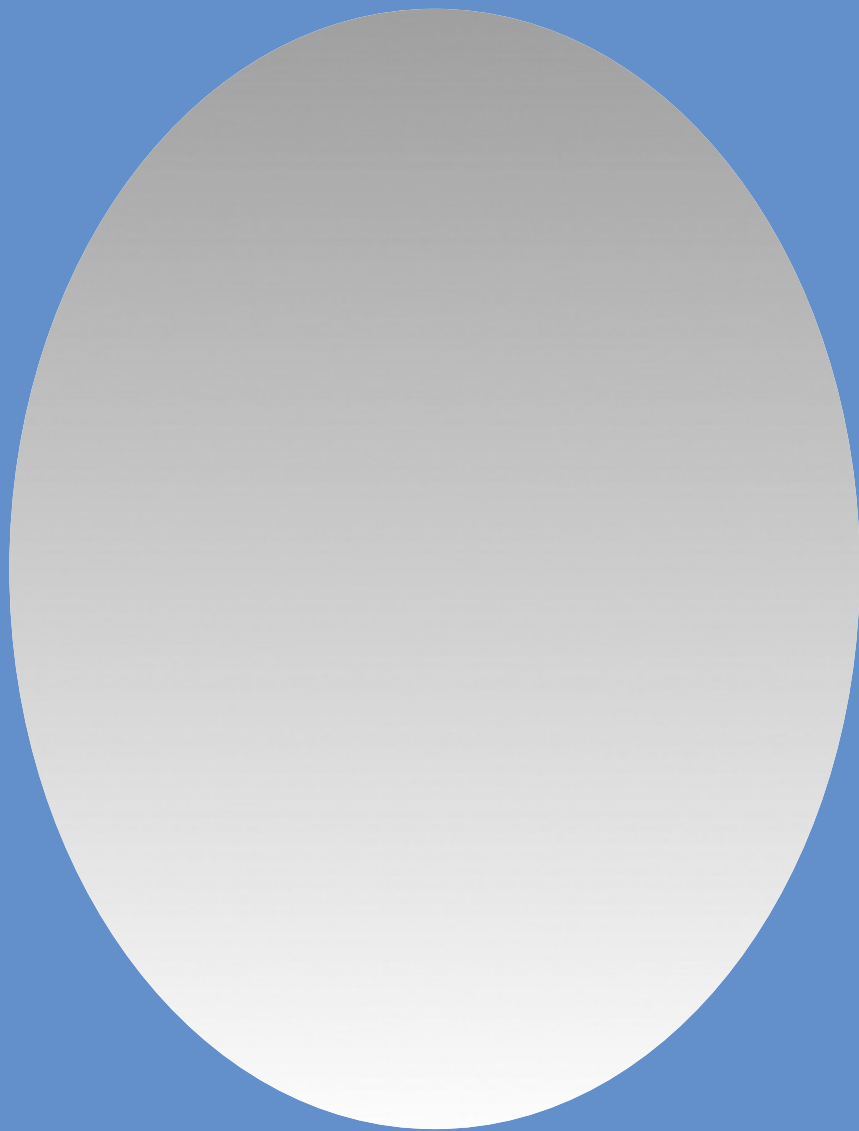


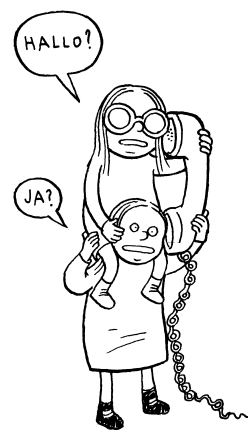
memorandum 2007

kinderrechtencommissariaat



spiegel uw beleid aan kinderrechten

Een sterkere **rechts** positie
voor de **minderjarige**



1 Situering

Er zijn een heel aantal situaties in het leven van kinderen en jongeren waarin ze niet het initiatief nemen, maar waarvan ze wel de consequenties dragen. Bijvoorbeeld: een scheidingsprocedure van de ouders, een misdrijf of een ongeval waar ze slachtoffer van zijn, een adoptieprocedure, een voogdijregeling, een naamswijziging, een verzoek tot asiel of regularisatie...

In tal van situaties die juridische consequenties hebben zijn minderjarigen ook zelf actor: ze werken als jobstudent, ze gaan zelfstandig wonen, ze lopen op school een sanctie op, ze bestellen een aankoop, ze brengen een kind ter wereld,...

Zowel op maatschappelijk vlak als in relationele verhoudingen treedt de zelfstandigheid en de eigen betekenisverlening van kinderen en jongeren sinds geruime tijd veel sterker op de voorgrond. Ook hun juridische positie evolueert in diverse domeinen naar meer handelingsbekwaamheid. Hun principiële juridische handelingsonbekwaamheid staat echter in schril contrast met deze realiteit. Voor hun toegang tot de rechter staan minderjarigen in een heel zwakke en afhankelijke positie.

Het Kinderrechtencommissariaat pleit al jaren voor een stevigere rechtspositie voor minderjarigen, inclusief hun toegang tot de rechter. Het volstaat niet om rechten op papier te hebben, minderjarigen moeten hun rechten kunnen uitoefenen en indien nodig ook afdwingen.

Geruime tijd liggen er in de Kamer van Volksvertegenwoordigers ontwerpen ter tafel over een verbetering van het spreekrecht, over een zelfstandige rechtsingang en over advocaten voor minderjarigen¹. Deze drie ontwerpen betekenen een doorbraak voor hun “recht op recht”. Tijdens de hoorzitting in april 2006 in de Commissie voor de Justitie van de Kamer, benadrukte de meerderheid van de sprekers hoe belangrijk zij de goedkeuring van de drie ontwerpen achten².

De discussie leeft en de overtuiging van het belang ervan is er. Hoog tijd dat er nu eindelijk wetgeving komt. Ook het VN-Comité voor de Rechten van het Kind heeft België aangemaand om ‘snel’ werk te maken van de realisatie van deze initiatieven³.

Omwille van hun onderlinge inhoudelijke samenhang dringen we erop aan de drie onderdelen – spreekrecht, zelfstandige rechtsingang, en jeugdadvocaten – tegelijk te behandelen en in wet om te zetten.

— Het spreekrecht is nu grotendeels als spreekmogelijkheid geregeld, maar is zonder nut voor de minderjarige als er geen juridische procedure gestart wordt. Daarom dringt een eigen rechtsingang zich op.

— Rechtsingang betreft zowel de rechtsvorderingen als het verdedigen van het standpunt en de belangen van de minderjarige. Hier is juridische bijstand en begrip voor de positie van de minderjarige vereist. Garanties hiervoor liggen in de vereiste specialisatie voor de jeugdadvocaat.

— Professionele procesbijstand stelt de minderjarige beter in staat zijn mening voor de rechter te brengen. Zo wordt een degelijke invulling gegeven aan artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

2 Het internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

Verschillende artikelen uit het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind zijn in het bijzonder aan de orde:

- Artikel 4 verplicht de verdragspartijen om alle juridische, administratieve en andere maatregelen te nemen ter implementatie van de rechten uit het Verdrag. Het uitvaardigen van regels waardoor minderjarigen ook zelf iets kunnen doen met hun rechten, kan als een invulling hiervan beschouwd worden.
- Artikel 5 waarin de opvoedingsverantwoordelijkheid van de ouders wordt bepaald met een verwijzing naar de toenemende capaciteiten van de minderjarige. Deze toenemende bekwaamheid wordt al in enkele regels in België en Vlaanderen erkend (vb. het spreekrecht, bepaalde toestemmingen) maar werd niet veralgemeend of systematisch doorgevoerd.
- Artikel 9 lid 2 kent het kind een procedureel recht toe op deelname aan procedures rond scheiding van de ouders en het recht op omgang.
- Artikel 12 is het sleutelartikel rond participatie van kinderen in juridische en administratieve procedures. Het biedt aan minderjarigen het recht om gehoord te worden in alle juridische en administratieve procedures die op hen betrekking hebben.
- Artikelen 37 en 40 leggen ook voor minderjarigen het recht op passende rechtsbijstand vast.

