenlanders zijn namelijk in principe handelingsonbekwaam en dus kwetsbaar bij deelname aan het rechtsverkeer. Voor de inwerkingtreding van de programmawet van 24 december 2002⁴ was er in het Belgische recht geen enkele specifieke bepaling over voogdij of wettelijke vertegenwoordiging voor deze groep te vinden.

Ook al trad de nieuwe regeling op 1 mei 2004 in werking⁵, toch blijft het nuttig de bestaande voogdij- en vertegenwoordigingsinstituten toe te passen op alleenstaande vreemdelingen –in tegenstelling tot de meeste geraadpleegde doctrine, die hierop niet (grondig) ingaat – en eventuele kritiek erop in vraag te stellen. Er zijn namelijk een aantal buitenlandse minderjarigen die buiten het toepassingsgebied van de programmawet zullen vallen.⁶ Bovendien zal blijken dat wanneer het kind een stabiel verblijfsstatuut krijgt, de administratieve voogdij van rechtswege een einde neemt.⁷ In een verdere fase wordt nagegaan of de nieuwe wet aan de actuele noden van deze rechtssubjecten tegemoetkomt. Tot slot wordt getoetst hoe de wettelijke vertegenwoordiger zoals die uit de programmawet volgt, aan bod komt in de bestaande jeugdbeschermingsprocedures. Welke rechten en plichten heeft deze persoon bij het Comité voor Bijzondere Jeugdzorg, de Bemiddelingscommissie of de jeugdrechtbank? Ter afronding van deze bespreking volgen enkele korte evaluatieve bemerkingen m.b.t. de huidige stand van zaken in de besproken materie.

³ België ratificeerde het Verdrag van New York op 16 december 1991. Het is in ons land rechtsgeldig sinds 15 januari 1992 (*B.S.* 17 januari 1992). Hierna zal het verkort worden geciteerd als het Kinderrechtenverdrag.

⁴ Art. 479 Programmawet (I) 24 december 2002, uittreksel aangaande niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, *B.S.* 31 december 2002, hierna verkort geciteerd als de Programmawet.

⁵ Overeenkomstig artikel 28 Programmawet wordt de inwerkingtreding bepaald door een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit. Dit werd een jaar later genomen: K.B. 22 december 2003 tot uitvoering van titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de programmawet van 24 december 2002, *B.S.* 29 januari 2004, verder verkort geciteerd als het Voogdijbesluit.

⁶ Zie *infra* nrs. 6, 9, 11 en 56.

⁷ Zie *infra* nr. 70; art. 23 Programmawet.

1. AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

1. Vooraleer tot de kern van het probleem te komen, is een afbakening van de doelgroep van deze bespreking belangrijk. Er bestaat immers in de verschillende rechtsbronnen geen homogene bepaling van de groep niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.

1.1. RATIONE PERSONAE: DE NOTIE 'NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELINGEN'

1.1.1. Minderjarigheid in het recht naar vreemdelingen toe

2. Zoals geweten, duurt voor Belgische jongeren de minderjarigheid tot het bereiken van de leeftijd van 18 jaar.⁸ Deze scharnierleeftijd is niet noodzakelijk de leeftijd waarop ook buitenlandse jongeren de meerderjarigheid bereiken. In de verschillende rechtsbronnen die in België van toepassing zijn, is geen eenduidige afbakening van de groep van minderjarige vreemdelingen te vinden. In de Vreemdelingenwet⁹ is simpelweg geen omschrijving van minderjarigheid opgenomen. Wel spreekt artikel 118 Vreemdelingenbesluit over een *vreemdeling die minder dan achttien jaar oud is óf die volgens zijn personeel statuut minderjarig is*.

3. Volgens het internationaal privaatrecht is de minderjarigheid een onderdeel van het personeel statuut en wordt dus bepaald door de nationale wetgeving van de persoon a quo.¹⁰ Dit volgt uit een multilaterale lezing van artikel 3, derde lid B.W.¹¹ door het Hof van Cassatie. De wetten betreffende de staat en bekwaamheid van personen volgen de vreemdeling in België, tenzij die wetten in strijd zijn met de Belgische internationale openbare orde.¹² Adolescenten kunnen dus volgens hun nationale wetgeving minderjarig zijn en toch buiten de groep minderjarigen naar Belgisch recht vallen. De omgekeerde situatie is ook mogelijk wanneer buitenlandse wetgeving de meerderjarigheid bepaalt op een leeftijd onder 18 jaar.

4. Het Kinderrechtenverdrag verstaat onder een kind *ieder mens jonger dan achttien jaar, tenzij volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt*.¹³ In de hypothese dat een buitenlandse

⁸ Art. 388 B.W.

⁹ Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 31 december 1980.

¹⁰ A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 95-99.

¹¹ Dit artikel luidt: "De wetten betreffende de staat en bekwaamheid van de personen zijn toepasselijk op de Belgen, ook wanneer zij in het buitenland verblijven".

¹² Cass., Ver. Kammers, 16 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 647.

¹³ Art. 1 Kinderrechtenverdrag. Dit is merkwaardig. De overheid kan zo de jongere de bescherming die het Kinderrechtenverdrag biedt, ontnemen door de wettelijke meerderjarigheid op jonge leeftijd vast te stellen.

ationale wet de minderjarigheid bepaalt op een andere leeftijd dan 18 jaar, zal het Vreemdelingenbesluit steeds de voordeligste –hoogste – leeftijd weerhouden omdat er twee niet-cumulatieve criteria worden aangereikt. Het lijkt mij opvallend dat het Kinderrechtenverdrag zover niet gaat: hier kan de eigen nationale wet namelijk in het nadeel van de adolescent spelen.¹⁴

5. Bij de vaststelling van de leeftijd van meerderjarigheid sluiten bijna alle vreemdelingenwetten in Europa uitdrukkelijk de toepassing van de nationale wet van de vreemdeling uit.¹⁵ Bovendien hanteert een vrij recente E.U.-Resolutie¹⁶ eveneens de leeftijdsgrens van 18 jaar.

6. Sindsdien lijkt ook de Belgische overheid dezelfde toer op te gaan. In meerdere omzendbrieven¹⁷ van 2002 definieert zij een niet-begeleide minderjarige vreemdeling als *elke persoon die jonger is dan 18 jaar*. Men heeft ook in de Programmawet van 24 december 2002 consequent diezelfde grens gehanteerd. Op aanraden van de Raad van State maakte de wetgever hier duidelijk dat het om een wet van politie en veiligheid gaat¹⁸, welke de toepassing van de nationale wet van de betrokkene uitsluit.

7. We kunnen vermoeden dat de wetgever in de toekomst resoluut voor het criterium van de achttiende verjaardag zal kiezen – en dit als enige criterium. Deze uniforme omschrijving vermijdt gedifferentieerde behandelingen van personen die in een zeer gelijkaardige situatie verkeren en laat een administratief eenvoudiger beleid toe. Het valt te hopen dat de wetgever – ook uit puur legistiek oogmerk – de definitie in artikel 118 van het Vreemdelingenbesluit aan deze koerswijziging zal aanpassen zodat ze niet alleen voor deelaspecten van het statuut van minderjarige vreemdelingen zoals de voogdijregeling geldt. Doet zij dit niet, dan zullen de verschillende criteria moeten worden toegepast naargelang de te behandelen materie.¹⁹

¹⁴ Een voorbeeld: een 16-jarige Somaliër, volgens zijn nationale wet al meerderjarig, zal volgens het Vreemdelingenbesluit nog als minderjarige worden aanzien, maar niet meer binnen de toepassingsfeer van het Kinderrechtenverdrag vallen.

¹⁵ E. DEJONGHE en I. LAMMERANT, “Les candidats réfugiés mineurs non accompagnés. De lege lata et de lege ferenda”, *J.T.* 1998, 249.

¹⁶ Art. 1 Resolutie van de Raad van de Europese Unie nr. 97/C 221/03, 26 juni 1997 inzake niet-begeleide minderjarige onderdanen van derde landen, *P.B. L.* 19 juli 1997.

¹⁷ Omzendbrief van 26 april 2002 betreffende de identificatiefiche en het inlichtingenformulier betreffende de seining en de plaatsing van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, *B.S.* 14 juni 2002; Dienstnota B.44 van de algemene directie van de Dienst Vreemdelingenzaken van 1 maart 2002 betreffende de behandeling van dossiers aangaande het verblijf van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, onuitg.

¹⁸ *Parl. St. Kamer*, 2002-03, 2124/15, 38.

¹⁹ Aangezien de Programmawetgever de definitie enkel toepasselijk verklaart op de voogdijregeling, kan m.i. niet worden besloten tot een uitbreiding hiervan tot de aspecten van het statuut van minderjarige vreemdelingen die in andere wetgeving worden geregeld.

1.1.2. Begeleide en niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

8. Ook om de categorie niet-begeleide minderjarigen af te bakenen, duikt een discussie op over het te hanteren differentiatie criterium. Sommige landen beschouwen een minderjarige als alleenstaand wanneer hij niet begeleid is door zijn wettelijke vertegenwoordiger. Hiervoor opteren ook de U.N.H.C.R.²⁰ en de Raad van de Europese Unie.²¹ Aan de andere kant staat de pragmatische opvatting dat een minderjarige enkel niet-vergezeld is bij afwezigheid van om het even welke volwassene die voor het kind instaat en er zorg voor draagt. In de Vreemdelingenwet ontbreekt elke omschrijving van de notie. Binnen de doctrine bestaat deze tegenstelling tussen de 'juridische'²² en de 'pragmatische'²³ strekking eveneens. In ieder geval is een uniforme invulling van het begrip door de Belgische wetgever gewenst om een grotere rechtszekerheid te waarborgen. Het criterium van het ontbreken van een wettelijke vertegenwoordiger moet hierbij de voorkeur genieten. De pragmatische of feitelijke invulling zou de deur openzetten voor wanpraktijken door volwassenen die zich als begeleider voordoen maar in feite andere objectieven nastreven zoals mensenhandel of exploitatie van de minderjarige.²⁴

9. De Programmawet volgt de internationaalrechtelijke praktijk en acht de voogdijregeling van toepassing wanneer een minderjarige *niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens de nationale wet van de minderjarige*.²⁵ Deze restrictieve invulling zorgt voor de toepassing van het voogdijstelsel zelfs wanneer het kind is begeleid door een zus, broer, grootouder of ander familielid, tenzij deze al voogd is.

²⁰ U.N.H.C.R., *Refugee children – Guidelines on protection and care*, Genève, 1994, 121-122: unaccompanied children are those who are separated from both parents and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible to do so, ...", te raadplegen op de webstek van het Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties (<http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home>).

²¹ Art. 1 Resolutie van de Raad van de Europese Unie nr. 97/C 221/03, 26 juni 1997 inzake niet-begeleide minderjarige onderdanen van derde landen, *P.B. L.* 19 juli 1997, behandelt minderjarigen die zonder begeleiding van een volwassene die krachtens de wet of gewoonterecht voor hem verantwoordelijk is, zijn.

²² M. BOSSUYT, "Minderjarige asielzoekers" in E. VERHELLEN (ed.), *Rechten van kinderen in de wereld, Verzamelde lezingen naar aanleiding van de postacademische vorming 'Rechten van het Kind'*, Gent, Centrum voor de Rechten van het Kind, 1996, 174.

²³ J.-Y. CARLIER, "La demande d'asile introduite par un mineur non-accompagné", *R.D.E.* 1994, 95.

²⁴ Zo ook M.-C. FOLETS en S. BOUCKAERT, "De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten" in E. VERHELLEN, G. CAPPELAERE, G. DECOCK e.a. (red.), *Kinderrechtsgids, Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys & Breesch, deel 1, 1.11 FOLETS – BOUCKAERT, 25; *Parl.St.* Kamer, 2002-03, nr. 2124/15, 23.

²⁵ Art. 5 Programmawet.

1.1.3. Omschrijving van het statuut van vreemdeling

10. Vreemdeling in de zin van de Vreemdelingenwet is *al wie het bewijs niet levert dat hij de Belgische nationaliteit bezit*.²⁶ Ook ons hoogste rechtscollège sluit zich bij deze definitie aan.²⁷ Het spreekt voor zich dat een dergelijk brede definitie een zeer heterogene groep personen dekt. Mogelijk zijn deze vreemdelingen gerechtigd in België te verblijven, hetzij op grond van de gemeenrechtelijke regeling betreffende de toegang tot en het verblijf op het grondgebied²⁸, hetzij krachtens een specifieke regeling voor bepaalde categorieën van vreemdelingen zoals studenten²⁹, onderdanen van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen en hun familieleden³⁰ en vluchtelingen³¹. Daarnaast neemt sinds jaren de groep zogenaamde documentloze vreemdelingen of onregelmatige verblijfhouders toe. Zij verblijven de facto op het Belgische grondgebied, maar dit in overtreding van de reglementering terzake. Vanzelfsprekend kunnen minderjarige vreemdelingen in verschillende groepen terechtkomen.