Hoewel het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind niet letterlijk een concrete regeling van rechtsingang oplegt, is het duidelijk dat het de lidstaten wel verplicht tot het versterken van de rechtspositie van de minderjarige.

3 Spreekrecht

3.1. Bestaande regeling: spreekmogelijkheid

De wet regelt het spreekrecht van de minderjarige in ons land op een incoherente wijze: zowel het Gerechtelijk Wetboek als de Jeugdbeschermingswet geven de minderjarige een bepaald spreekrecht.

De regeling van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek wordt het “gemeenrechtelijk spreekrecht” genoemd. Cruciaal is hier dat het om een mogelijkheid gaat en dat het initiatief voor het spreekrecht zowel van de minderjarige zelf als van de rechter kan uitgaan. Het doorslaggevende criterium is hier het ‘oordeel des onderscheids’.

De minderjarige is niet verplicht om op de oproeping van de rechter in te gaan. Het kind heeft zwijgrecht, geen spreekplicht.

Indien het initiatief uitgaat van de minderjarige kan de rechter slechts weigeren het kind te horen bij een speciaal gemotiveerde beslissing. Weigering gebeurt dan omdat de rechter vindt dat de minderjarige niet over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt. Tegen de negatieve beslissing van de rechter is geen beroep mogelijk.

In de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming werd artikel 56bis opgenomen. De jeugdrechter is verplicht om elke minderjarige vanaf twaalf jaar op te roepen in burgerlijke geschillen die verband houden met het ouderlijke gezag, het beheer van de goederen van de minderjarige, de uitoefening van het bezoekrecht of de aanwijzing van een toeziende voogd.

In tegenstelling tot artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek betreft het hier een oproepingsplicht waarop geen uitzondering mogelijk is. Er wordt een minimumleeftijd van twaalf jaar als criterium gehanteerd.

Naast deze twee basisregelingen bestaan er nog andere specifieke regelingen over het horen of het betrekken van minderjarigen⁴, zoals bijvoorbeeld in afstammings- en adoptieprocedures waar de minderjarige vanaf 12 jaar moet toestemmen.

3.2. Lacunes in de huidige regeling

De huidige wettelijke regeling krijgt al geruime tijd kritiek uit verschillende hoeken. Waarom verschilt de regeling fundamenteel naargelang de rechtbank waarvoor het spreekrecht wordt uitgeoefend, terwijl het in wezen vaak om dezelfde materies gaat? Biedt het facultatief karakter voldoende garanties voor het uitoefenen van het recht? Waarom geen mogelijkheid voorzien zodat de minderjarige zelf het initiatief kan nemen? Wordt het spreekrecht hierdoor niet veeleer een middel voor de rechter om het geschil te beslechten in plaats van een recht van het kind? Waarom wordt de beoordeling van het vereiste onderscheidingsvermogen aan de rechter overgelaten, ook als de minderjarige zelf al het initiatief neemt om gehoord te worden?

Ook de Werkgroep Artikel 12⁵ formuleerde bij de inwerkingtreding van het spreekrecht destijds eenzelfde soort bedenkingen.

Het is duidelijk dat het Verdrag verder gaat dan de huidige toepassing ervan in België. Artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind kent kinderen het fundamentele recht toe hun mening te uiten in elke juridische en administratieve procedure die hen aanbelangt. In tweede instantie stelt het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind dat aan die mening “passend belang” gehecht moet worden, al naargelang de maturiteit van het kind in kwestie.

Aan deze bepaling werd al snel na de ratificatie directe werking toegekend⁶. Dit artikel vond ook al regelmatig zijn weg naar de rechtspraak⁷ maar werd nog onvoldoende vertaald naar de wetgeving zelf.

Het Comité voor de Rechten van het Kind gaf België in 2002 dan ook de aanbeveling om het spreekrecht voor kinderen te verstevigen⁸.

Meldingen bij ons ombudswerk tonen verschillende problemen aan: sommige minderjarigen vinden het moeilijk bij een wildvreemde persoon te worden uitgenodigd die dan op hun woorden zou af gaan om beslissingen te nemen. Anderen voelen zich onwennig omdat zij hun gevoelens niet onder woorden kunnen brengen of omdat ze zich moeten uitspreken over zaken waarover ze zich niet wensen uit te spreken. Ook met de snelheid en de vorm van de gesprekken hebben ze moeite.

Nog andere kinderen klagen er dan weer over dat ze hun verhaal niet of onvoldoende konden doen, of dat ze hun deel van het verhaal niet terugvinden in de beslissing van de rechter. In situaties waar ze zelf vragen om gehoord te worden en door de rechter geweigerd worden, missen ze daarbij een degelijke motivatie. Wanneer ze wel gehoord worden maar hun standpunt wordt niet gevolgd, aavaarden kinderen de beslissing als de motivering voor hen begrijpbaar is.

Een belangrijke beperking van het spreekrecht is bovendien dat het enkel kan worden uitgeoefend als andere personen een gerechtelijke procedure hebben gestart. Minderjarigen hebben via het spreekrecht dus geen mogelijkheid om zelf een zaak aan de rechter voor te leggen.

3.3. Het oorspronkelijke ontwerp

Kernpunt in het ontwerp⁹ was dat de principes van de twee huidige regelingen in één nieuwe procedure in artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek worden verenigd.

Een tweede cruciale vernieuwing die werd voorgesteld, was dat er vanaf 12 jaar een oproepingsplicht is in elke procedure die de minderjarige betreft. Kinderen jonger dan 12 die in staat zijn hun mening te vormen, kunnen hun spreekrecht pas uitoefenen na een beslissing van de rechter. Als de minderjarige jonger dan 12 jaar hier zelf om verzoekt, kan de rechter het onderhoud niet langer weigeren. De oproepingsplicht betekent echter geen verschijningsplicht. De minderjarige kan weigeren om gevolg te geven aan de oproeping.

De minderjarige kan zich door een advocaat laten bijstaan. Wenst de minderjarige geen advocaat, dan kan hij zich door een vertrouwenspersoon laten vergezellen.

In het wetsontwerp was ook opgenomen dat aan de mening van de minderjarige een passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en maturiteit. Ook moet de rechter die het gesprek met de minderjarige heeft, een opleiding over spreken met kinderen volgen.

3.4. Overwegingen van het Kinderrechtencommissariaat

Het Kinderrechtencommissariaat stelt voor om het oorspronkelijke ontwerp verder te verfijnen. Sommige amendementen die tijdens de bespreking werden ingediend, dreigden het oorspronkelijke opzet te ontkrachten¹⁰. Om dit te vermijden, sommen we hier de fundamentele principes op.

Oproepingsplicht

We zijn voorstander van een oproepingsplicht. Daardoor wordt het spreekrecht een recht van het kind in de plaats van een onderzoeksmaatregel voor de rechter. Deze oproepingsplicht heeft bovendien een neutraliserend of een ontschuldigend effect. Er is minder ruimte voor manipulatie. De leeftijd van 12 jaar is voor ons geen breekpunt, maar toch vragen we ons af waarom bijvoorbeeld een 10-jarige (mogelijk een broer of zus van die leeftijd) niet evenveel recht van spreken heeft als een 12-jarige. Kinderen onder de 12 jaar moeten ook voldoende vlotte toegang tot de rechter hebben. In die zin pleiten we voor extra aandacht voor communicatie, sensibilisering en informatie over de mogelijkheid voor jongeren onder de 12 jaar om ook te worden gehoord, ook al worden ze niet automatisch uitgenodigd¹¹.

We zijn geen voorstander van een verschijningsplicht. Het lijkt ons belangrijk om in de uitnodigingsbrief aan de minderjarige duidelijk te vermelden dat hij het recht heeft om niet in te gaan op de uitnodiging van de rechter. Van een recht mag geen dwang uitgaan, ook niet voor minderjarigen.

Weigering door de rechter

We pleiten ervoor dat een rechter niet kan weigeren een kind te horen wanneer dat door de minderjarige zelf gevraagd werd, en dit ongeacht de leeftijd van het kind. Men mag er namelijk van uitgaan dat een kind dat zelf vraagt om gehoord te worden, wel degelijk iets te vertellen heeft aan de rechter.

Toepassingsgebied

Zolang het toepassingsgebied niet naar bepaalde rechtsmateries afgebakend is, moet er voor de praktijk duidelijke informatie komen over de reikwijdte van de bepaling “een procedure die de minderjarige betreft”. De verplichting om de minderjarige uit te nodigen berust immers bij de rechter.

Een beperking van het toepassingsgebied van het spreekrecht tot gerechtelijke procedures over bepaalde thema's, zoals bijvoorbeeld het ouderlijke gezag, lijkt ons niet conform met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind. In het Verdrag is namelijk geen sprake van enige materieelrechtelijke beperking.

Ook als er een akkoord tussen de partijen tot stand komt, menen we dat het kind op eigen verzoek zijn spreekrecht toch zou moeten kunnen uitoefenen.

Passend belang

Het lijkt ons zinvol om in de wet een bepaling op te nemen over de uiteindelijke betekenis van het spreekrecht. De minderjarige moet worden geïnformeerd over de draagwijdte van het onderhoud met de rechter. Een standpunt kunnen vertolken betekent niet dat je standpunt automatisch door de rechter wordt gevolgd. Ook dat moet voor minderjarigen duidelijk zijn. Kinderen hun verhaal laten doen, is iets anders dan kinderen de beslissing laten nemen. Het moet duidelijk zijn dat de beslissing enkel door de rechter genomen wordt.

Onderzoek

Grondig onderzoek naar de huidige praktijktoepassing en de beleving van kinderen ontbreekt. Hoe gaan rechters met het spreekrecht om? Wat ervaren zij als positief, wat loopt minder? Wat vertellen kinderen en jongeren over hun spreekrecht? Wat zijn hun ervaringen, hun wensen? Er moet dringend onderzoek worden gevoerd naar de mogelijkheden en moeilijkheden in de toepassing van het spreekrecht. Het is essentieel dat in dit onderzoek de beleving en ervaring van kinderen en jongeren aan bod komen.

Proces-verbaal

Het lijkt ons inderdaad cruciaal dat de minderjarige van meet af aan weet hoe de verslaggeving van het onderhoud met de rechter gebeurt en wie kennis kan nemen van het verslag. We steunen dan ook het voorstel om deze informatie al in de uitnodiging op te nemen en de verplichting voor de rechter om de minderjarige hierover in te lichten. Ons inziens moet het echter ook mogelijk zijn dat als de minderjarige erom vraagt, in het proces-verbaal enkel een samenvatting wordt opgenomen of zelfs enkel de vermelding dat de minderjarige werd gehoord. De minderjarige is tenslotte zelf geen procespartij.

We steunen erop dat het proces-verbaal aan de minderjarige moet worden voorgelezen en dat hij kan vragen om er wijzigingen in aan te brengen. Een verplichte ondertekening door de minderjarige lijkt ons minder opportuun. Misschien is het ook mogelijk om in verband met het verslag niet van een “proces-verbaal” te spreken, want het spreekrecht is geen verhoor zoals in strafzaken.

Zorgvuldigheid en opleiding

Het spreekrecht van kinderen in een procedure zal in de praktijk moeilijk tot zijn recht kunnen komen als deze wetwijziging niet gepaard gaat met de nodige investering in vorming en intervisie over de methodieken voor het horen van kinderen. Op welke manier kunnen rechters communiceren zodat kinderen zich echt gehoord voelen? Hoe gaat men om met kinderen van verschillende leeftijden? Hoe vermijdt men dat het kind zich verantwoordelijk voelt voor de genomen beslissing?

De praktijk geeft sterk uiteenlopende competenties en ervaringen aan bij de verschillende magistraten. Vorming over het horen van kinderen is dan ook aangewezen.

Bijstand advocaat/vertrouwenspersoon?

Ons inziens is bijstand van een advocaat bij het spreekrecht niet per definitie verplicht. We menen dat er hier geen bijzondere beschermingsnoodzaak is en blijven dus voorstander van een recht in plaats van een plicht op bijstand. Daarenboven kan de minderjarige zich hiervoor niet door zijn advocaat laten vertegenwoordigen, gezien de essentie van het spreekrecht juist ligt in de persoonlijke ontmoeting tussen het kind en de rechter. Omwille van het drempelverlagend effect, pleiten we wel voor het recht van de minderjarige om zich door een onafhankelijke vertrouwenspersoon te laten bijstaan. Idealiter is het ons inziens ook steeds de rechter zelf die met het kind contact heeft.

4 Zelfstandige rechtsingang¹²

4.1. Betekenis en huidige regeling

Minderjarigen zijn principieel rechtsbekwaam en kunnen titularis zijn van alle mogelijke rechten en plichten. De beperking voor minderjarigen situeert zich niet op het vlak van de rechtsbekwaamheid, maar op het vlak van de bekwaamheid tot handelen. Ze kunnen principieel geen rechtshandelingen stellen. En zijn daarnaast ook procesonbekwaam en kunnen aldus geen proceshandelingen stellen. Ze kunnen bijvoorbeeld niet zelf en zelfstandig in een rechtszaak als eiser, als verweerder of als tussenkomende partij optreden.

Nochtans is het recht op toegang tot de rechter een fundamenteel mensenrecht zoals vastgelegd in bijvoorbeeld artikel 6 van het E.V.R.M. en artikel 13 van onze Grondwet. Deze wettelijke ingreep om dit recht te beperken ten aanzien van minderjarigen wordt echter algemeen verantwoord vanuit de beschermingsidee. Omwille van hun verondersteld tekort aan onderscheidingsvermogen wil de wetgever verhinderen dat minderjarigen zelfstandig in het rechtsverkeer optreden.

Het rechtsverkeer van minderjarigen wordt daarom op een bijzondere wijze geregeld, namelijk via een vertegenwoordigingssysteem. In dit systeem hebben de volgende titularissen een vertegenwoordigingsbevoegdheid: de ouder(s), de voogd, de (pro)voogd (bij een ontzetting uit het ouderlijk gezag van beide ouders), de voogd over niet-begeleide minderjarige en de OCMW-voogd. In een aantal situaties met mogelijk ingrijpende (vermogensrechtelijke) gevolgen hebben deze titularissen een voorafgaande rechterlijke ‘machtiging’ nodig om hun vertegenwoordigingsbevoegdheid te kunnen uitoefenen.

In een rechtszaak wordt de minderjarige door een andere persoon, de “formele procespartij”, vertegenwoordigd. De ouder(s) of de voogd treden op in naam en voor rekening van de minderjarige¹³ Dit mechanisme van vertegenwoordiging is essentieel om, zij het via een tussenpersoon, enig recht op toegang tot de rechter van de minderjarige te verzekeren.

4.2. Correcties en temperingen op de principiële procesonbekwaamheid

Het traditionele systeem van procesonbekwaamheid en vertegenwoordiging kent intussen zowel in de wet als in de praktijk heel wat correcties, uitzonderingen en temperingen.

Zo voorziet de wet bijvoorbeeld in de figuur van de ontvoogding, kan een minderjarige toestemmen bij zijn of haar huwelijk, of kan een minderjarige in bepaalde gevallen een orgaan afstaan. Dagelijkse rechtshandelingen als een CD kopen, een fuifzaak huren en een spaarrekening openen zijn ook toegelaten. Minderjarigen worden ook betrokken en moeten zelf vanaf 12 jaar hun toestemming verlenen in procedures waar hun persoonlijk belang centraal staat zoals bij een erkenning of adoptie.

De rechtspraak volgde en beschouwde bepaalde vorderingen in hoofde van de minderjarige als ontvankelijk. Dit is bijvoorbeeld het geval inzake onderhoudsvorderingen, inzake betwistingen van schoolbeslissingen of inzake het recht op maatschappelijke dienstverlening.

Recent heeft ook het Arbitragehof, in antwoord op een prejudiciële vraag, geoordeeld: dat het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven het recht voor een kind omvat om te kunnen tussenkomen in en deel te nemen aan een rechtsgeding in verband met de betwisting van de beslissing van een overheid die gevolgen heeft voor zijn gezinsleven¹⁴.

Dergelijke vorderingen worden doorgaans toelaatbaar geacht gezien de strikt persoonlijke aard ervan.