11. De Programmawet bepaalt een niet-toepassing voor *onderdanen van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte*.³² De wetgever rechtvaardigt dit onderscheid doordat voogdijproblemen met dergelijke jongeren eenvoudig kunnen worden opgelost via rechtstreekse contacten met de overheden of hun consulaire of diplomatieke vertegenwoordiging in België. Deze vaststelling geldt zeker niet voor de meeste andere Staten.³³

1.2. RATIONE MATERIAE: DE WETTELIJKE VERTEGENWOORDIGING

12. Een belangrijke pijler in het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling betreft zijn wettelijke vertegenwoordiging. Hoewel misschien zijn ouders of voogd nog in leven zijn in zijn thuisland, ontbreekt in België in de praktijk een aangestelde persoon of instantie die eenzelfde juridische verantwoordelijkheid draagt voor de opvoeding en ontwikkeling van het kind en die tevens bekwaam is om als wettelijke vertegenwoordiger op te treden.

13. Dit probleem beperkt zich niet tot de situatie waarin minderjarige vreemdelingen in een open opvangcentrum verblijven of buiten elke vorm van

²⁶ Art. 1, 1° Vreemdelingenwet.

²⁷ Cass. 30 juni 1987, R.W. 1978-88, 912.

²⁸ Art. 2-39 Vreemdelingenwet.

²⁹ Art. 58-61 Vreemdelingenwet.

³⁰ Art. 40-47 Vreemdelingenwet.

³¹ Art. 48- 57/28 Vreemdelingenwet ter uitvoering van het Internationaal Verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, goedgekeurd bij Wet van 26 juni 1953, B.S. 4 oktober 1953, hierna verkort geciteerd als Vluchtelingenconventie.

³² Dit is ruimer dan de Europese Unie en omvat ook IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

³³ C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 63.

georganiseerde opvang leven - zoals bij landgenoten, verre verwanten of helemaal zelfstandig. De plaatsing bij een onthaalfamilie of pleeggezin in het kader van een jeugdbeschermingsmaatregel creëert evenmin een gezagsinstelling.³⁴ Zelfs ten aanzien van jongeren die in de bijzondere jeugdzorg terechtkomen, stelt zich het probleem. Daar oefenen de Comités voor Bijzondere Jeugdzorg de facto wel bepaalde bestanddelen van het ouderlijk gezag uit, maar hiervoor missen ze een wettelijke basis.³⁵

14. Niet alleen vanuit sociaal-pedagogisch oogpunt maar ook juridisch gezien is een dergelijke gezagdrager absoluut noodzakelijk. Het ontbreken van zo'n persoon of instantie maakt de buitenlandse minderjarige extra kwetsbaar, niet alleen tijdens de administratieve procedure voor zijn verblijfsstatuut, maar ook bij de verdere dagelijkse deelname aan het rechtsverkeer.³⁶

15. In het Belgische recht zijn er op het eerste gezicht verschillende oplossingen voorhanden om in de vertegenwoordiging van de buitenlandse minderjarige te voorzien. Elk van deze rechtsfiguren heeft inherente nadelen. Deze bijdrage is dan ook een zoektocht en afweging van de verschillende opties die zich aandienen.

2. ONTWIKKELINGEN OP HET VLAK VAN DE WETTELIJKE VERTEGENWOORDIGING

2.1.. PROBLEEMSTELLING

2.1.1. *Het begrip handelingsbekwaamheid*

16. De instelling van de wettelijke vertegenwoordiging vindt zijn oorzaak en ratio in de handelingsonbekwaamheid van een aantal categorieën van personen.

17. Rechtsbekwaamheid duidt op de geschiktheid om titularis van (bepaalde) subjectieve rechten en plichten te zijn en om het genot van rechten (la jouissance des droits) te kunnen hebben. Handelingsbekwaamheid veronderstelt de uitoefening van die rechten (l'exercice des droits) en de

³⁴ P. SENAIVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2003, 202, nr. 1309.

³⁵ M. THOMAS, "Les mineurs non accompagnés demandeurs d'asile. Leur représentation juridique. La défense de leurs droits", *J. dr. Jeun.* 1995, 390.

³⁶ Het Centrum voor Gelijkeheid van Kansen en Racismebestrijding leidt een bewijs van deze kwetsbaarheid bijvoorbeeld af uit het opmerkelijk klein aantal minderjarigen dat zijn beroepsrecht uitoefent tegen een onontvankelijkheidsbeslissing of uit het groot aantal van deze jongeren dat geen school loopt, CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, *Op-stap naar gelijkwaardigheid. Jaarverslag 1996*, Brussel, 58.

geschiktheid om rechtshandelingen te verrichten. De handelingsbekwaamheid³⁷ van een persoon laat hem toe vrij aan het rechtsverkeer deel te nemen.

18. Over de rechtsbekwaamheid van elke mens bestaat geen discussie vanuit mensenrechtelijke benadering. Het recht om een juridische persoonlijkheid te hebben, wordt door artikel 6 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens³⁸ beschermd voor elk menselijk wezen, dus ook minderjarig of vreemdeling, *waar hij zich ook bevindt*.³⁹ Waar tot ongeveer aan de Tweede Wereldoorlog 'the right to have rights' onverbrekkelijk verbonden was met staten en burgerschap ('citizenship'), wordt vanaf die periode meer en meer beklemtoond dat mensenrechten toekomen aan menselijke wezens als dusdanig, los van hun specifieke status als vreemdeling of staatsburger.⁴⁰

19. Niet iedere rechtsbekwame is ipso facto handelingsbekwaam. Uitzonderingen op de principiële handelingsbekwaamheid kunnen uitsluitend door de wetgever worden aangebracht.⁴¹ Er is dan grond tot toepassing van een complementaire wettelijke regeling waardoor een andere persoon die rechten ten behoeve van de handelingsonbekwame uitoefent. Dergelijke afwijkingen van het zelfbeschikkingsrecht moeten uitzonderlijk blijven.⁴²

20. Minderjarigen maken de omvangrijkste categorie van handelingsonbekwamen uit. Ze zijn in de regel *algemeen* handelingsonbekwaam, d.i. voor alle rechten en plichten. Bovendien zijn niet-ontvoogde minderjarigen in principe *volledig* handelingsonbekwaam.⁴³ Om dit probleem op te vangen, wordt bij wet voorzien in een vertegenwoordigingsbevoegdheid in hoofde van de ouders of een voogd in alle burgerlijke handelingen, zowel voor het stellen van materieelrechtelijke rechtshandelingen als voor het optreden in rechte. De wet koppelt de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het beheer van de

³⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 106, nr. 38 e.v.

³⁸ Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 10 december 1948, B.S. 31 maart 1949.

³⁹ "Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law".

⁴⁰ D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 59, nr. 85. Volledigheidshalve moet worden vermeld dat op het beginsel van volle rechtsbekwaamheid een uitzondering is gemaakt t.a.v. vreemdelingen. Deze uitzondering heeft in ons rechtssysteem de tendens om af te nemen. Waar alle Belgen het genot hebben van alle burgerlijke rechten (art. 8 B.W.), genieten vreemdelingen in België eveneens die burgerlijke rechten behoudens deze welke uitdrukkelijk aan Belgen zijn voorbehouden (art. 191 G.W. en art. 11 § 1 B.W.).

⁴¹ P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, I, Leuven, Acco, 1999, 63, nr. 114-128.

⁴² G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, I, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, 147, nr. 228 e.v.

⁴³ Dit staat in tegenstelling tot *beperkte* handelingsonbekwaamheid, waarbij de persoon wel zelf optreedt, maar technieken als bijstand, toestemming en verzet worden gebruikt om hem te beschermen.

goederen.⁴⁴ Wanneer niet in een dergelijke vertegenwoordiging wordt voorzien, duiken allerlei problemen op waarvan hoger al sprake.

2.1.2. De handelingsbekwaamheid volgens het internationaal privaatrecht

21. Volgens het Belgisch internationaal privaatrecht wordt de handelingsbekwaamheid in principe vastgesteld door de nationale wet van de vreemdeling.⁴⁵ Meestal zal de jongere dus handelingsonbekwaam zijn en enkel door tussenkomst van een wettelijke vertegenwoordiger kunnen deelnemen aan het rechtsverkeer.

22. De Belgische asielwetgeving voorziet voor niet-begeleide minderjarigen van buitenlandse of onbekende nationaliteit niet in een uitdrukkelijke uitzondering op hun principiële handelingsonbekwaamheid.⁴⁶ De internationale en Belgische praxis verzachten hier de pijn. Overwegingen over de bescherming door de Vluchtelingenconventie⁴⁷ en het non-discriminatiebeginsel uit het Kinderrechtenverdrag hebben ertoe geleid dat in de praktijk een beperkte handelingsbekwaamheid sui generis van alleenstaande minderjarige kandidaat-vluchtelingen algemeen wordt aanvaard.⁴⁸ De Dienst Vreemdelingenzaken en het Commissariaat Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen achten een minderjarige vanaf 15 jaar bekwaam om een asielaanvraag in te dienen en de verdere procedure te doorlopen. Ook de Raad van State lijkt recentelijk een soepele houding te hebben aangenomen.⁴⁹

2.2.. DE INTERNATIONAALRECHTELIJKE VERPLICHTING TOT HET AANSTELLEN VAN EEN VOOGD

23. De overheid behandelt de juridische positie van de minderjarige vreemdelingen niet rechtlijnig. Voor haar hebben deze rechtssubjecten een dubbele hoedanigheid: enerzijds, die van vreemdeling tegenover wie de overheid steeds strenger optreedt ter afscherming van de landsgrenzen en anderzijds, die van minderjarige ten aanzien van wie diezelfde overheid door internationaalrechtelijke verplichtingen gebonden is om zijn of haar belang te

⁴⁴ P. SENAEEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2003, 132, nr. 1054.

⁴⁵ R.v. St. nr. 20.181, 12 maart 1980, *R.W.* 1980-1981, 858, noot J. DE CEUSTER; Brussel 16 januari 1997, *A.J.T.* 1996-97, 444, noot K. LAMBEIN; H. VAN HOUTTE, *Internationaal Privaatrecht. Leidraad en teksten bij de colleges*, Leuven, Acco, 2003, 29.

⁴⁶ S. SAROLEA, "Le mineur étranger compétent pour recevoir une décision affectant gravement ses droits, mais incompétent pour la contester. Est-ce bien raisonnable?", *J. dr. Jeun.* 1997, 494-496.

⁴⁷ Artikel 33 Vluchtelingenconventie.

⁴⁸ M.-C. FOGLETS en S. BOUCKAERT, "De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten" in E. VERHELLEN, o.c., 51; Luik 12 februari 2002, *J.T.* 2002, 407; Luik 28 januari 2002, *T.J.K.* 2002, 128.

⁴⁹ R.v. St. nr. 60.097, 11 juni 1996, *Kinderrechtengids, Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, MYS & Breesch, deel 3, 3.10, 50.

behartigen.⁵⁰ Zo was het niet uit louter politieke goodwill dat Hoofdstuk 6 van de Programmawet het daglicht zag. De verplichting tot het aanstellen van een voogd vloeit voort uit diverse internationaalrechtelijke verbintenissen die ons land heeft.⁵¹

2.2.1. Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind

24. Het Kinderrechtenverdrag heeft van bij zijn inwerkingtreding de belangrijke Kinderrechtenbeweging gestut.⁵² Artikel 3.1 is daarbij een belangrijk richtsnoer: *Bij alle maatregelen betreffende kinderen [...] vormen de belangen van het kind de eerste overweging.*

25. Het Kinderrechtenverdrag schrijft voor kinderen zonder wettige vertegenwoordiging een recht op bijzondere bescherming door de staat voor. Artikel 3.2 legt de verdragspartijen in ruime bewoordingen op om het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn. Artikel 20.1⁵³ behandelt meer specifiek de zorg voor kinderen die niet verblijven in het gezin waartoe ze behoren. Volgens bepaalde auteurs houdt dit meteen in dat er ook voogdij moet worden ingesteld over deze jongeren.⁵⁴ M.i. is deze stelling fout en kan deze verplichting hieruit niet worden afgeleid daar de omschrijving te vaag is. Het verdrag spreekt van *bijzondere bescherming en bijstand* en niet van voogdij. Beter is te betogen dat de verplichting voor de Belgische overheid om in voogdij te voorzien voortvloeit uit artikel 22.2 van het Kinderrechtenverdrag. Dat stelt namelijk duidelijk: “In gevallen waarin geen ouders of andere familieleden kunnen worden gevonden, wordt aan het kind dezelfde bescherming verleend als aan ieder ander kind dat om welke reden dan ook, blijvend of tijdelijk het leven in een gezin moet ontberen, zoals beschreven in het Verdrag.” Hier kan m.i. wel een parallel worden getrokken met de maatregelen die voor Belgische alleenstaande kinderen gelden. In dat geval zouden ook minderjarige vreemdelingen recht hebben op o.a. wettelijke vertegenwoordiging. Er blijft natuurlijk nog het belangrijke doctrinaire debat

⁵⁰ M.-C. FOLETS en S. BOUCKAERT, “De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten” in E. VERHELLEN, *o.c.*, 8.

⁵¹ Uit de voorbereidende stukken blijkt dat België wegens verzuim hiervan reeds meerdere malen op de vingers is getikt. *Parl. St. Kamer*, 2002-03, 2124/28, 57 en *Parl. St. Senaat*, 2002-03 1390/5, 3.