Nog een ‘oplossing’ lijkt te liggen in het spreekrecht van de minderjarige of in de figuur van de voogd ad hoc.

Geen van al deze middelen zijn echter voldoende sluitend of structureel als uitweg tegen de principiële handelings- en procesonbekwaamheid.

Bij een aanstelling van een voogd ad hoc moet er bijvoorbeeld al sprake zijn van een duidelijke belangentegenstelling. Het biedt dus geen uitweg als er geen sprake is van een belangenconflict, maar van een situatie waarin de ouders nalaten om hun vertegenwoordigingsbevoegdheid uit te oefenen. Ook in de rechtsleer is er kritiek op het ontbreken van een vertegenwoordigingssysteem in geval van blijven “stilzitten” van de ouder(s)¹⁵.

Het spreekrecht biedt dan weer enkel een oplossing indien er al een procedure lopende is. Van enig initiatiefrecht voor de minderjarige is ook hier geen sprake.

4.3. Probleemsituaties in de praktijk

Ondanks deze talrijke uitzonderingen blijft de procesonbekwaamheid toch de algemene regel. Talrijke knelpunten, die ons via het ombudswerk bereiken, signaleren belangrijke lacunes in de rechtspositie van minderjarigen.

Enkele voorbeelden:

- Een 10-jarige vraagt aan de rechter om zijn verhaal te kunnen doen over de scheiding van zijn ouders. De rechter weigert. De minderjarige zelf kan niets ondernemen.
- Een 11-jarige wordt thuis mishandeld en niemand doet iets. De minderjarige kan zich niet zelf burgerlijke partij stellen.
- Een 16-jarige koopt een bromfiets met een defect. Hij zal enkel via zijn ouders tegen de verkoper kunnen optreden.
- Een 15-jarige wordt definitief uitgesloten op school, hoewel de school zich niet aan de vereiste procedure houdt. Opnieuw zullen de ouders de nodige stappen moeten zetten om dit te herstellen, indien de rechter geen zelfstandig optreden van de minderjarige aanvaardt.
- Een 16-jarige wil na de scheiding van z'n moeder contact houden met zijn stiefbroer. Om dit recht op contact af te dwingen kan hij zelf geen procedure beginnen. Ook de moeder weigert haar zoon te ondersteunen en wil geen procedure inleiden.
- Een 12-jarige wil een wijziging in de omgangsregeling die werd opgesteld toen hij nog een kleuter was. Zonder optreden van één van de ouders is dit niet mogelijk.

Steeds opnieuw stellen we vast dat minderjarigen voor het vrijwaren van hun rechten niet zelf kunnen optreden. Vanuit het beschermingsperspectief is een concept van vertegenwoordiging door de ouders niet onlogisch. Het cruciale knelpunt is dat het vertegenwoordigingssysteem op een veronderstelde harmonieuze, pedagogische vertrouwensrelatie tussen de ouder(s) en de minderjarige steunt.

De realiteit toont aan dat deze veronderstelling soms een fictie is. Als ouders hun taak als wettelijk vertegenwoordiger niet opnemen, staat de minderjarige nergens. Enkel in geval van de belangentegenstelling biedt de huidige wet de oplossing van een voogd “ad hoc”, maar bij een weigering of stilzitten van de ouder(s) is er geen oplossing. In tegenstelling tot wat de praktijk aantoont, gaat het huidige wettelijke kader uit van de veronderstelling dat ouders steeds het belang van hun kind voor ogen hebben. Dit beschermingsprincipe biedt hier onvoldoende garanties. De bestaande wetgeving biedt onvoldoende correcties op het vertegenwoordigingssysteem. De concrete oplossingen die in de rechtspraak ad hoc worden uitgewerkt en de uitzonderingen die her en der in de wet zelf worden uitgewerkt, bieden ons inziens onvoldoende rechtszekerheid.

4.4. Het oorspronkelijke ontwerp

Het ontwerp inzake eigen rechtsingang voor minderjarigen bevatte twee belangrijke principes:

- Burgerlijke partijstelling: zowel bij het stilzitten van de wettelijke vertegenwoordigers als bij strijdigheid van belangen, is de minderjarige zelf bekwam tot een burgerlijke partijstelling.
- Rechtsvordering instellen: vanaf 12 jaar (of jonger indien de minderjarige in staat is zijn mening te vormen) kan een minderjarige zelf een rechtsvordering instellen in gerechtelijke, administratieve of gerechtelijke bewarende procedures of in procedures met betrekking tot zijn persoon. Ook hier weer geldt de voorwaarde van stilzitten van de wettelijke vertegenwoordiger of in geval van een belangenconflict.

4.5. Overwegingen van het Kinderrechtencommissariaat

Het Kinderrechtencommissariaat pleit voor een verdere verfijning van hetgeen oorspronkelijk voorgesteld werd. Ook hier werden namelijk regeringsamendementen ingediend die de fundamentele onderuit haalden. Zo biedt de voogd ad hoc zoals die werd voorgesteld in het regeringsamendement¹⁶ nog steeds onvoldoende waarborgen voor minderjarigen.

In een systeem van vertegenwoordiging via een voogd ad hoc neemt de voogd de vertegenwoordiging in rechte van de ouder van de minderjarige over. Het blijft echter onduidelijk hoe deze vertegenwoordiger in rechte zich dan tot de minderjarige zou verhouden. Heeft die voogd ook een soort algemeen gezagsrecht over de minderjarige? Kan de voogd ad hoc zelf inhoudelijke beslissingen over de rechtszaak nemen, bijvoorbeeld beslissen om de gerechtelijke procedure stop te zetten? De vraag rijst dan toch waar die voogd de algemene legitimatie haalt om in het belang van de minderjarige bepaalde beslissingen te nemen. Hoe verhoudt de voogd zich tot de ouders? Is er controle op zijn functioneren? Hoe verhoudt de voogd zich tot de advocaat van de minderjarige? Zijn er kwaliteitseisen? Kan iedereen als voogd ad hoc optreden? Kan de minderjarige zelf zijn voorkeur aan de rechter voorleggen? Op deze cruciale vragen bood het amendement van de rege-

ring geen antwoord. We blijven dan ook vrezen dat de vele onduidelijkheden in deze regeling een ernstige hinderpaal zijn voor een vlotte toepassing ervan in de praktijk.

Naar onze overtuiging is het veel correcter en eenvoudiger om in geval van een belangenconflict of “stilzitten” van de ouders, de minderjarige zelf als procespartij te laten optreden en te voorzien in een professioneel uitgebouwde bijstand.

Het Kinderrechtencommissariaat blijft zich afvragen waarom het uitgesloten zou blijven dat de minderjarige zelf als procespartij zou kunnen optreden. De principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige is immers bedoeld als bescherming en niet als sanctie. Is het dan niet onlogisch om een minderjarige “ter bescherming” zijn recht op toegang tot de rechter te ontfemen als die minderjarige precies ter bescherming van zijn rechten naar de rechter wil?

Daarnaast gelooft het Kinderrechtencommissariaat ook dat duidelijke internationale bepalingen, zoals het algemeen recht op toegang tot de rechter en het spreekrecht, hier moeten doorwerken én doorwegen ten voordele van de eigen rechtstoegang van de minderjarige.

Dit standpunt over de eigen rechtsingang van minderjarigen sluit aan bij recent Nederlands onderzoek¹⁷. Op basis van verschillende argumenten van deskundigen en van minderjarigen kwam dit onderzoek tot de conclusie dat minderjarigen over een eigen rechtsingang moeten kunnen beschikken:

- Het sluit aan bij de mondige positie van jongeren in de huidige samenleving.
- De uitbreiding van de feitelijke handelingsbekwaamheid van minderjarigen moet gepaard gaan met een eigen toegang tot de rechter.
- In de huidige wetgeving is er sprake van versnippering, wat onduidelijkheid in de hand werkt. Op sommige terreinen kent de wet minderjarigen wel een eigen rechtsingang toe.

De vrees dat de toekenning van een eigen rechtsingang zal leiden tot juridisering en escalatie van familieverhoudingen werd door de ondervraagden weerlegd: als iemand een procedure start, is de situatie immers al geëscaleerd.

Op basis van het onderzoek werkte men in Nederland een model van toegang tot de rechter uit. Het Kinderrechtencommissariaat kan zich vinden in de aandacht die wordt gevraagd voor de ondersteuning van de toegang tot de rechter via laagdrempelige meldpunten waar men jongeren juridisch kan adviseren en eventueel kan doorverwijzen naar een advocaat of naar de rechter. Verder delen we ook de visie dat minderjarigen bij hun rechtsingang recht hebben op ondersteuning door gespecialiseerde advocaten of hulpverleners. Deze zullen tegelijk, indien goed opgeleid, ook het gevreesde ‘oneigenlijk’ gebruik of misbruik van de eigen rechtsingang kunnen beheersen.

5 Jeugdadvocaten

5.1. Huidige praktijk

Wanneer minderjarigen rechtsbijstand nodig hebben kunnen ze een beroep doen op een advocaat, hetzij met eigen middelen (of die van de ouders), hetzij via het systeem van kosteloze bijstand. Ze kunnen er echter niet op rekenen dat er een zekere expertise in jeugd- en kinderrechten aanwezig is¹⁸.

De balie zelf nam al initiatieven en biedt een opleiding aan voor geïnteresseerde advocaten. Toch is er van officiële ‘jeugdadvocaten’ nog steeds geen sprake.

5.2. Het oorspronkelijke ontwerp

Het recht op gespecialiseerde bijstand in een gerechtelijke procedure werd uitgewerkt in een wetsontwerp¹⁹. Het oorspronkelijke ontwerp regelde voor minderjarigen zowel het recht op bijstand van een advocaat als de professionalisering van deze bijstand.

Voor het recht op bijstand van een advocaat werd het volgende onderscheid gemaakt:

- Gerechtelijke of administratieve procedure waarin de minderjarige zelf partij is of waarin de minderjarige wordt gehoord.

De bijstand van een advocaat is de regel. Er wordt ambtshalve en automatisch een “advocaat voor minderjarigen” aangesteld, tenzij de minderjarige zelf een advocaat heeft gekozen²⁰. Ook al is wettelijk voorzien in de bijstand door een advocaat, toch is het geen verplichting: de minderjarige kan aan zijn recht op bijstand verzaken en de ambtshalve aanstelling van een advocaat voor minderjarigen weigeren²¹.

- Gerechtelijke of administratieve procedure die de minderjarige aanbelangt.

De minderjarige kan worden bijgestaan door een advocaat. Als de minderjarige zelf geen advocaat kiest, wordt op verzoek van de minderjarige, diens ouder of de rechter een “advocaat voor minderjarigen” aangesteld.

Inzake de professionalisering van de bijstand van minderjarigen bepaalde het ontwerp dat een advocaat die voor minderjarigen wordt aangesteld hiervoor gespecialiseerd moet zijn. Een advocaat voor minderjarigen zou daarvoor een specifieke opleiding moeten volgen²². Bovendien zou in elk gerechtelijk arrondissement een permanentie van advocaten voor minderjarigen worden uitgebouwd door de balie²³. De overheid zou financieel bijspringen voor zowel de realisatie van de opleidingen als voor de uitbouw van de jeugdpermanenties.

5.3. Overwegingen van het Kinderrechtencommissariaat

Opnieuw werden amendementen ingediend op het oorspronkelijke voorstel, waardoor de reikwijdte van de oorspronkelijke tekst werd teruggeschroefd.

Zo zouden onder andere de jeugdpermanenties en vorming van advocaten inzake jeugdrecht louter nog een taak van de balie blijven zonder extra financiering. Ook de specialisatie binnen de advocatuur werd zonder meer aan het initiatief van de balies overgelaten, zonder overheidsbemoediging, en moet via de deontologie worden uitgewerkt.

Omwille van de juridisch zwakke positie van de minderjarige en omwille van het ontbreken van de nodige aandacht voor de regelgeving inzake kinderen en jongeren in de reguliere rechtenopleiding, pleit het Kinderrechtencommissariaat nadrukkelijk wel voor een wettelijk kader voor de opleiding om als (erkend) jeugdadvoocaat te kunnen optreden.

Ook de Orde van Vlaamse Balies (OVB) is van deze noodzaak overtuigd.

Advocaat “défenseur”

Hoewel hierover uiteenlopende visies bestaan²⁴, wordt de rol of het mandaat van de advocaat van de minderjarige onvoldoende verduidelijkt. Toch wensen we nogmaals te benadrukken dat de kern van de rol van de advocaat ligt in het optreden als diens woordvoerder en niet in het bepalen van wat het beste is voor de minderjarige²⁵. Net zoals bij een volwassen cliënt vormt de wil van de minderjarige de leidraad van het handelen van de advocaat. We zien de rol van de advocaat als “défenseur” van de minderjarige cliënt. De advocaat verleent bijstand aan de minderjarige om te verwoorden wie hij is, wat hij wil worden, hoe hij de situatie beleeft, hoe hij de juridische interventie ziet, ...

Vrije keuze

Het blijft onduidelijk of de advocaat die de minderjarige zelf kiest, ook erkend moet zijn als “advocaat voor minderjarigen”. We zijn van mening dat bij een ambtshalve aanstelling steeds de vereiste van specialisatie moet gelden, maar een minderjarige moet buiten het systeem van ambtshalve aanstelling ook zelf eender welke advocaat kunnen kiezen. De rechter moet bij vrije keuze de onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van de andere partijen en ten opzichte van derden beoordelen.

Opleiding

In de opleiding tot specialisatie van de jeugdadvoocaat staan uiteraard de jeugdbescherming en de jeugdhulpverlening centraal, alsook de omvangrijke internationale wetgeving inzake kinderen en jongeren. We zijn van oordeel dat het opleidingspakket multidisciplinair moet worden samengesteld. Zowel recht, psychologie als pedagogie moeten aan bod komen.

Toch willen we vanuit onze praktijkervaring ook aandacht vragen voor meerdere juridische materies die in het dagelijkse leven van kinderen en jongeren vaak van groot belang zijn: onderwijsrecht, studiefinanciering, leefloon, maatschappelijke dienstverlening, asielrecht, kinderbijslag, studentenarbeid, beroepsgeheim, medisch recht, ... Wellicht is het onbegonnen werk om al deze competenties in één persoon te verenigen. We pleiten hier voor de verkenning van de mogelijkheden tot netwerking en informatieuitwisseling tussen de balies en de bestaande sociale rechtshulpactoren en eerstelijnsdiensten zoals de Kinderrechtswinkels, de OCMW's, de Centra voor Algemeen Welzijnswerk en de wetswinkels.

Vergoeding

Het ontwerp bepaalde dat het optreden van de advocaat in het kader van het recht op bijstand voor een minderjarige ten laste valt van de overheid. Minderjarigen zijn principieel onvermogen, dus lijkt overheidsfinanciering inderdaad de enige oplossing. Het moet dan ook uitgesloten zijn dat de kosten van bijstand van minderjarigen op de onderhoudsplichtige ouders kunnen teruggevorderd worden. Omwille van de mogelijke druk van ouders kan dit namelijk het recht op bijstand zelf in gevaar brengen.

Eerstelijnsondersteuning van de toegang tot de rechter

Naast ons pleidooi voor de uitbouw van een gespecialiseerde advocatuur voor jongeren willen we ook uitdrukkelijk aandacht vragen voor een complementaire sociale rechtshulp voor kinderen en jongeren. Een effectieve toegang tot de rechter of zelfs een mogelijke buitengerechtelijke afhandeling moet worden ondersteund door een netwerk van bereikbare eerstelijnsvoorzieningen waar kinderen en jongeren terecht kunnen met allerlei vragen over hun rechten en mogelijke schendingen daarvan. Bovendien pleiten we ook voor overlegplatforms waar de balies en sociale rechtshulpactoren informatie en knowhow kunnen uitwisselen.

6 Advies van het Kinderrechtencommissariaat

Het Kinderrechtencommissariaat vraagt met aandrang dat voormelde initiatieven, in hun oorspronkelijke versie en betekenis, onverwijld opnieuw op de agenda gezet worden en door de wetgever worden goedgekeurd.