⁵² Vanaf zijn gelding binnen de Belgische rechtsorde beïnvloedden zijn inhoud en filosofie de bestaande administratieve en gerechtelijke praktijk betreffende het asielrecht van minderjarigen grondig.

⁵³ Art. 20 Kinderrechtenverdrag luidt: “Een kind dat tijdelijk of blijvend het verblijf in het gezin waartoe het behoort, moet missen, of dat men in zijn of haar eigen belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, heeft recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege. De Staten die partij zijn, waarborgen, in overeenstemming met hun nationale recht, een andere zorg voor dat kind. [...]”

⁵⁴ B. VAN KEIRSBILCK, “Voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling”, *T.J.K.* 2002, 62.

over de directe toepasbaarheid van het verdrag, waarop in deze bespreking niet verder kan worden ingegaan.⁵⁵

26. Het Comité voor de Rechten van het Kind⁵⁶ van de V.N. beveelt sinds juni 2002⁵⁷ aan *“that the State Party approve the draft law on the creation of a guardianship service, in order to ensure the appointment of a guardian for the unaccompanied minor from the beginning of the asylum process and thereafter as long as necessary [...]”* en *“that unaccompanied minors are informed of their rights and have access to legal representation in the asylum process.”*

2.2.2. Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties

27. Het Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties beklemtoont in zijn aanbevelingen het belang van een regeling betreffende de voordij over kandidaat-vluchtelingen.⁵⁸ Artikel 5.7. luidt: *“It is suggested that an independent and formally accredited organisation be identified/established in each country, which will appoint a guardian or advisor as soon as the unaccompanied child is identified.”* Deze tekst gebruikt dezelfde criteria voor minderjarigheid als het Kinderrechtenverdrag.

2.2.3. Verordening van de Raad van de Europese Unie van 26 juni 1997 betreffende de niet-begeleide minderjarige onderdanen van derde landen

28. Deze resolutie gaat verder dan de andere aangehaalde internationale rechtsbronnen. Ten ingeleide plaatst de Raad de inhoud van de resolutie binnen de hedendaagse maatschappelijke realiteit en herinnert eraan dat minderjarigen uit derde landen zonder begeleiding in een kwetsbare positie verkeren en daarom speciale bescherming en verzorging nodig hebben. Artikel 3 bevat de minimumwaarborgen voor alle ongebeleide minderjarigen en stelt eerst in algemene bewoordingen dat ze *ongeacht hun juridische status recht hebben op de nodige bescherming en basisverzorging overeenkomstig het bepaalde in de nationale wetgeving.*

⁵⁵ E. DEJONGHE en I. LAMMERANT, “Les candidats réfugiés mineurs non accompagnés. De lege lata et de lege ferenda”, *J.T.* 1998, 242; A. ALEN en W. PAS, “De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind” in VERHELLEN, E., CAPPELAERE, G. en DECOCK, G. e.a. (red.), *Kinderrechtengids, Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys & Breesch, deel 1, 1.11, ALEN-PAS (1994), 25 p.

⁵⁶ Over de door België op 12 juli 1994 en 7 mei 1999 uitgebrachte rapporten (gepubliceerd op www.just.fgov.be) aan het Comité voor de Rechten van het Kind en diens slotbeschouwingen hierbij, zie E. BERGHMANS, “De waarborgen van het Kinderrechtenverdrag voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *Jongeren & Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 290-295.

⁵⁷ Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child, 7 June 2002, CRC/C/15/Add. 178, (onuitg.) te raadplegen op de webstek van de Kinderrechtencoalitie (<http://www.kinderrechtencoalitie.be/default.asp?pageid=38&l=06>)

⁵⁸ U.N.H.C.R., *Policies and procedures in dealing with unaccompanied children seeking asylum*, Genève, 1997. 21 p., te raadplegen via <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home>

29. Meer specifiek legt het de lidstaten op *zo spoedig mogelijk voor de noodzakelijke vertegenwoordiging van de minderjarige te zorgen*. Dit kan dan door beroep te doen op de wettelijke voogdij, een vertegenwoordiging door een organisatie of een andere passende vertegenwoordiging. De voogd moet erop toezien dat - in overeenstemming met het nationale recht - op passende wijze in de juridische, sociale, medische en psychologische behoeften van de minderjarige worden voorzien.

30. Een resolutie is juridisch gezien niet bindend. Toch heeft zij een aanzienlijke invloed aangezien ze de neerslag is van een politiek akkoord tussen de regeringen van de Europese Unie.

2.2.4. Resolutie van het Europese Parlement

31. Deze resolutie beveelt aan dat *lidstaten zorgen voor een betere bescherming van niet-begeleide minderjarigen* o.a. door bijstand door een mentor of juridisch adviseur.⁵⁹

2.3. HET BURGERRECHTELIJK VOOGDIJGEZAG

32. Op het eerste gezicht lijkt er binnen het Belgische familierecht een rechtsfiguur voorhanden die terzake als basis voor een oplossing zou kunnen dienen, met name de burgerrechtelijke voogdij.

2.3.1. Begrip en toepassing op minderjarige vreemdelingen

33. De voogdij is als privaatrechtelijk gezagsinstituut complexer dan het ouderlijk gezag. De bevoegdheden zijn hier in principe toegekend aan een voogd, maar daarnaast komen meerdere organen tussen als controle-instantie. Het voogdijgezag kan inhoudelijk als volgt worden samengevat: de voogd heeft het gezag over de persoon van de pupil, het beheer over de goederen, met daaraan de vertegenwoordigingsbevoegdheid gekoppeld en ten slotte de bevoegdheden i.v.m. de staat van de persoon.

34. Het toepassingsgebied lijkt prima facie op maat gesneden om in de wettelijke vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te voorzien. Artikel 389 B.W. bepaalt namelijk *dat de voogdij ontstaat wanneer beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn of in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen*. De derde hypothese leent zich m.i. perfect tot het openvallen van de voogdij over kinderen uit onze doelgroep: de voortdurende onmogelijkheid kan ofwel automatisch voortvloeien uit bepaalde juridische situaties ofwel in rechte

⁵⁹ Resolutie van het Europees Parlement van 5 juli 2001 over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie, nr. 2000/2231/INI, *P.B. C.* 14 maart 2002, nr. 65 E, 350, aanbeveling nr. 32.

worden vastgesteld. Zowel een feitelijke als een wettelijke verhindering kan aanleiding geven tot het opvallen van de voogdij.⁶⁰

35. Langdurige verdwijning wordt in de Memorie van Toelichting aangehaald als een van de situaties die aanleiding kunnen geven tot de vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid door de rechter.⁶¹ Onder andere een gevangenisstraf, langdurige ziekte of vestiging in het buitenland⁶² worden door de doctrine aangehaald. M.i. zijn dergelijke redenen zonder meer toepasbaar op de feitelijke omstandigheden waardoor buitenlandse minderjarigen zonder hun wettelijke vertegenwoordiger in het Westen belanden. Hun natuurlijke ouders zijn de facto niet in staat om hun gezag over het kind uit te oefenen.

2.3.2. Bewijsproblemen

36. Er duiken uiteraard bewijsproblemen op. Vaak zal het documentloze kind zelf niet in staat zijn om bijvoorbeeld te bewijzen dat zijn ouders in het buitenland zijn gevestigd of dat ze zijn verdwenen of zelfs overleden.⁶³ Bovendien is de samenwerking met de administratieve overheden van veel (ontwikkelings)landen niet altijd van die aard dat op een efficiënte manier persoonsgegevens kunnen worden uitgewisseld. Hier biedt een interpretatieve lezing van de wet misschien een uitkomst.⁶⁴ De voorbereidende stukken stellen namelijk dat *de rechtbank, rekening houdend met de omstandigheden van elk geval en met het belang van het kind, moet beslissen of de wettelijke voorwaarden zijn vervuld*.⁶⁵ De appreciatiemarge die hier aan de magistraat wordt gegeven, laat hem m.i. toe om zelf een afweging te maken en te oordelen of aan de voorwaarde van de langdurige onmogelijkheid is voldaan.

37. De twee criteria die hij hierbij dient te hanteren, zijn de feitelijke omstandigheden en het belang van het kind. In veel gevallen kunnen het reisverhaal van het kind, de omstandigheden waarin het werd aangetroffen, sommige etnische en linguïstische of andere eigenschappen het vermoeden versterken dat het zijn land van herkomst en zijn ouders heeft achtergelaten.

⁶⁰ P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 9, nr. 19.

⁶¹ *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 576/1, 15.

⁶² M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, 1441, nr. 21; C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 51.

⁶³ M. BOSSUYT, "Minderjarige asielzoekers" in E. VERHELLEN (ed.), *Rechten van kinderen in de wereld. Verzamelde lezingen naar aanleiding van de postacademische vorming 'Rechten van het Kind'*, Gent, Centrum voor de Rechten van het Kind, 1996, 174.

⁶⁴ Volgens C. CASTELEIN is een ruime interpretatie verantwoord omdat de voogdijregeling als beschermingsstatuut in zo veel mogelijk gevallen moet kunnen worden toegepast (C. CASTELEIN "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *o.c.*, 51).

⁶⁵ *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 576/1, 15.

Als daarbij het belang van het kind als doorslaggevend argument wordt opgeteld, kan de rechter besluiten tot *de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen* en aldus vaststellen dat de voogdij is opengevalen.

2.3.3. Problemen door de toepassing van het internationaal privaatrecht

38. Een correcte naleving van de conflictregels uit het internationaal privaatrecht kunnen de toepassing van de burgerrechtelijke voogdij voor de meeste niet-vergezeldde kinderen van buitenlandse of onbekende nationaliteit op ons grondgebied in de weg staan.⁶⁶ Het schrijft immers voor dat de voogdij over een minderjarige vreemdeling wordt beheerst door diens nationale wet.⁶⁷ Deze wet bepaalt wanneer de voogdij openvalt, eindigt en hoe ze wordt ingericht. Slechts voor de zeldzame niet-vergezeldde minderjarige asielzoekers die in België erkend worden als vluchteling, geldt dat hun persoonlijk statuut – waaronder de voogdij en de wettelijke vertegenwoordiging – wordt geregeld door de wet van de woon- of verblijfplaats.⁶⁸ Vaak probeert de doctrine en rechtspraak hieraan een mouw te passen, maar hun uitgangspunt blijft wel de toepassing van de nationale wet van de minderjarige. Dan duikt het probleem van de niet-gelijkwaardigheid van de in het buitenland en in België gekende instellingen op⁶⁹, als er in het vreemde recht al beschermingsmechanismen bestaan.⁷⁰

39. M.i. verhindert niets dat tegen een dergelijke toepassing van het nationale recht van de vreemdeling de exceptie van de Internationaal Privaatrechtelijke Openbare Orde wordt ingeroepen.⁷¹ Ter zelfbescherming weert het gastland zo het principieel toepasselijke vreemde recht omdat het indruist tegen *de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde*⁷². Is het soms niet in strijd met onze maatschappelijke orde dat een kind zonder

⁶⁶ M.-C. FOBLETS en S. BOUCKAERT, “De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten” in E. VERHELLEN, *o.c.*, 65.

⁶⁷ Art. 3.3 B.W.; I. D’HAEYER, *Overzicht van het Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 25-28; A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 104-109.

⁶⁸ Artikel 12 Vluchtelingenconventie.

⁶⁹ K. LAMBEIN, “De bescherming van een buitenlandse minderjarige in België”, *A.J.T.* 1996-97, 445-446; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 106.

⁷⁰ Wanneer in het vreemde recht elke bepaling over mogelijke beschermingsmechanismen ontbreekt, zal de rechter op basis van het belang van het kind, de Belgische burgerrechtelijke voogdij instellen. Zie N. WATTÉ, “La notion de minorité et ses implications en droit international privé”, *Rev. dr. étr.* 1994, 13.

⁷¹ Deze ‘constructie’ zou a priori kunnen worden vermeden als men de Angelsaksische en Noorse praktijk beter zou volgen. Daar geldt namelijk de woonplaats als aanknopingsfactor voor het personeel statuut. Over het wijken van de nationaliteitsregel ten voordele van de *lex fori*, zie A. HEYVAERT, “De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België”, *R.W.* 1981-82, 2222-2242.

⁷² Cass. 2 april 1981, *R.W.* 1982-83, 922, noot J. ERAUW; Cass. 17 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1337.

wettelijke vertegenwoordiging wordt gelaten en door zijn handelingsonbekwaamheid in een juridisch vacuüm terechtkomt omdat zijn nationaal recht in geen (of ontoereikende) oplossingen voorziet? Wanneer door de uitschakeling van het vreemde recht een onaanvaardbare juridische lacune ontstaat, kan de *lex fori* (d.i. het nationale materieel recht van de rechter die van de zaak kennis neemt) worden toegepast.⁷³ Conclusie is dat de Belgische burgerrechtelijke voogdij dan wél kan dienen voor heel wat alleenstaande buitenlandse kinderen.