6.1. Spreekrecht

- We steunen de oproepingsplicht vanaf 12 jaar, maar vragen voldoende aandacht voor de toegang tot het spreekrecht voor kinderen jonger dan 12 jaar. Zeker wanneer zij zelf het initiatief nemen, moeten zij gehoord worden.
- Een beperking van het toepassingsgebied van de oproepingsplicht tot procedures rond het ouderlijk gezag is in strijd met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.
- Er is nood aan duidelijke communicatie naar kinderen en jongeren over wat het spreekrecht inhoudt en over wat de rechter met hun verhaal doet.
- We dringen aan op onderzoek naar de mogelijkheden en moeilijkheden in de praktijktoepassing van het spreekrecht.
- We vragen aandacht voor zorgvuldige verslaggeving en voor het correct informeren van de minderjarige hierover.

- We vragen dat geïnvesteerd wordt in vorming en intervisie over methodieken voor het horen van kinderen en jongeren in gerechtelijke procedures.
- We zijn geen voorstander van een verplichte bijstand van een advocaat bij het spreekrecht en vinden het behoud van de vertrouwenspersoon, indien de minderjarige dat wil, essentieel.

6.2. Zelfstandige rechtsingang

- We menen dat een eigen rechtsingang voor minderjarigen aansluit bij hun mondige positie in de samenleving en de juridische positie van minderjarigen versterkt.
- De principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige is bedoeld als bescherming, en niet als sanctie. We bepleiten dat de minderjarige zelf als procespartij kan optreden, zoals voorzien in het oorspronkelijke wetsontwerp.
- We zijn geen voorstander van een uitbreiding van het huidige systeem van de voogd ad hoc omwille van de dubbelzinnige positie van deze voogd ten aanzien van de minderjarige. We vrezen dat de onduidelijkheden over de positie van de voogd ten aanzien van de minderjarige een ernstige hinderpaal zijn voor een vlotte toepassing ervan in de praktijk.

6.3. Jeugdadvocaten

- Net zoals bij een volwassen cliënt vormt de wil van de minderjarige de leidraad van het handelen van de advocaat. We zien de advocaat als “défenseur” van de minderjarige cliënt.
- We pleiten voor de uitbouw van een wettelijk kader voor de opleiding tot jeugdadvocaat. Het opleidingspakket moet multidisciplinair worden samengesteld: zowel recht, psychologie en pedagogie moeten aan bod komen. We vragen ook aandacht voor juridische materies die in het dagelijkse leven van kinderen en jongeren vaak van groot belang zijn zoals onderwijsrecht, studiefinanciering, leefloon, maatschappelijke dienstverlening, asielrecht, kinderbijslag, studentenarbeid, beroepsgeheim, medisch recht, ...
- We beklemtonen dat een effectieve toegang tot de rechter moet worden ondersteund door een netwerk van bereikbare eerstelijnsvoorzieningen waar kinderen en jongeren terecht kunnen met allerlei vragen over hun rechten en mogelijke schendingen daarvan. Een eerste adviesverlening zou ook door dit netwerk moeten geboden worden.

Eindnoten

- 1** Wetsontwerp tot wijziging van verschillende bepalingen over het recht van minderjarigen om door de rechter te worden gehoord, *Parl.St. Kamer 2003-2004*, nr. 634/1. Wetsontwerp betreffende het recht van minderjarigen op toegang tot de rechter, *Parl.St. Kamer 2003-2004*, nr. 643/1. Wetsontwerp tot instelling van advocaten voor minderjarigen, *Parl.St. Kamer 2003-2004*, nr. 644/1. Reeds twee legislaturen terug werden de voorstellen door de senaat goedgekeurd; de Kamer gaf er echter geen gevolg aan. In de vorige legislatuur werden ze wel uit de caduciteit ontheven, maar toch volgde er geen goedkeuring. Bovendien werden op de oorspronkelijke voorstellen regeringsamendementen ingediend.
- Zie: KINDERRECHTENCOMMISSARIAAT, *Jaarverslag 2003-2004*, Brussel, Kinderrechtencommissariaat, 2004, p. 148 en KINDERRECHTENCOMMISSARIAAT, *Jaarverslag 2004-2005*, Brussel, Kinderrechtencommissariaat, 2005, p. 129.
- 2** De bijdrage van de Kinderrechtencommissaris is te vinden in het verslag van de hoorzitting (DOC 51 0634/000, bijlage 2). Dit stuk werd echter niet gepubliceerd gezien de ontwerpen uiteindelijk niet goedgekeurd werden.
- 3** "The Committee welcomes the information provided by the State party on draft laws concerning the rights of the child, including with respect to adoption, guardianship for unaccompanied minors, access to courts and guarantees of due process. The Committee recommends that the State party:
- (a) Rigorously review these laws and ensure that they and other laws concerning children, as well as administrative regulations, are rights-based and conform to international human rights standards, including the Convention; (b) Ensure that adequate provision is made for their effective implementation, including budgetary allocation; (c) *Ensure their speedy promulgation.*" Slotbeschuivingen van het Comité voor de Rechten van het Kind naar aanleiding van de bespreking van het tweede Belgische rapport, 7 juni 2002 (CRC/C/15/Add.178, par.8-9). Zie voor een officieuze vertaling: *Kinderrechtengids*, Deel II, 2.1, B, p. 122.
- 4** ROBERT, T., "De (on)bekwaamheid van de minderjarige voor de rechter" in VERHELLEN, E. (ed.), *Kinderrechtengids*, Gent, Mys & Breesch, Deel 1-1.1, 2003, p. 22-23.
- 5** Dit was een informele werkgroep van juristen, psychologen en pedagogen die zich bogen over de aangekondigde wijziging van art 931 Ger. Wb. Naast een publicatie werd door de werkgroep ook een vorming voor magistraten op poten gezet in 1996-1997. Voor meer info, zie C. MAES, L. STAPPERS, BOUTELIGIER, L., D. DEGRANDE en J. VAN GILS, (red): *Mogen wij nu iets zeggen? Over kinderen, echtscheiding en hun recht om gehoord te worden*, Brugge, Die Keure, 1996.
- 6** VANDAELE, A., Directe werking van en capita selecta uit het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, in VERHELLEN, E. (ed.) *Kinderrechtengids*, Mys en Breesch, Gent, deel 1- 1.1., 2003, p. 19-21.
- 7** DE KEZEL, E., Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?, *T.J.K.*, 2002/2, p. 54-57 en verwijzingen.
- 8** "With respect to court or administrative proceedings affecting the child, the Committee is concerned that the right to be heard is largely discretionary under article 931 of the Judicial Code, and is not adequately guaranteed to the child. The Committee welcomes the information concerning a draft law in this regard." (CRC/C/15/Add 178, par 21)
- 9** Wetsontwerp tot wijziging van verschillende bepalingen over het recht van minderjarigen om door de rechter te worden gehoord, *Parl.St. Kamer 2003-2004*, nr.634/1.
- 10** Wetsontwerp tot wijziging van verschillende bepalingen over het recht van minderjarigen om door de rechter te worden gehoord, *Parl.St. Kamer 2003-2004*, nr.634/4. We verwijzen hier naar de amendementen 2 t.e.m 12.
- 11** Bij wijze van voorbeeld verwijzen we hier naar de informatiefolder "tZitemzo Als je gehoord wordt door de rechter" van de Kinderrechtswinkel. Zie: www.kinderechtswinkel.be.
- 12** Voor een algemene en gedetailleerde behandeling van deze materie verwijzen we onder meer naar: VERVOORT, I., "De procespositie van de minderjarige: onbekwaam dus (on)beschermd", *Jura Falc.* 1999-2000, afl.1, 40; DE KEZEL, E., "De procesbekwaamheid van de minderjarige", *T.J.K.*, 2001, p. 51-61; ROBERT, T., "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN, *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 37-72.
- 13** De "materiële" procespartij is de partij over wiens rechten/verbintenissen het rechtsgeding gaat en in wiens rechtssfeer de rechterlijke beslissing zal ingrijpen. De "formele" procespartij is de partij die voor de rechter staat, die de eis instelt of het verweer voert. ROBERT, T., o.c., p. 44.
- 14** Arrest nr. 27/2006 van 1 maart 2006. Zie: www.arbitrage.be.
- 15** Zie ROBERT, T., o.c., p. 38.
- 16** *Parl.St.* 2003-2004, nr. 643/3.
- 17** STEKETEE, M.J., OVERGAAG, A.M., LUNNEMAN, K.D., *Minderjarigen als procespartij? Een onderzoek naar de bijzondere curator en een formele rechtsingang voor minderjarige*, oktober 2003. Zie www.verwey-jonker.nl.
- 18** Elke rechtzoekende kan bij de balie advocaten zoeken naargelang een bepaalde voorkeurmaterie. In tegenstelling tot bijvoorbeeld 'rechten van de mens' is 'kinderrechten' geen voorkeurmaterie.
- 19** Wetsontwerp tot instelling van advocaten voor minderjarigen, *Parl.St. Kamer 2003-2004*, nr. 644/1.
- 20** Deze gekozen advocaat vraagt dan om door de stafhouder of het bureau voor juridische bijstand te worden aangesteld. Het blijft onduidelijk of deze zelf gekozen advocaat ook erkend moet zijn als "advocaat voor minderjarigen".
- 21** Dit recht om de bijstand te weigeren wordt verantwoord vanuit het feit dat men van het algemene recht op bijstand geen plicht wil maken. Dit neemt niet weg dat in sommige gerechtelijke procedures, zoals bijvoorbeeld in het kader van de jeugdbescherming, de bijstand van een advocaat wel verplicht blijft. Vanuit het beschermingsoogpunt wordt verplichte bijstand uitzonderlijk wel zinvol geacht.
- 22** De Orde van Vlaamse Balies heeft niet op de effectieve realisatie van dit nieuwe wettelijke kader gewacht en is intussen met deze opleiding van start gegaan. Het opleidingspakket telt 80 lessen en het wordt verzorgd in samenwerking met universiteiten en hogescholen.
- 23** In sommige gerechtelijke arrondissementen bestaat er al geruime tijd een jeugdpermanentie. Voor een bespreking van deze praktijk, zie VAN DER MUSSELE, E., "Advocaten voor minderjarigen: stand van zaken" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (Ed.) *Procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006,1-36.
- 24** Voor een uitvoerige bespreking, zie VANDORPE, J., "De rol van de jeugdadvocaat: een pedagogische benadering", *T.J.K.*, 2004, nr. 3, p.156-158.
- 25** Die zorg ligt bij anderen, nl. bij het openbaar ministerie en de jeugdrechter.