40. Volledigheidshalve moet worden herinnerd aan het *Internationaal Verdrag tot regeling van de voogdij van minderjarigen*, gesloten in Den Haag op 12 juni 1902.⁷⁴ Deze internationaalrechtelijke bron is hiërarchisch de meerdere van de nationale verwijzingsregels. Ze stelt dat de voogdij kan worden uitgeoefend volgens de wet van de verblijfstaat van de minderjarige wanneer ze niet kan worden ingesteld volgens de nationale regels.⁷⁵ Het verdrag is jammer genoeg enkel toepasselijk op minderjarigen die tegelijk onderdaan zijn van én verblijf houden in een verdragsstaat.⁷⁶ Aangezien het aantal verdragsstaten heel beperkt is gebleven⁷⁷, brengt het verdrag geen oplossing voor het overgrote deel van de vreemdelingen die in België verblijven.

2.4. DE ADMINISTRATIEVE VOOGDIJ DOOR HET O.C.M.W.

2.4.1. De wettelijke taak van het O.C.M.W.

41. De wetgever heeft de O.C.M.W.'s in algemene bewoordingen de opdracht gegeven om aan elke persoon die er behoefte aan heeft [...], diensten en hulp te verstrekken of te doen verstrekken op sociaal, op sociaal-medisch en op medisch gebied. Die dienstverlening neemt niet enkel de vorm aan van materiële hulpverlening, maar kan ook het verstrekken van inlichtingen en raadgevingen of hulp voor het vervullen van formaliteiten, het verschaffen van psycho-sociale, morele of opvoedende hulp, *het deelnemen aan de kinder- en jeugdbescherming* en het treffen van preventieve maatregelen⁷⁸ uitmaken.

42. Onder meer zijn deze openbare besturen uitdrukkelijk belast met *de voogdij over de kinderen*. Artikel 57 § 3 O.C.M.W.-wet bepaalt: *Het centrum oefent de voogdij uit over of verzekert althans de bewaring, het onderhoud en de opvoeding van de minderjarige kinderen die door de wet, de ouders of overheidsorganen aan het centrum zijn toevertrouwd*. Artikel 63 van diezelfde

⁷³ A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 18.

⁷⁴ Goedgekeurd bij Wet 27 juni 1904, B.S. 10 juli 1904, verder verkort geciteerd als Voogdijverdrag.

⁷⁵ Art. 3 Voogdijverdrag.

⁷⁶ Art. 9 Voogdijverdrag.

⁷⁷ België, Duitsland, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje.

⁷⁸ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1994, nr. 541.

wet stelt duidelijk dat *iedere minderjarige over wie niemand het ouderlijk gezag, de voogdij of de materiële bewaring heeft, wordt toevertrouwd aan het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van de gemeente waar hij zich bevindt*. Het gaat dus om een publiekrechtelijke en residuaire voogdij.⁷⁹ Het volstaat niet dat niemand de materiële bewaring over het kind waarneemt, het is bovendien vereist dat er geen titularis van het ouderlijk gezag noch een voogd van het kind is.⁸⁰ Als het O.C.M.W. daadwerkelijk deze voogdijtaak opneemt, betekent dit meteen dat er in de wettelijke vertegenwoordiging voor de jongere in kwestie wordt voorzien.

2.4.2. Organisatie van de administratieve voogdij door het O.C.M.W.⁸¹

43. Door de Wet van 29 april 2001 werd de organisatie van deze publiekrechtelijke vorm van voogdij aangepast. Niemand is nog verplicht een burgerrechtelijke voogdij op zich te nemen en zo niemand vrijwillig aanvaardt, moeten de artikelen 63 tot 68 O.C.M.W.-wet worden toegepast.⁸²

44. Volgens de nieuwe voogdijwet duidt de Raad voor Maatschappelijk Welzijn onder haar leden een persoon aan die de taak van voogd zal vervullen⁸³, alsook een persoon die de taak van toezien voogd zal vervullen. Dit laatste is een nieuwe rechtsfiguur in het kader van de O.C.M.W.-voogdij. De ontvanger van het O.C.M.W. beheert de goederen van de minderjarige. Het systeem van gesplitste voogdij geldt hier dus van rechtswege.

45. Tijdens het wetgevend proces stelde de Raad van State de vraag naar de noodzaak om een specifieke regeling voor minderjarigen onder O.C.M.W.-voogdij te behouden.⁸⁴ Terecht werd daarop geantwoord dat, nu het opnemen van de voogdijtaak op vrijwillige basis gebeurt, er blijvend in een terugvalregeling voorzien dient te worden voor het geval het onmogelijk blijkt om een voogd voor het kind te vinden. Men gaf hier het voorbeeld van een ernstig gehandicapt kind, maar mijns inziens is dit vangnet zeker zo nodig voor een andere omvangrijke categorie 'ongewenste' kinderen die nood hebben aan voogdij, met name de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.

⁷⁹ A. VAN KLEEF, "Kinderen en jongeren en hun recht op maatschappelijke integratie", *T.J.K.* 2002, 180.

⁸⁰ P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2003, 213, nr. 1376.

⁸¹ Voor een grondige bespreking: P. SENAËVE en D. SIMOENS, *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum. Praktische handleiding inzake individuele maatschappelijke dienstverlening*, Brugge, die keure, 1995, nrs. 520-550.

⁸² Art. 396 B.W.

⁸³ Art. 82 Wet 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen, *B.S.* 31 mei 2001.

⁸⁴ Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 576/1.

2.4.3. O.C.M.W.-voogdij: mogelijke aanwending, voordelen en nadelen

46. Deze voogdijregeling als oplossing voor de vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen heeft alvast twee voordelen in vergelijking met de burgerrechtelijke voogdij. De administratieve voogdij geldt in ieder geval als een wet van politie en veiligheid met territoriale werking, die de toepassing van de nationale wet van de minderjarige in overeenstemming met het internationaal privaatrecht uitschakelt.⁸⁵ Bovendien lijkt de wettelijke regel de uitoefening van deze opdracht niet afhankelijk te maken van een tijdrovende procedure via de jeugdrechtsbank of het Comité voor Bijzondere Jeugdzorg. Hoewel de wettekst niet helder is opgesteld, is het zeer waarschijnlijk dat het O.C.M.W. gewoon op beschikking van de vrederechter dient over te gaan tot de aanduiding van een voogd.⁸⁶

47. Nog een pluspunt is dat deze instelling gebonden is tot uitvoering over te gaan, daar waar de burgerrechtelijke voogdij sinds de nieuwe voogdijwet op vrijwillige basis gebeurt. Deze verplichting is geen duidelijk gevolg van de tekst van artikel 396, derde lid B.W. M.i. beschikt het O.C.M.W. als publiekrechtelijk orgaan echter niet over de mogelijkheid om de opdracht te weigeren.

48. Daartegenover staat dat diverse bronnen deze bestuurlijke overheden niet erg geschikt vinden om deze gespecialiseerde opdracht uit te voeren.⁸⁷ Bij een nieuwe installatie van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn, kunnen politieke mandatarissen die na de verkiezing geen lid meer zijn, hun taak als voogd niet meer uitoefenen. Voor de jongere brengt dit een zekere discontinuïteit in zijn voogdijvoorziening met zich mee. Een dergelijk regelmatig⁸⁸ 'aflossing van de wacht' maakt het quasi onmogelijk dat een persoonlijke of vertrouwensband zou kunnen ontstaan met de voogd.

49. Mogelijk nog fundamenteeler is de vraag of kinderen van buitenlandse nationaliteit überhaupt onder het toepassingsgebied *ratione personae* van deze administratiefrechtelijke voogdij vallen. De principiële toepasselijkheid ervan wordt door de doctrine blijkbaar niet vaak in vraag gesteld.⁸⁹ De cumulatieve

⁸⁵ E. DEJONGHE en I. LAMMERANT, "Les candidats réfugiés mineurs non accompagnés. De lege lata et de lege ferenda", *J.T.* 1998, 244 ; S. SAROLEA, "Itinéraire d'enfants: demandeurs d'asile mineurs non-accompagnés", *J. dr. Jeun.* 1996, 165.

⁸⁶ Ook in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 439, nr. 963 blijft dit een open vraag.

⁸⁷ M. BOSSUYT, "Minderjarige asielzoekers" in E. VERHELLEN (ed.), *Rechten van kinderen in de wereld. Verzamelde lezingen naar aanleiding van de postacademische vorming 'Rechten van het Kind'*, Gent, Centrum voor de Rechten van het Kind, 1996, 207.

⁸⁸ Dit gebeurt in principe om de 6 jaar, maar het is uiteraard mogelijk dat de mandataris wordt herverkozen.

⁸⁹ M.-C. FOBLETS en S. BOUCKAERT, "De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten" in E. VERHELLEN, o.c., 67. Anders: C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 53.

voorwaarden uit de wet (zie supra nr. 42) maken dat een deel van onze doelgroep geen aanspraak zal kunnen maken op O.C.M.W.-voogdij.⁹⁰

2.4.4. Besluit

50. Hoewel het dus de wettelijke taak van de O.C.M.W.'s lijkt om de voogdij over een (misschien bescheiden) aantal minderjarige vreemdelingen te organiseren, blijkt de realiteit heel anders te zijn. In zijn jaarverslag van 1996 maakt het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding alvast maar melding van slechts één geval waarin deze voogdijvorm wordt toegepast!⁹¹ Dat de administratieve voogdij in de praktijk geen of nauwelijks toepassingen kent⁹², wordt toegeschreven aan verschillende oorzaken. Heel wat O.C.M.W.'s werpen op dat het plaatsen van jongeren via de Bijzondere Jeugdbijstand in het kader van hun opdracht van de materiële bewaring, hun verantwoordelijkheid voor de voogdij wegneemt. Daarnaast zouden ze stilzitten om budgettaire redenen.⁹³ In ieder geval zullen de O.C.M.W.'s zich in de toekomst niet langer kunnen verschuilen achter artikel 57 § 2 O.C.M.W.-wet⁹⁴ aangezien het Arbitragehof hierover pas heeft besloten dat een strikte toepassing ervan strijdig zou zijn het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in samenhang met het Kinderrechtenverdrag.⁹⁵ Het wekt in ieder geval toch verwondering dat de administratiefrechtelijke doctrine bij het overlopen van de taken van de O.C.M.W.'s⁹⁶ met geen woord rept over hoe en of de voogdij-taak in concreto door het administratief bestuur wordt vervuld.

Blijkbaar schieten dagelijkse deze openbare besturen toch tekort in hun wettelijke opdracht!⁹⁷

51. De administratieve voogdij door het O.C.M.W. botst duidelijk op een aantal knelpunten. Er moet dus verder gezocht worden naar een gepaste oplossing voor de vertegenwoordiging van de buitenlandse minderjarigen.

⁹⁰ P. SENAEE en D. SIMOENS, *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum. Praktische handleiding inzake individuele maatschappelijke dienstverlening*, Brugge, die keure, 1995, 226 waarin beide auteurs beklemtonen dat de beoogde categorie kinderen niet talrijk is.

⁹¹ CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, *Opstap naar gelijkwaardigheid. Jaarverslag 1996*, Brussel, 57.

⁹² S. SAROLEA, "Mineurs étrangers non accompagnés et environnement institutionnel. Le radeau de la Méduse", *J. dr. Jeun.* 1999, 28.

⁹³ A. VAN KLEEF, "De rol van de O.C.M.W.'s t.a.v. de niet-begeleide buitenlandse minderjarigen", *T.J.K.* 2000, 124.

⁹⁴ Voor documentloze vreemdelingen geldt dat de taak van het O.C.M.W. enkel beperkt blijft tot dringende medische hulp. Dit werd als een beperking op artikel 57 § 3 gezien.

⁹⁵ Arbitragehof nr. 106/2003, 22 juli 2003, *B.S.* 25 september 2003.

⁹⁶ D. ADRIAENS (red.), J. DE BACKER, P. VAN SCHUYLENBERGH en E. WAUTERS, *Praktisch handboek voor OCMW-recht*, Brugge, die keure, 2001, 617 p.

⁹⁷ Zo ook B. VAN KEIRSBILCK, "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen", *T.J.K.* 2002, 62.

2.5. DE TOEWIJZING VAN EEN PRO DEO ADVOCaat

52. De systematische toewijzing van een Pro Deo-advocaat biedt geen structurele oplossing voor de wettelijke vertegenwoordiging van de minderjarige vreemdeling.⁹⁸ De minderjarige zou dan wel verzekerd zijn van juridische bijstand, maar niet beschikken over een wettige vertegenwoordiger in de zin van het familierecht. Een ander nadeel is naar verluid dat er te weinig in het vluchtelingenrecht en in de jeugdbijstand gespecialiseerde advocaten zijn.⁹⁹

2.6. DE ORGANISATIE VAN EEN AD HOC VOOGDIJ

53. Ook de instelling van de ad hoc voogdij wordt door heel wat doctrine weggewuifd omdat de functie van de ad hoc voogd zich beperkt tot het leiden van een specifieke gerechtelijke of administratieve procedure. Zo zou er geen vertegenwoordiging zijn voor de dagelijkse deelname aan het rechtsverkeer.¹⁰⁰

2.7. DE PROGRAMMAWET VAN 24 DECEMBER 2002

54. De noodzaak om een oplossing te vinden voor de talrijke aanwezigheid van alleenstaande minderjarige vreemdelingen en de vaststelling dat er hierover in België geen rechtszekerheid bestond, maakte een specifiek wetgevend initiatief noodzakelijk. Dit kwam er op Kerstavond 2002 met een lijvige Programlawet waarin artikel 479 gewijd is aan de organisatie van een bijzondere vorm van voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Bij de Federale Overheidsdienst Justitie wordt daartoe een *Dienst Voogdij* opgericht.

2.7.1. Toepassingsgebied *ratione temporis*

55. Artikel 28 Programlawet maakt de inwerkingtreding van de nieuwe voogdijregeling afhankelijk van een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Het besluit werd pas goedgekeurd op 22 december 2003¹⁰¹ na gekibbel tussen de federale overheid en de Gemeenschappen over de opvang van minderjarige vreemdelingen, waardoor de onderhandelingen dan

⁹⁸ C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN, *o.c.*, 56; M. THOMAS, "Les mineurs non accompagnés demandeurs d'asile. Leur représentation juridique. La défense de leurs droits", *J. dr. Jeun.* 1995, 392.

⁹⁹ P. BURNET, "De rol van de advocaat in relatie tot de niet-begeleide buitenlandse minderjarige", *T.J.K.* 2000, 111-115.

¹⁰⁰ J.-Y. CARLIER, "La demande d'asile introduite par un mineur non-accompagné", *R.D.E.* 1994, 101.

¹⁰¹ K.B. 22 december 2003 tot uitvoering van titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de Programlawet van 24 december 2002, *B.S.* 29 januari 2004, verder verkort geciteerd als Voogdijbesluit.

ook een tijd muurvast zaten.¹⁰² De meeste bepalingen van de Programmawet en het uitvoeringsbesluit zijn inwerking getreden op de eerste dag van de vierde maand na die waarin het koninklijk besluit werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, dus op 1 mei 2004.¹⁰³

2.7.2. Toepassingsgebied *ratione personae*

a. Definitie in de wet

56. De personele toepassingsvoorwaarden voor wat betreft de minderjarigheid, nationaliteit en het niet-begeleide statuut, zijn hoger al uitvoerig besproken (zie *supra*, nrs. 6, 9 en 11). Verder vereist artikel 5 dat *de betrokkene ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling heeft aangevraagd, ofwel niet voldoet aan de voorwaarden inzake toegang tot en verblijf op het Belgisch grondgebied, zoals vastgesteld in de Vreemdelingenwet*. Een uitgebreide bespreking van dit bestanddeel zou hier te ver leiden. Grosso modo kan gezegd worden dat de voogdijregeling zal gelden voor minderjarige asielaanvragers, illegalen die geen asiel aanvragen en documentloze minderjarigen die zich aan de grens van het land bevinden. Nagenoeg alle niet-begeleide minderjarige vreemdelingen zullen aan één van deze voorwaarden voldoen.¹⁰⁴

b. Commentaar

57. Het is verwonderlijk dat de wetgever de aanvraag van het vluchtelingenstatuut als een bestanddeel van het toepassingsgebied *ratione personae* heeft gebruikt. Uiteraard speelt voor de minderjarige asielzoeker hier *a priori* zijn handelingsonbekwaamheid. Hierdoor blijft het niet-vertegenwoordigde kind in principe in de juridische onmogelijkheid om het vluchtelingenstatuut aan te vragen. De rechtspraak (zie *supra* nr. 22) stelt zich hier inderdaad flexibel op, maar dat biedt geen bevredigende oplossing, zeker niet wanneer het kind de leeftijd van 16 jaar nog niet heeft bereikt.

¹⁰² De vorige Minister van Justitie was ‘vergeten’ het ontwerp van koninklijk besluit voor advies over te maken aan de Raad van State. Minister Onkelinx zette de materie wél op haar prioriteitenlijstje. Mogelijk gaf een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel een extra stimulans: de rechter verbood de Belgische Staat om nog langer minderjarige vreemdelingen uit te wijzen wanneer er niet voldoende garanties zijn m.b.t. de ontvangst en tenlasteneming van het kind in het thuisland en dit zolang de Programmawet niet in werking was getreden. De rechter volgde hier een aanbeveling van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa, volgens dewelke een kind niet meer mag worden uitgewezen wanneer er niet in een wettelijke vertegenwoordiging is voorzien. (Aanbeveling nr. 1596, 31 januari 2003, The situation of young migrants in Europe, Parlementaire Assemblee, Raad van Europa). Zie Rb. Brussel (kortgeding) 17 november 2003, *J. dr. Jeun.* 2003, afl. 230, 36, noot B. VAN KEIRSBILCK.

¹⁰³ Art. 25 en 26 Voogdijbesluit. Uiteraard traden de bepalingen op het gebied van de oprichting van de Dienst Voogdij en de erkenning van de kandidaat-voogden meteen in werking bij de publicatie van het besluit.

¹⁰⁴ C. CASTELEIN, “De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” in P. SENAEVE en F. SWENEN, *o.c.*, 71.

2.7.3. De Dienst Voogdij

a. Omschrijving

58. De Dienst Voogdij wordt een multidisciplinair ambtenarenkorps dat binnen de Federale Overheidsdienst Justitie functioneert. Bepaalde doctrine hekelt het gebrek aan onafhankelijkheid van deze dienst tegenover de immigratiediensten.¹⁰⁵ Deze kritiek is m.i. onterecht omdat de instanties die bevoegd zijn voor asiel en verblijf op het grondgebied deel uitmaken van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken en niet van Justitie. Verder werd deze keuze in de Kamer zeer zinnig beargumenteerd.¹⁰⁶ De Minister van Justitie oefent het bestuurlijk gezag uit¹⁰⁷, wat *dans le meilleur des mondes* leidt tot een coherent beleid.

b. Taak

59. De Dienst Voogdij kreeg ruime en ook coördinerende taken.¹⁰⁸ Hij blijft vanaf de signalisatie van een buitenlands kind op Belgisch grondgebied tot bij de beëindiging van de voogdij een centraliserend en controlerend orgaan. Volgens de wet gebeurt de voorafgaande selectie en erkenning van de voogden er. Daarnaast moet de Dienst Voogdij een voogd aanwijzen als vertegenwoordiger, instaan voor de identificatie en leeftijdscontrole van de niet-begeleide minderjarigen alsook voor de coördinatie tussen de verscheidene overheden om opvangstructuren of familie te vinden. Hij houdt toezicht op de materiële organisatie van het werk van de voogd¹⁰⁹ en dient na te gaan of de bevoegde autoriteiten een duurzame oplossing zoeken in het belang van de minderjarige. Tot slot neemt dit administratief orgaan de minderjarige onder zijn hoede tot een voogd wordt gevonden.¹¹⁰

2.7.4. De voogd

a. Wie kan als potentiële voogd worden erkend?

60. De procedure ter erkenning van de voogden is door de Koning¹¹¹ bepaald: er wordt gedoeld op personen die een opleiding en kundigheid in de maatschappelijke sfeer rond de begeleiding van dergelijke minderjarigen

¹⁰⁵ B. VAN KEIRSBILCK, "Voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling", *T.J.K.* 2002, 64.

¹⁰⁶ *Parl. St. Kamer*, 2002-03, 2124/15, 19 en 2124/28, 54: er wordt aangehaald dat Justitie traditioneel bevoegd is voor de vertegenwoordiging van onbekwamen, mensenhandel en de strijd tegen prostitutienetwerken.

¹⁰⁷ *Parl. St. Kamer*, 2002-03, 2124/15, 19.

¹⁰⁸ Art. 3 Programmawet.

¹⁰⁹ Art. 18 Programmawet.

¹¹⁰ Art. 6 § 2 Programmawet.

¹¹¹ In uitvoering van artikel 3 § 3 Programmawet.

hebben.¹¹² De kandidaat-voogden stellen een schriftelijk verzoek op om te worden erkend.¹¹³ Het besluit bepaalt een aantal onverenigbaarheden met de voogdijfunctie zoals bepaalde onbekwaamheden en ambtelijke belangenconflicten.¹¹⁴ Een onweerlegbaar vermoeden hiervan geldt voor personeelsleden van het Directoraat-Generaal Vreemdelingenzaken, het Commissariaat voor de Vluchtelingen en de Staatlozen en van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken.¹¹⁵ Een nieuwe Programmawet¹¹⁶ vult aan dat andere rijksambtenaren kunnen worden opgenomen in de lijst van kandidaat-voogden zonder dat ze uitdrukkelijk hoeven te worden erkend door de Dienst Voogdij.¹¹⁷

b. Wie kan als voogd worden aangewezen?

61. Naast de onbekwaamheden om in aanmerking te komen voor erkenning, zijn bijkomende beperkingen opgelegd voor personen die wel kunnen worden erkend als voogd, maar van wie het niet opportuun zou zijn ze in concreto als voogd aan te wijzen.¹¹⁸ Verder kunnen enkel zij die voorkomen op de lijst van erkende personen, worden aangewezen.¹¹⁹ Deze lijst wordt beheerd door de Dienst Voogdij¹²⁰; hij ziet erop toe dat een voogd maximaal 25 kinderen onder zijn toezicht krijgt.¹²¹

62. Volgens bepaalde auteurs moet ook een familielid of aanverwant van de minderjarige als voogd aangeduid kunnen worden.¹²² Het kind kan namelijk hiermee al een vertrouwensrelatie hebben en dus zouden deze personen prioritair als voogd moeten worden aangeduid. M.i. heeft de wetgever terecht

¹¹² *Parl. St. Kamer*, 2002-03, 2124/15, 20. Er wordt daar gedacht aan psychologen, maatschappelijk assistenten en opvoeders. Zo luidt ook artikel 5.7. U.N.H.C.R., *Refugee children – Guidelines on protection and care*, Genève, 1994: “The guardian or advisor should have the necessary expertise in the field of childcaring...”, te raadplegen op de webstek van het Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties.

(<http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home>). Misschien kan er zelfs gedacht worden aan jeugdadvocaten om deze taak te vervullen? In dat geval moet wel rekening worden gehouden met artikel 12 Voogdijbesluit dat een onverenigbaarheid bepaalt tussen het voogdijerschap en het raadmanschap door eenzelfde advocaat.

¹¹³ Art. 13 §1 Voogdijbesluit.

¹¹⁴ Art. 18 Voogdijbesluit sluit o.a. volgende personen uit: zij die niet de vrije beschikking over hun goederen hebben, personen van kennelijk wangedrag, ...

¹¹⁵ Art. 18 §1 Voogdijbesluit.

¹¹⁶ Art. 385 Programmawet 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003.

¹¹⁷ Deze wettelijke tussenkomst kwam er na een opmerking van de Raad van State. Zij meent dat een erkenningsregeling niet kan worden toegepast op rijksambtenaren omdat ze onder hiërarchisch gezag staan. Advies van 22 juli 2003 van de Raad van State bij het ontwerp van K.B. tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de Programmawet van 24 december 2002, *B.S.* 29 januari 2004.

¹¹⁸ Zie de opsomming in art. 23 Voogdijbesluit.

¹¹⁹ Art. 8 § 3 Programmawet.

¹²⁰ Art. 3 § 2, 6° Programmawet.

¹²¹ Art. 22 Voogdijbesluit.

¹²² B. VAN KEIRSBILCK, “Voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling”, *T.J.K.* 2002, 64.

aan deze kritiek geen gevolg gegeven. Het voogdijschap vergt namelijk enige vertrouwdsheid met de diverse juridische en sociale problemen (verblijfsrechtelijke regelgeving, sociale uitkeringen, eventuele huisvesting, integratievoorwaarden,...) waarmee het buitenlands kind in België te maken krijgt. Deze vaardigheden zijn niet altijd vanzelfsprekend voor de (allochtone) familieleden van de jongere.

c. Arbeidsverhouding tussen de voogd en de Dienst Voogdij

63. De voogd oefent zijn taak uit tegen betaling van een vergoeding. Hij sluit een overeenkomst sui generis¹²³ met de Dienst Voogdij en de betaling gebeurt per ereloon of emolument.¹²⁴ Momenteel bedraagt de vergoeding een forfaitair bedrag van 500 euro per jaar en per voogdij. De minister overweegt dit bedrag nog op te trekken.

d. Opdracht van de voogd

64. Wat betreft de bestanddelen van het voogdijgezag, verschilt de specifieke voogdij niet veel van zijn burgerrechtelijk voorbeeld, ook al zijn niet alle taken gelijklopend. De voogd vertegenwoordigt de minderjarige *in het kader van alle rechtshandelingen*, van de procedures uit de vreemdelingenwetgeving, *alsmede van alle andere bestuurlijke of gerechtelijke procedures*.¹²⁵ Er wordt voorbehoud gemaakt van de toestemming vereist voor het huwelijk, de adoptie of de ontvoogding van de minderjarige.¹²⁶ Het ziet ernaar uit dat buiten deze drie –m.i. exhaustief opgesomde – gevallen de voogd voor alle rechtshandelingen die zijn pupil aanbelangen in diens wettelijke vertegenwoordiging zal mogen voorzien.¹²⁷ Wel moet de voogd de bijstand vragen van een advocaat.¹²⁸ Hij kan hiervoor het Bureau voor Juridische

¹²³ De werving van voogden per arbeidsovereenkomst werd door de Raad van State strijdig bevonden met de onafhankelijke uitoefening van hun opdracht. Deze mogelijkheid werd dan ook geschrapt. Advies van 22 juli 2003 van de Raad van State bij het ontwerp van K.B. tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de Programmawet van 24 december 2002, *B.S.* 29 januari 2004; Verslag aan de Koning van 22 december 2003 bij het K.B. tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de Programmawet van 24 december 2002, *B.S.* 29 januari 2004.