Scheidingswetgeving & omgangsregelingen

met oog voor de rechten van minderjarigen



1 Situering

In de legislatuur 2003-2007 werd het wetgevend kader rond scheiding sterk gewijzigd door zowel de nieuwe wet op het 'verblijfsco-ouderschap'¹ als door een vernieuwde echtscheidingswet².

Het Kinderrechtencommissariaat werd naar aanleiding daarvan telkens gehoord in de subcommissie familierecht en bracht daar zijn adviezen naar voor³.

Ook bij het Kinderrechtencommissariaat staat het thema van scheiding al geruime tijd op de agenda. Minderjarigen blijven immers jaar na jaar klagen bij onze ombudsdienst over dit thema. In de loop van 2005-2006 voerden we een belevingsonderzoek uit bij kinderen van gescheiden ouders en maakten we een beleidsdossier 'Kinderen en scheiding'⁴.

Nog steeds worden er in 2007 een aantal zaken voor minderjarigen niet of onvoldoende geregeld. Het Kinderrechtencommissariaat dringt erop aan om hier dringend werk van te maken.

2 Het internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

Zowel het huwelijk als de ontbinding ervan zijn in essentie beslissingen die volwassenen kunnen en mogen nemen in de sfeer van hun privé-leven. Van zodra daar echter kinderen bij betrokken zijn, is het de plicht van de overheid om enig toezicht te houden op de belangen en rechten van de minderjarigen. Verschillende bepalingen in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind zijn bijzonder relevant als het gaat om de positie van kinderen bij scheiding.

— Artikel 3: Het belang van het kind

Alle acties met betrekking tot het kind dienen ten volle rekening te houden met zijn of haar belang. Ook het beleid dient dit artikel ter harte te nemen wanneer ze wetgeving maakt die een weerslag heeft op het leven van kinderen. Dit is bij uitstek het geval met scheidingswetgeving. De Staat is verplicht adequate zorgen te verlenen wanneer ouders of andere verantwoordelijken ter zake in gebreke blijven.

— Artikel 5 en 18: De leiding door ouders en de groeiende capaciteiten van het kind

De overheid wordt door het Verdrag verplicht respect te tonen voor de rechten en verantwoordelijkheden van ouders om het kind op te voeden en leiding te geven overeenkomstig zijn of haar groeiende capaciteiten. De ouders zijn namelijk de eerste opvoedingsverantwoordelijken. Wetgeving dient het kader te scheppen

waarin ouders zelf deze verantwoordelijkheid kunnen opnemen, en moet waar nodig voorzien in degelijke ondersteuning.

— Artikel 9: Van de ouders gescheiden worden en recht op contact

Het kind heeft het recht om met zijn of haar ouders samen te leven, tenzij geoordeeld wordt in overeenstemming met de toepasselijke procedures dat dit onverenigbaar is met zijn of haar belang. Wanneer het samenleven met beide ouders niet langer mogelijk of aangewezen is, moeten aan deze procedures alle partijen kunnen deelnemen. Het kind heeft daarbij ook het recht om contact te onderhouden met beide ouders⁵, tenzij dit opnieuw tegen zijn of haar belang zou indruisen. Naast artikel 12 (het algemeen inspraakrecht, zie hierna) wordt hier dus nadrukkelijk melding gemaakt van het recht van kinderen om ook specifiek in scheidingsituaties hun verhaal in te brengen.

Merk op dat het Verdrag een recht op contact toekent aan de minderjarige zelf. In ons rechtssysteem blijft dit recht echter voorbehouden aan de ouders, de kinderen zelf kunnen dit niet afdwingen. Ook grootouders en derden die een affectieve band met het kind kunnen aantonen, kunnen een recht op contact bekomen.

— Artikel 12: De mening van het kind

Het kind heeft het recht om zijn of haar mening te kennen te geven in elke aanleggenheid of procedure die het kind betreft. Met deze mening moet rekening gehouden worden, er dient passend belang aan gehecht te worden rekening houdend met de maturiteit van het kind.

3 Overwegingen van het Kinderrechtencommissariaat

3.1. Scheiding: een realiteit voor kinderen en jongeren

Steeds meer kinderen krijgen met een scheiding te maken. Het gebeurt in hun vriendenkring, in hun familie, bij een klasgenoot... Ongeveer 1 op 4 minderjarigen in Vlaanderen maakt thuis een (echt)scheiding mee⁶.

Een scheiding is geen op zichzelf staande gebeurtenis of een op zichzelf staand breukmoment. Een scheiding is een blijvend proces waar ouders én kinderen in hun toekomstige dagelijkse leven mee verder moeten. Het is een proces dat niet begint of stopt bij de effectieve beslissingen. Er is de spanningsperiode vooraf, de beslissingsfase, de fysieke scheiding, de psychische scheiding, de herstructurering, het opbouwen van een nieuw leven. Kinderen construeren het verloop van dit scheidingsproces ook mee. Zij zijn namelijk ook 'betekenisgevers' aan al hetgeen er in het gezin gebeurt.

Kinderen en ouders ervaren scherp hoe een scheidingsgebeurtenis het relationele netwerk door mekaar haalt, hoe het hun levenslandschap herschikt en welke impact de scheiding op hun dagelijkse leven heeft.

Van bij het begin van het (scheidings)proces zitten kinderen met allerlei vragen en twijfels. Hoe zal de toekomst er uit zien? Komt er een nieuwe partner? Zullen mijn ouders me nog even graag zien in de toekomst? Wie zal er voor mij zorgen? Wie zal mijn rapport tekenen? ...

Naast deze emotionele en psychologische elementen zijn er bij het uit elkaar gaan van ouders ook heel wat juridische consequenties. Juridisch zijn enkel ouders de scheidende partijen. Toch werken de juridische implicaties van de scheiding ook sterk door op de kinderen, op hun situatie, hun kansen en hun mogelijkheden nu en in de toekomst.