¹²⁴ Art. 6 Voogdijbesluit. Dit is een belangrijk verschilpunt met de burgerrechtelijke voogdij, welke in principe onbezoldigd is.

¹²⁵ Wel kan de minderjarige volgens artikel 9 §1, 3^e lid Programmawet zonder tussenkomst van zijn voogd een asielaanvraag indienen.

¹²⁶ Art. 10 § 2 Programmawet.

¹²⁷ In de parlementaire voorbereiding staat dat de voogd een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft. (*Parl. St. Kamer*, 2002-03, nr. 2124/15, 26).

¹²⁸ Art. 9 § 3 Programmawet. Eerst was voorzien dat de voogd enkel de tussenkomst van een advocaat inschakelt wanneer hij dit noodzakelijk acht. De verplichte en automatische aanstelling van een advocaat is te verkiezen: ze verhindert dat een voogd zelf zijn pupil vertegenwoordigt tijdens de verblijfsprocedure, wat mogelijkwijze het ontstaan van een vertrouwensrelatie bemoeilijkt (zie noot 129 en B. VAN KEIRSBILCK, “Voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling”, *T.J.K.* 2002, 65).

Bijstand aanspreken. In ieder geval moet hij wel in persoon steeds aanwezig zijn bij elk verhoor van zijn pupil.¹²⁹

65. Naast deze juridische bijstand, behoren ook de zorg voor de persoon, het onderwijs, passende psychologische bijstand en medische verzorging tot zijn takenpakket.¹³⁰ Hij laat de bevoegde overheden voor huisvesting zorgen¹³¹, waakt over de politieke, filosofische en godsdienstige overtuiging van de jongere en verzekert de opsporing van de familie van zijn pupil.¹³² De voogd beheert de goederen van zijn pupil zonder het genot ervan te hebben en vraagt de nodige sociale uitkeringen aan.¹³³ Tijdens zijn voogdijschap heeft hij regelmatig contact met de minderjarige om zo een vertrouwensrelatie op te bouwen en hem zijn standpunt te laten kennen over de beslissingen die hij wil nemen en die de overheden reeds hebben genomen in zijn dossier.¹³⁴ Tot slot moet de voogd alle voorstellen doen die hij nodig acht om een duurzame oplossing te vinden in overeenstemming met het belang van de minderjarige.¹³⁵

e. Toezicht op de voogd

66. De wet schrijft meerdere controlemechanismen voor om een efficiënt toezicht op de voogd mogelijk te maken. Er is enerzijds sprake van een rechterlijke controle en anderzijds van een administratief toezicht.¹³⁶

67. De voogd vervult zijn taak onder toezicht van de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige. Hij oordeelt op verzoek van de minderjari-

¹²⁹ Art. 9 § 2 Programmawet.

¹³⁰ Voor een meer uitgebreide bespreking van het takenpakket van de voogd, zie B. VAN KEIRSBILCK, "Tutelle des mineurs non accompagnés. La loi et son application", *J.D.J.* 2004/3, 32-36.

¹³¹ De Dienst Voogdij en de voogd zelf zijn a contrario helemaal niet bevoegd om beslissingen te nemen over de plaats van huisvesting. Dit komt volgens C. CASTELEIN toe aan de bevoegde autoriteiten zoals de Gemeenschappen, het Ministerie voor Sociale Integratie, ... (C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAEVE en F. SWENNEN, o.c., 82.) Over de problematiek van de materiële opvang, zie M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, "De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in M.-C. FOBLETS en B. HUBEAU, (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 7, Brugge, die keure, 2002, 339-360.

¹³² Art. 10-11 Programmawet.

¹³³ Art. 12 Programmawet.

¹³⁴ Art. 11 § 2 Programmawet. Deze bepaling is m.i. belangrijk omdat men moet vermijden dat het kind door een gebrek aan vertrouwen in de overheid of voogd het contact zou verbreken en verdwijnen, wat vaak tot rampzalige scenario's van kinderexploitatie en -handel leidt. Misschien heeft de Koning het maximumaantal pupillen op 25 per voogd vastgelegd vanuit het besef dat enkel door intensief contact met de pupil vertrouwen kan ontstaan?

¹³⁵ Art. 11 Programmawet. Dit zoeken naar een duurzame oplossing behoort tegelijk tot het takenpakket van de Dienst Voogdij, de voogd en de bevoegde overheidsinstanties zoals de Dienst Vreemdelingenzaken voor het verblijfsrechtelijk statuut van de minderjarige.

¹³⁶ Anders dan bij de burgerrechtelijke voogdij wordt bij de vreemdelingenvoogdij terecht geen toeziende voogd aangesteld. Dit zou de zaken bemoeilijken: er zijn voldoende garanties in de wet om onzorgvuldige voogden te controleren.

ge, de voogd, iedere belanghebbende of zelfs ambtshalve over twistpunten tussen de voogd en zijn pupil en hij is bevoegd om de opdracht van de voogd te beëindigen.¹³⁷

68. Ook de Dienst Voogdij oefent controle uit op de voogd. In de wet wordt gesproken van *dagelijks bestuurlijk toezicht op de materiële organisatie van het werk van de voogd*. De Dienst Voogdij controleert dus de taakvervulling door de voogd en waakt over uniformiteit van de praktijk. De erkenning kan worden ingetrokken wanneer de voogd niet meer aan de voorwaarden voldoet of zijn wettelijke verplichtingen niet nakomt.¹³⁸ Eén van die verplichtingen is een regelmatige bijscholing.¹³⁹ De Dienst kan aangifte doen van gebreken bij de vrederechter. Dit bestuurlijk toezicht belet niet dat de voogd in volle onafhankelijkheid moet kunnen werken.

69. Er werd opgeworpen dat er onduidelijkheid heerst over de verhouding tussen het rechterlijk en het administratief toezicht en over wat dit laatste concreet zal inhouden.¹⁴⁰ M.i. is deze dubbele controle te verdedigen. De Dienst Voogdij volgt de dossiers van nabij en kan snel ingrijpen door de alarmbel te luiden bij de vrederechter, die hierover een onafhankelijk eindoordeel kan vormen.¹⁴¹

f. Beëindiging van de voogdij

70. De wet is duidelijk over de gevallen waarin de voogdij wordt beëindigd.¹⁴² Eén geval¹⁴³ roept vragen op: waarom komt er een einde aan de voogdijopdracht wanneer het kind een verblijfsvergunning voor onbepaalde

¹³⁷ Art. 17- 22 Programmawet.

¹³⁸ Art. 19-21 Voogdijbesluit.

¹³⁹ Art. 15-17 Voogdijbesluit. De voogden moeten jaarlijks een multidisciplinaire en permanente opleiding volgen, georganiseerd door de Dienst Voogdij of een erkende instelling zoals een faculteit of vereniging. Hier zullen vraagstukken uit het vreemdelingenrecht, beheer van goederen, pedagogische en psychologische vaardigheden alsook multiculturele opvangtechnieken worden aangeleerd.

¹⁴⁰ C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN, *o.c.*, 88.

¹⁴¹ De Dienst Voogdij kan korter op de bal spelen dan de rechter. Hij ontvangt slechts twee maal per jaar een verslag en heeft bovendien veel andere taken buiten het voogdijtoezicht. De rechter heeft het voordeel geen enkele relatie te hebben met de uitvoerende macht of administratieve diensten. Hij biedt meer garanties op een onafhankelijk oordeel. Wanneer de Dienst Voogdij bijvoorbeeld vindt dat de voogd niet de nodige stappen onderneemt in de verblijfsprocedure van zijn pupil, is de rechterlijke macht geschikt om in laatste orde te trancheren.

¹⁴² Art. 24 Programmawet geeft verder als redenen op: meerderjarigheid, overlijden, ontvoogding, adoptie of huwelijk van de pupil, het toevertrouwen aan de persoon die volgens de nationale wet van de pupil het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent, het verwerven van de Belgische of andere E.E.R.-nationaliteit of de effectieve verwijdering van het grondgebied. Naar analogie van de burgerrechtelijke voogdij moet worden aangenomen dat de voogdij ook een einde neemt in geval van overlijden, ontslag, ontzetting van de voogd of intrekking van zijn erkenning (C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN, *o.c.*, 90).

¹⁴³ Art. 23 Programmawet.

duur krijgt?¹⁴⁴ Door de koppeling van de voogdij aan het verblijfsrechtelijk statuut, zal de minderjarige –nog steeds handelingsonbekwaam – plots terug zonder wettelijke vertegenwoordiger vallen.¹⁴⁵ Wel moet de voogd het nodige doen opdat de burgerrechtelijke voogdij ópenvalt, maar hij blijft niet in functie tot een nieuwe voogd door de rechtbank is aangesteld. Er komt dus een onaanvaardbare breuk in de bescherming! Bovendien zal de burgerrechtelijke voogdij op dezelfde moeilijkheden stuiten als hoger al besproken: een te strikte rechterlijke toepassing van de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels en eventuele bewijsproblemen (zie supra nr. 36-39). Het is mogelijk dat de wetgever hier de bedoeling had een wet van politie en veiligheid te creëren¹⁴⁶, om de verwijzingsregels buiten spel te zetten. Duidelijkheid is hier zeker gewenst!

g. Enkele bedenkingen

71. Er kunnen nog enkele bemerkingen worden gemaakt bij de nieuwe voogdijregeling. Zo schrijft de wet de verplichte aanwezigheid van de voogd voor bij alle verhoren van de minderjarige, maar laat na hiervoor een sanctie te bepalen. Hoort een verhoor van de pupil bij afwezigheid van zijn voogd niet nietig te zijn? Ook staat niet vast wat er gebeurt bij onenigheid tussen de Dienst Voogdij en de Dienst Vreemdelingenzaken: de Dienst Voogdij heeft namelijk als taak ervoor te zorgen dat *de bevoegde overheden een duurzame oplossing in het belang van het kind* zoeken.¹⁴⁷ Stel: de Dienst Voogdij is van mening dat de garanties voor opvang in het thuisland onzeker zijn, vindt dat er verdere *family tracing* nodig is of oordeelt dat de immigratiediensten niet handelen in het belang van het kind. Kan hij in dat geval tegen een verwijderingsbeslissing opkomen? Zal de Raad van State de mening van de Dienst Voogdij naar gelijke waarde schatten als hetgeen de Dienst Vreemdelingenzaken voorlegt? Wie geeft dan de doorslag over wat *het belang van het kind* concreet inhoudt?

2.7.5. Besluit

72. De Programmawet en het bijhorende uitvoeringsbesluit getuigen van goede wil bij de federale overheid: er werd een beschermingsstatuut uitgedokterd voor de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en verholpen aan de handelingsonbekwaamheid van deze zeer kwetsbare rechtsonderhorigen. Ondanks enkele tekortkomingen, heeft de nieuwe voogdijstructuur mijns inziens in theorie veel kans op succes. De praktijk blijkt andere koek: hoewel

¹⁴⁴ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 2002-03, nr. 2124/15, 44.

¹⁴⁵ 'Parliament gives, parliament takes': eens de minderjarige een stabiel verblijfsstatuut krijgt (geregulariseerd of als vluchteling erkend), valt de voogdijbescherming helemaal weg! Continuïteit is dus ver zoek!

¹⁴⁶ Dit is m.i. vrij waarschijnlijk aangezien alle bepalingen uit artikel 479 Programmawet wetten van politie en veiligheid zijn, die iedereen verbinden die op het Belgische grondgebied verblijft. (zie supra nr. 6).

¹⁴⁷ Art. 3 § 2, 4° Programmawet.

er nog geen officiële cijfers zijn bekendgemaakt, is ongeveer 4 maanden na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling al duidelijk dat er een nijpend tekort aan voogden bestaat. Momenteel kan er enkel een voogd worden gevonden voor de meest beklagenswaardige gevallen: minderjarigen aan de grens, jeugddelinquenten, slachtoffers van mensenhandel,...

73. De minister heeft een campagne op touw gezet om meer burgers te sensibiliseren. Daarnaast worden er protocolakkoorden gesloten met NGO's en OCMW's. Welke van de twee wegen wil de minister eerder bewandelen: is men op zoek naar professionele voogden of eerder naar doorsnee burgers wiens hart op de juiste plaats ligt? De eerstgenoemde voogden zullen naar alle verwachtingen een substantieel deel van hun tijd aan deze taak besteden en zullen naarmate het aantal hun toegewezen pupillen toeneemt een zekere expertise ontwikkelen. Dit laatste is m.i. ook broodnodig om de pupil op efficiënte wijze door de bestaande verblijfs- en andere procedures te gidsen. Met niet-professionele vrijwilligers (wiens pupillen eerder in aantal beperkt zullen zijn) zal de minderjarige dan weer een veel hechtere en persoonlijkere relatie kunnen opbouwen. Beide opties bieden dus voordelen, maar in de praktijk blijkt de minister eerder te opteren voor de professionele voogden.¹⁴⁸

2.8. DE WETTELIJKE VERTEGENWOORDIGER EN DE JEUGDBESCHERMINGSPROCEDURES

74. De vraag stelt zich over welke mogelijkheden de voogd zal beschikken in het kader van de bestaande jeugdbeschermingsprocedures wanneer zijn pupil hiermee wordt geconfronteerd.

2.8.1. Het comité voor bijzondere jeugdzorg

75. Het comité voor bijzondere jeugdzorg heeft de taak bijstand en hulp te organiseren in problematische opvoedingssituaties, ten behoeve van minderjarigen, maar ook van de personen die over hen het ouderlijk gezag uitoefenen of hen onder hun bewaring hebben.¹⁴⁹ De notie van problematische opvoedingssituatie wordt omschreven als *een toestand waarin de fysieke integriteit, de affectieve, morele, intellectuele of sociale ontplooiingskansen van minderjarigen in het gedrang komen, door bijzondere gebeurtenissen, door relationele conflicten of door de omstandigheden waarin zij leven.*¹⁵⁰ Wanneer de

¹⁴⁸ VAN KEIRSBILCK, B., "Tutelle des mineurs non accompagnés. La loi et son application", *J. dr. Jeun.* 2004/3, 41.

¹⁴⁹ Art. 4, 1° Gecoördineerde decreten 4 april 1990 inzake bijzondere jeugdbijstand, *B.S.* 8 mei 1990, verder verkort geciteerd als Decreet Bijzondere Jeugdbijstand. De voogd heeft de minderjarige vreemdeling in rechte onder zijn bewaring.

¹⁵⁰ Art. 2, a) Decreet Bijzondere Jeugdbijstand. Bij een strikte toepassing van dit criterium, zouden de meeste minderjarige asielzoekers in een opvoedingssituatie verkeren die op z'n minst als problematisch kan worden gekwalificeerd. Zeer weinigen onder hen gaan regelmatig naar school, ze missen elke kans op ontplooiing en een geborgen relatie met ouders of familie is vaak onbestaande.

minderjarige vreemdeling in een dergelijke situatie terechtkomt, wordt niet alleen hijzelf, maar ook al wie juridisch of feitelijk gezag over hem heeft, betrokken bij de hulpverlening.¹⁵¹

76. Bij lezing van de wettelijke werkingsbeginselen volgens dewelke het comité voor bijzondere jeugdzorg functioneert, rijst misschien een onduidelijkheid. Enerzijds biedt het comité hulpverlening op louter vrijwillige basis. Dit betekent dat iedereen die het ouderlijk gezag uitoefent of het kind onder zijn (juridische of feitelijke) bewaring heeft, hiervoor - in zoverre hij in zijn rechten wordt geraakt¹⁵² - zijn instemming moet verlenen.¹⁵³ Anderzijds was uit de praktijk de gewoonte gegroeid dat de beslissingen die normaliter aan ouders of voogd toekomen, voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen door hulpverleners uit de opvanginstellingen werden genomen (zie supra nr. 13).¹⁵⁴ Moet dan bij toepassing van de nieuwe voogdijregeling nog steeds de instemming van de feitelijke opvoeders worden gevraagd? M.i. is dit niet het geval. De belangenbehartiging en vertegenwoordiging van de pupil is een exclusieve taak van de voogd geworden. Hij alleen – en ook de minderjarige wanneer de hulpverlening zijn persoonlijke vrijheid raakt en hij de leeftijd van 14 jaar heeft bereikt¹⁵⁵ - moet instemmen met de voorgestelde hulpverlening.

77. Een parallel kan worden getrokken met de bevoegdheden van familieleden van de minderjarige die voor zijn opvang zorgen. Ook zij hebben geen recht om als vertegenwoordiger op te treden wanneer er een voogd is aangesteld (zie supra nr. 62). Wel kunnen naast de voogd ook de opvoeders (uit een opvangcentrum of familie), de Dienst Voogdij of elke andere derde zich tot het comité wenden om de problematische opvoedingssituatie daar ter kennis te stellen, maar verder gaan hun bevoegdheden niet. Ook is aan te bevelen dat de feitelijke opvoeders worden gehoord door het comité. Tot slot wordt er in de doctrine voor gepleit dat ook de hulpverleners tot voogd kunnen worden benoemd.¹⁵⁶

¹⁵¹ Zie –maar niet expliciet op niet-begeleide vreemdelingen toegepast - J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 2003, 97.

¹⁵² De voogd die de opvoedingsverantwoordelijkheid waarneemt, heeft het recht van bewaring over de persoon van zijn pupil. Hij wordt dus 'in zijn rechten geraakt' en zal dus moeten instemmen met het hulpverleningsvoorstel. Zie I. VAN DER STRAETE en J. PUT, "Belangenconflicten tussen kinderen en ouders in het jeugdbijstands- en jeugdbeschermingsrecht. Het moeizame evenwicht tussen ouderlijk gezag en de zelfstandige uitoefening van het recht op privé-leven", *T.J.K.* 2002, 169.

¹⁵³ Art. 9 §2, 3 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁵⁴ C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *o.c.*, 56 en 97; M. THOMAS, "Les mineurs non accompagnés demandeurs d'asile. Leur représentation juridique. La défense de leurs droits", *J. dr. Jeun.* 1995, 390. Deze praktijk wordt nooit betwist, maar er ontbreekt een decretale of wettelijke basis voor.

¹⁵⁵ Art. 9 §2, 4° Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁵⁶ C. CASTELEIN, "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *o.c.*, 98. De auteur wijst erop dat de bevoegdheidsafbakening tussen de voogd en de opvoeders in de praktijk voor de minderjarige vaak een delicate zaak zal zijn.

78. In de buitengerechtelijke jeugdbijstand zijn de rechten van de voogd gelijkaardig aan die van de ouders van een minderjarige. De consulent van het comité heeft tegenover hem dezelfde informatieve opdracht¹⁵⁷ en de voogd heeft recht om kennis te nemen van de gegevens uit het dossier die hem persoonlijk betreffen.¹⁵⁸ Moeilijker is de vraag of krachtens het voogdijgezag ook een recht tot inzage in gegevens die de voogd niet betreffen, bestaat.¹⁵⁹ Indien de voogd dit wil, kan hij zich – net zoals de jongere – laten bijstaan door een raadsman ten aanzien van het comité voor bijzondere jeugdzorg. Daarover is decretaal niets bepaald.¹⁶⁰ Het recht op bijstand van een advocaat voor minderjarigen zal in de nabije toekomst worden uitgewerkt in het wetsvoorstel “tot instelling van advocaten voor minderjarigen”.¹⁶¹ Of deze wet de minderjarige asielzoekers hetzelfde recht op rechtsbijstand zal geven als hun Belgische leeftijdsgenoten, valt nog af te wachten.

2.8.2. De bemiddelingscommissie

79. De bemiddelingscommissie is een met oneigenlijke rechtspraak belast orgaan dat bevoegd is voor bemiddelingsverzoeken met betrekking tot problematische opvoedingssituaties. Ze is een soort beroepsinstantie voor wat betreft hulpverlening.¹⁶² Door een bemiddelingsverzoek kunnen zowel hulpverleners¹⁶³ als de voogd de bemiddelingscommissie ter kennis stellen van de problematische opvoedingssituatie waarin de jonge vreemdeling verkeert.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Volgens artikel 46 van het Besluit van de Vlaamse Regering betreffende de organisatie en de werking van de comités voor bijzondere jeugdzorg, 8 december 1998, B.S. 27 maart 1998 moet de consulent de ouders o.a. informeren over de werking van de bijzondere jeugdbijstand, de wederzijdse rechten en plichten, de mogelijkheid van een bemiddelingsverzoek bij de bemiddelingscommissie en het vrijwillig karakter van de hulpverlening, verder verkort geciteerd als Besluit 8 december 1998.

¹⁵⁸ Art. 40 §3 Besluit 8 december 1998.

¹⁵⁹ Zie hierover I. VAN DER STRAETE en J. PUT, “Belangenconflicten tussen kinderen en ouders in het jeugdbijstands- en jeugdbeschermingsrecht. Het moeizame evenwicht tussen ouderlijk gezag en de zelfstandige uitoefening van het recht op privé-leven”, *T.J.K.* 2002, 165-167.

¹⁶⁰ G. DECOCK, “De buitengerechtelijke jeugdbijstand in Vlaanderen. Naar een rechtspositie voor de gebruiker” in E. VERHELLEN, G. CAPPELAERE, G. DECOCK e.a. (red.), *Kinderrechten-gids, Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys & Breesch, deel 1, 1.7 DECOCK, 14.

¹⁶¹ Wetsvoorstel tot instelling van advocaten voor minderjarigen, 22 december 1999, *Parl. St. Senaat*, 1999-2000, nr. 256/1. Een ontwerp van tekst is aangenomen door de Commissie voor Justitie en is overgezonden naar de Kamer van Volksvertegenwoordigers, maar is daar nog niet besproken. Zie G. DECOCK, “Jeugdadvocaten”, *T.J.K.* 2000, 47-48; N. DESMET, “De juridische bijstand door een advocaat” in X., *De juridische positie van de minderjarige in de praktijk*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 93-106; J. PUT en I. VAN DER STRAETE, “The Belgian legislative proposal concerning juvenile lawyers” in X., *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg Publishers, 2003, 65-80; C. VREYS, *Proceswaarborgen voor minderjarigen: Bespreking van het wetsontwerp tot instelling van advocaten voor minderjarigen*, Verhandeling voor het vak jeugdbeschermingsrecht, Leuven, K.U.Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2004, 37 p., onuitg.

¹⁶² J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 2003, 112.

¹⁶³ Dit geldt in elk geval voor de hulpverlener die werkzaam is in een door de Vlaamse Gemeenschap erkende voorziening van hulp- en dienstverlening (art. 14, 3° Decreet Bijzondere Jeugdbijstand). Wanneer de minderjarige vreemdeling opvang krijgt in een instelling die niet aan

80. De betrokken partijen worden opgeroepen om te verschijnen.¹⁶⁵ De minderjarige mag zich laten bijstaan door een zelf gekozen vertrouwenspersoon.¹⁶⁶ Dit kan een advocaat zijn, maar dat hoeft zeker niet. De verplichte bijstand door een raadsman-advocaat zoals bepaald in de nieuwe voogdijregeling, geldt namelijk enkel voor gerechtelijke of administratieve procedures.¹⁶⁷ Aangezien de tussenkomst van de bemiddelingscommissie zich in een sfeer van vrijwilligheid situeert, is zijn aanwezigheid m.i. dus niet noodzakelijk. Ook de voogd of een opvoeder komen desgevallend in aanmerking om als vertrouwenspersoon op te treden. Zeer uitzonderlijk mag de minderjarige zich laten vertegenwoordigen, maar enkel wanneer de bemiddelingscommissie hiermee akkoord gaat. Wanneer de voogd in zijn hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger voor de bemiddelingscommissie verschijnt, heeft ook hij recht op bijstand door een vertrouwenspersoon naar keuze, al dan niet advocaat.¹⁶⁸ Het lijkt deontologisch verantwoord dat de advocaat die als raadsman door de voogd werd aangesteld om de vreemdeling in eender welke andere procedure bij te staan, in jeugdbeschermingsprocedures voor geen van beide partijen optreedt wanneer voogd en pupil daarin tegenover elkaar komen te staan. Tot slot geldt vanuit het principe van ‘equality of arms’¹⁶⁹ dat wanneer het bemiddelingsverzoek door de voogd is ingediend bij monde van zijn advocaat, de commissie ambtshalve ook voor het kind een advocaat aanwijst.

81. Ook hier kan hulpverlening op vrijwillige basis slechts worden georganiseerd met de instemming van de voogd. Wanneer hij het niet eens is met een bemiddelingsvoorstel, kan de bemiddelingscommissie de zaak enkel uit handen geven of doorverwijzen naar de jeugdrechtbank.¹⁷⁰ Verder heeft de voogd ook hier recht op informatie: het bemiddelingsdossier is ter inzage van elke betrokken partij.¹⁷¹

2.8.3. De jeugdrechtbank

82. Voor de jeugdrechtbank zal de minderjarige wél een gerechtelijke procedure ondergaan. Hier geldt m.i. dan ook dat de minderjarige vreemdeling steeds moet worden vertegenwoordigd door een advocaat. Artikel 12 Voogdijbesluit legt namelijk niet alleen in verblijfsprocedures, maar ook *in*

dit criterium voldoet, kan de hulpverlener nog steeds de bemiddelingscommissie adiëren wanneer hij optreedt als vertrouwenspersoon van het kind, maar dit gebeurt op basis van artikel 14, 1° Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁶⁴ Art. 14 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁶⁵ Art. 16 §1 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁶⁶ Art. 16 § 2 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁶⁷ Art. 12 Voogdijbesluit.

¹⁶⁸ Art. 16 § 3 Decreet Bijzondere Jeugdbijstand.

¹⁶⁹ J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 2003, 118.

¹⁷⁰ G. DECOCK, “De buitengerechtelijke jeugdbijstand in Vlaanderen. Naar een rechtspositie voor de gebruiker” in E. VERHELLEN, G. CAPPELAERE, G. DECOCK e.a. (red.), *o.c.*, 20.

¹⁷¹ Art. 40 §3 Besluit 8 december 1998.

enige andere administratieve of gerechtelijke procedure de bijstand van een advocaat om de minderjarige te vertegenwoordigen op. Dus ook voor de jeugdrechter. Volgens de Jeugdbeschermingswet¹⁷² mogen partijen in zaken m.b.t. jeugddelinquentie zich niet laten vertegenwoordigen door een advocaat: hij zou alleen bijstand kunnen verlenen.¹⁷³ Ten slotte kan een mogelijke fout worden opgemerkt wanneer de Programmawet en het uitvoeringsbesluit samen worden gelezen. Daar waar artikel 9 § 3 Programmawet enkel de *bijstand* van een advocaat verplicht, spreekt het uitvoeringsbesluit over een advocaat om te *vertegenwoordigen*. Nu uit de Jeugdbeschermingswet blijkt dat de wetgever wel degelijk een distinctie maakt tussen deze twee ‘verschijningshoedanigheden’ van de advocaat, stelt zich de vraag of de Koning misschien zijn boekje is te buiten gegaan?¹⁷⁴

83. Naar analogie met wat bepaald is in artikel 54*bis* § 3 Jeugdbeschermingswet, moet de stafhouder of het bureau van consultatie en verdediging erop toezien dat de jongere voor de jeugdrechtbank wordt verdedigd door een andere advocaat dan diegene van de voogd.¹⁷⁵ Wanneer de voogd in rechte optreedt als wettelijke vertegenwoordiger van zijn pupil en er bestaat tussen deze partijen een belangentegenstelling, dan wordt door de rechter een voogd ad hoc aangesteld.¹⁷⁶ Het is in ieder geval de wil van de wetgever om het optreden van de advocaat en de voogd steeds duidelijk te onderscheiden.¹⁷⁷

84. Kunnen de maatregelen die de jeugdrechter normaliter t.a.v. de ouders uitsprekt, ook aan de voogd worden opgelegd? De meest voorkomende beperkingen van het ouderlijk gezag zullen hierna zeer kort worden aangehaald. De vraag stelt zich dan hoe gelijkaardige beperkingen van het voogdijgezag kunnen worden verwezenlijkt.

85. De jeugdrechter kan in bepaalde gevallen toezicht uitoefenen op sociale uitkeringen waarop de jongere recht heeft¹⁷⁸ wanneer deze niet worden aangewend in het belang van het kind. Hij duidt hierbij een andere persoon aan om de bedragen te innen en aan te wenden ten behoeve van de minderjarige.

¹⁷² Art. 54 Wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, B.S. 15 april 1965, verder verkort geciteerd als Jeugdbeschermingswet.

¹⁷³ J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 2003, 131 en 224. Hiertegen roept de auteur het arrest Van Geyseghem t/ België in waarin het Hof voor de Mensenrechten een gelijkaardige regeling uit het strafrecht strijdig verklaart met artikel 6 EVRM. Er kan dus worden aangenomen dat ook inzake jeugdbescherming steeds vertegenwoordiging door een advocaat toegelaten is.

¹⁷⁴ De Raad van State ziet hierin geen graten. Zie advies van de Raad van State van 22 juli 2003 bij het ontwerp van K.B. tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de Programmawet van 24 december 2002, B.S. 29 januari 2004.

¹⁷⁵ J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 2003, 131.

¹⁷⁶ Art. 378 § 2 B.W.

¹⁷⁷ Verslag aan de Koning bij het K.B. tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de Programmawet van 24 december 2002, B.S. 29 januari 2004.

¹⁷⁸ Art. 29 Jeugdbeschermingswet.

Deze maatregel zal in een administratieve voogdij m.i. niet hoeven te worden aangewend. De voogd heeft de wettelijke plicht om het – van zijn persoonlijk kapitaal gescheiden – vermogen van zijn pupil zorgvuldig te beheren en de inkomsten aan te wenden om in zijn onderhoud en verzorging te voorzien.¹⁷⁹ Hij moet hierover een verslag maken en rekeningen ter controle indienen (zie supra nrs. 65-68). Wanneer blijkt dat hij zijn opdracht niet met de nodige zorg vervult, kan de vrederechter de voogdijtaak beëindigen. De voogdijregeling garandeert dus een goede aanwending van de middelen van de minderjarige.

86. Een meer drastische jeugdrechterlijke maatregel t.a.v. de ouders, is de ontzetting van het ouderlijk gezag.¹⁸⁰ Deze mogelijkheid bestaat in een limitatief aantal gevallen, bijvoorbeeld bij kindermishandeling. Dezelfde situaties geven a fortiori ook aanleiding tot een beëindiging van de voogdijtaak, maar dat betekent nog niet dat de jeugdrechter daarom hierover uitspraak mag doen. De ontzetting kan enkel worden uitgesproken wanneer er een wettelijke of adoptieve afstammingsband bestaat.¹⁸¹ Uiteraard is hiervan geen sprake binnen de voogd-vreemdeling-relatie. Artikel 20 Programmawet zegt duidelijk dat de vrederechter bevoegd is om – zelfs ambtshalve – te oordelen over twistpunten tussen de voogd en de minderjarige betreffende zijn persoon of zijn goederen. Over het rechterlijk toezicht zoals dat volgt uit de gemeen jeugdbeschermingsrecht wordt met geen woord gerept: alleen de specifieke regeling uit de Programmawet geldt dus ter sanctionering van de voogd.¹⁸² Belangrijk is voor ogen te houden dat het ouderlijk gezag en het voogdijgezag onderscheiden instituten zijn. Inderdaad hebben de ontzetting van het ouderlijk gezag en de beëindiging van de voogdijtaak als techniek hetzelfde oogmerk: de beëindiging van het wettelijk gezag over minderjarigen. Maar verder gaat de vergelijking niet.¹⁸³ Dit rechtvaardigt de behandeling ervan voor verschillende rechterlijke instanties.

87. Wanneer de vreemdeling een als misdrijf omschreven feit pleegt, moet hij ook voor de jeugdrechter verschijnen, tenzij er sprake is van een gerechtelijke uithandengeving of wanneer de jongere een verkeersmisdrijf zou hebben gepleegd. Het is mogelijk dat het slachtoffer een burgerlijke vordering instelt ter vergoeding van eventuele schade. Waar de ouders in beginsel

¹⁷⁹ Art. 9 Voogdijbesluit.

¹⁸⁰ Art. 32 Jeugdbeschermingswet.

¹⁸¹ J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht in A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 248.

¹⁸² De burgerrechtelijke voogd wordt trouwens ook door de vrederechter ontzet. Zie P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2003, 185.

¹⁸³ Enkele verschilpunten ter illustratie: een ontzetting van het ouderlijk gezag kan enkel worden gevorderd door het O.M. (J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 149) terwijl de beëindiging van de voogdijtaak door iedere belanghebbende aan de vrederechter kan worden gevraagd (Art. 20 Programmawet). Waar de jeugdrechter een pro-voogd zal aanduiden die alleen de ouderlijke bevoegdheden waarneemt waarvan de ouders zijn ontzet, wijst de Dienst Voogdij onmiddellijk een nieuwe voogd aan die alle voogdijtaken overneemt.

aansprakelijk zijn voor alle schade berokkend door hun minderjarige kind¹⁸⁴ en dus hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de kosten en de schadevergoeding¹⁸⁵, geldt dit niet voor de voogd. Dit werd uitdrukkelijk zo bepaald in de Programmawet, in navolging van de burgerrechtelijke voogdijregeling.¹⁸⁶ Wel is de voogd steeds partij in het geding wanneer maatregelen worden gevorderd tegen zijn pupil voor als misdrijf omschreven feiten, jeugddelinquentie of wegens het bestaan van een problematische opvoedingssituatie. Op straffe van nietigheid moet de voogd worden gedagvaard of gewaarschuwd.¹⁸⁷ Hieraan zijn bepaalde rechten en plichten gekoppeld, naar analogie met ouderlijke (proces)rechten zoals kennisgeving van de neerlegging van het dossier ter griffie van de jeugdrechtsbank, het inzagerecht in het gerechtelijk dossier¹⁸⁸, de verplichte persoonlijke verschijning¹⁸⁹, het recht op verzetaantekening en hoger beroep en het recht om een herziening te vorderen.

88. Wanneer er sprake is van herstel- en schadevergoedingsinitiatieven op parketniveau, heeft de voogd als wettelijke vertegenwoordiger het recht zijn instemming te weigeren wanneer de overeenkomst het patrimonium van de pupil aanbelangt.¹⁹⁰

2.8.4. Enkele bedenkingen

89. Wanneer de minderjarige vreemdeling voorwerp wordt van (vrijwillige of gedwongen) hulpverlening, zijn de rechten en plichten van zijn voogd zeer gelijkaardig aan die van ouders in een dergelijke situatie.

90. Het nieuwe voogdijstelsel betekent dit een belangrijke stap in de juridisering van het jeugdbeschermingsbeleid voor niet-begeleide vreemdelingen. Voorheen werd hun opvang en begeleiding uitgetekend door de hulpverleners binnen de bijzondere jeugdbijstand. Door het ontbreken van regelgeving kregen deze mensen de facto een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid.¹⁹¹ Zij zijn inderdaad de uitvoerders van een sociaal beleid en

¹⁸⁴ Art. 1384, tweede lid B.W.

¹⁸⁵ Art. 61, derde lid Jeugdbeschermingswet.

¹⁸⁶ Art. 14 Programmawet.

¹⁸⁷ Art. 46 Jeugdbeschermingswet; J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 219.

¹⁸⁸ Art. 55, eerste lid Jeugdbeschermingswet. De voogd put zijn inzagerecht hier niet uit zijn wettelijk gezag, maar uit zijn positie als procespartij.

¹⁸⁹ Over de huidige doctrinaire en jurisprudentiële discussie in deze materie, zie voetnoot nr. 166.

¹⁹⁰ I. VAN DER STRAETE en J. PUT, "Belangenconflicten tussen kinderen en ouders in het jeugdbijstands- en jeugdbeschermingsrecht. Het moeizame evenwicht tussen ouderlijk gezag en de zelfstandige uitoefening van het recht op privé-leven", *T.J.K.* 2002, 171.

¹⁹¹ T. SEYNAEVE, *De opvang van niet-begeleide buitenlandse minderjarigen binnen de bijzondere jeugdbijstand. Onderzoek naar de implementatie van het beleid inzake niet-begeleide buitenlandse minderjarigen*, Verhandeling aangeboden tot het verkrijgen van de graad van Licentiaat in de Sociologie, Leuven, K.U.Leuven, Faculteit Sociale Wetenschappen- Departement Sociologie, 2000, 82.

staan in nauw contact met de rechthebbenden¹⁹², maar dit betekent niet dat hun beslissingsbevoegdheid niet dringend moest worden ingeperkt. Ook bij een vergelijking van het trajectverloop van een minderjarige vreemdeling bij de sociale diensten voor bijzondere jeugdzorg in verschillende grote steden, kwamen frappante verschillen aan het licht.¹⁹³ De uitspraak “Sociaal beleid is niet wat de wetgever ervan heeft gemaakt, maar wat diegenen die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering ervan, ervan maken,” van de socioloog Lammertyn¹⁹⁴ geeft in deze situatie dan ook te denken...

3. BESLUIT

91. Mijns inziens is het de wetgever gelukt om een duurzaam en efficiënt systeem van wettelijke vertegenwoordiging op poten te zetten. Uiteraard moeten de eerste officiële resultaten van de nieuwe voogdijstructuur nog worden afgewacht. Veel hangt af van de werkmiddelen die van overheidswege worden uitgetrokken. De financiering van de Dienst Voogdij stond alvast in de begroting van 2004 ingeschreven voor een bedrag van 1.424.000 €. Alleszins maakt de creatie van deze administratieve dienst en de aanstelling van tientallen voogden het mogelijk om voor de buitenlandse minderjarigen bestaande rechten af te dwingen. Inderdaad kan hierdoor weinig worden verholpen aan wat hoger *le vide juridique* in deze materie werd genoemd. Het uitwerken van een volwaardig statuut voor de niet-begeleide minderjarige vreemdeling blijft nog steeds een taak voor onze beleidsmakers. Wel zal via een gepaste wettelijke vertegenwoordiging veel sneller de weg naar de rechter worden gevonden, wat op termijn zal leiden tot een meer uitgebreide jurisprudentie in deze materie.

¹⁹² De socioloog Michael Lipsky benoemt deze hulpverleners ook met de term ‘street-level bureaucraten’: hij benadrukt dat ze steeds een aanzienlijke beslissingsruimte hebben. M. LIPSKY, *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the individual in public services*, New York, Russell Sage Foundation, 1980, 244 p.

¹⁹³ T. SEYNAEVE, o.c., 93-96.

¹⁹⁴ F. LAMMERTYN, *Over hulpverlening en uitsluiting*, Leuven, K.U.Leuven, 1995, 4.