Sinds de start van het Kinderrechtencommissariaat wijzen de concrete ombudsgegevens op de grote impact van een scheiding op het leven van kinderen, ouders en andere betrokkenen. Het hoge aantal concrete vragen en klachten drukt ons met de neus op de feiten. Ook het beleid kan hier niet langer onverschillig voor blijven. Wanneer er gesleuteld wordt aan het regelgevend kader inzake scheiding dienen de rechten en belangen van de betrokken minderjarigen mee onder de aandacht te komen. Dit was tot nu toe niet steeds het geval. Ook de nieuwe wetten komen hier onvoldoende aan tegemoet.

3.2. Waar zijn de belangen van kinderen in een scheidingscontext?⁷

Doorgaans gaat het burgerlijk recht in op (rechts)verhoudingen tussen volwassenen, rechts- en handelingsbekwame personen. Ook in de voorstellen en ontwerpen inzake scheidingswetgeving was dit het geval. Dat is op het eerste gezicht ook logisch omdat het gaat over feiten en procedures van de gehuwden. Het Kinderrechtencommissariaat brengt hierbij de positie van de kinderen onder de aandacht en geeft aan waar de wetgever op moet letten in hun belang.

Conflictbeheersing

We weten intussen dat niet zozeer de scheiding op zich, maar vooral het conflictgehalte ervan schadelijk inwerkt op het welbevinden en de ontwikkeling van kinderen⁸.

Wetgeving dient hier in eerste instantie de conflictbeheersende aanpak te valoriseren en vast te leggen. Op die manier groeien kansen om ouderschap op een betekenisvolle wijze te blijven invullen na de scheiding in het belang van de kinderen. Waar ouders nog kunnen stellen dat zij na een scheidingsconflict zonder elkaar verder kunnen, is dit voor kinderen veel moeilijker. Zij raken nooit los van hun ouders en willen dat doorgaans ook niet. Wetgeving moet er voor kunnen instaan dat kinderen niet, of zo weinig mogelijk geklemd raken in het conflict tussen hun ouders.

Het opnemen van een verwijzing naar bemiddeling, ook in familiezaken, en het behoud van de E.O.T. (Echtscheiding door Onderlinge Toestemming), zoals die nu bestaat en zeer vaak gebruikt wordt, is dan ook positief.

Met de nieuwe echtscheidingswet werd naast de E.O.T., ook de Echtscheiding op grond van Onherstelbare Ontwrichting (E.O.O.) ingevoerd. Daarbij kunnen de ex-partners nog makkelijker en sneller uit elkaar gaan en wordt het schuldprin-

cipe grotendeels verlaten⁹. Dit laatste element biedt zeker kansen tot conflictverlaging. Toch moeten we waakzaam blijven. De mogelijkheid om eerst enkel de scheiding vast te leggen bij deelakkoord en later pas andere zaken te gaan regelen – zoals verblijf en omgang met de kinderen, verdeling van de boedel en het huis... – kan de deur opnieuw open zetten voor sluimerend conflictmateriaal. Waar men bij een E.O.T. alle gevolgen van de scheiding voorafgaand aan de procedure moet regelen, kan men binnen de E.O.O.-procedure bepaalde knelpunten (zoals bijvoorbeeld het verblijf van de kinderen) nog doorschuiven naar de voorzitter in kortgeding.

Hierdoor kan de snellere en schijnbaar ‘makkelijker’ E.O.O.-procedure als neven-effect hebben dat veel minder mensen de inspanningen voor een goed onderhandelde E.O.T. nog zullen willen leveren, met alle mogelijk nefaste gevolgen naar de conflicthantering.

Onze eis voor de invoering van een verplichte kennismaking met bemiddeling werd tot op heden niet opgevolgd. Nochtans is alles voor handen om deze verplichte kennismaking in te voeren. Het wettelijke kader werd gecreëerd voor bemiddeling¹⁰ en er werd tevens voorzien in een campagne voor de promotie ervan. Toch blijft men relatief weinig gebruik maken van de bemiddeling, zeker wanneer we dit bekijken in verhouding tot het hoge aantal echtscheidingen. Door het invoeren van de verplichte kennismaking met bemiddeling zouden er veel meer mensen op de hoogte zijn van dit aanbod en genieten van de preventieve waarde.

Volgens de nieuwe wet moet de rechter partijen enkel informeren over bemiddeling en kan hij hen naar een bemiddelaar verwijzen.

We blijven aandringen om dit verplicht te maken en tegelijk de nodige kwaliteitsgaranties voor de bemiddeling zelf in te bouwen. Het succes van de bemiddeling hangt immers af van de kwaliteit ervan. De specifieke knowhow en plaats van diverse beroepsgroepen moet in de regeling inzake erkenning en opleiding gehonoreerd kunnen worden. Kwalitatieve bemiddeling vereist bovendien multidisciplinariteit. We vragen dat samenwerking tussen verschillende competenties wordt gestimuleerd. In de opleiding van de bemiddelaars moeten ook de positie en de ervaringen van kinderen aan bod komen¹¹.

Blijvend contact met beide ouders

Het kind heeft er alle belang bij om ook na een scheiding een betekenisvolle relatie met de beide ouders te kunnen behouden, tenminste zolang daar geen tegenindicaties voor zijn (bvb. in geval van mishandeling). Dit ligt als recht vervat in artikel 9 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, alsook in artikel 8 van het EVRM. Over de modaliteiten en concrete afspraken omtrent dit contact kunnen moeilijk vaste regels gehanteerd worden. Elk gezin is anders en elke scheiding werkt op zijn eigen manier in op alle betrokkenen. Er moet ook rekening gehouden worden met de feitelijke levensomstandigheden. Het recht kan en moet minstens voorzien in de mogelijkheid op een voortzetting van de persoonlijke relatie van het kind met de beide ouders¹². Respect voor de inbreng van het kind zelf is hierbij onontbeerlijk.

Het Kinderrechtencommissariaat stelde in zijn advies onder meer de inhoudelijke en juridische meerwaarde¹³ van de nieuwe wet inzake het verblijfsco-ouderschap¹⁴ in vraag, maar daar werd verder geen gevolg aan gegeven. In de nieuwe

wet werd uiteindelijk de voorkeur verleend aan die regelingen die door de ouders zelf worden uitgewerkt, hetgeen positief is¹⁵. Wat ons zorgen blijft baren bij de nieuwe wet is de verruiming van de mogelijkheden tot een gedwongen uitvoering van de verblijfsregeling.

Hoewel het bestaande juridische instrumentarium (strafrechterlijke vervolging, eventueel opleggen van een dwangsom, dwanguitvoering) inderdaad allesbehalve adequaat is, moeten we durven erkennen dat het recht niet alles kan regelen. Het recht, en zeker het strafrecht, kan in dergelijke gevallen de ouderlijke conflicten niet oplossen. Als het strafrecht tussenkomt om een recht af te dwingen, blijft de onderliggende relationele problematiek onaangeroerd of wordt het conflictgehalte zelfs nog verhoogd.

Het recht zou de betrokkenen steeds opnieuw naar disciplines en fora moeten leiden waar aan een overleg, aan bemiddeling tussen de ouders gewerkt kan worden. Dat is uiteindelijk het enige dat ook op lange termijn in het belang van de kinderen is. Het is ons inziens ook dat belang dat moet primeren, zoals bepaald in artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

In 1989, nog vooraleer het Verdrag hier van kracht was, schreef C. Maes: “Wanneer minderjarigen in een gerechtelijke procedure tussen volwassenen als objecten (dreigen te) worden misbruikt, komt het de rechter toe hun hoger en niet objectief verdedigd belang als persoon, als subject van rechten, boven de belangenconflicten van de gedingvoerende partijen te stellen.”¹⁶

Dwang, onder welke vorm ook, is nooit in het belang van de minderjarige. Het opnieuw toekennen van een dwingende rol aan een deurwaarder is aldus niet aangewezen.

Ook elke vorm van fysieke dwang op een kind is ontoelaatbaar. Verbintenissen afdwingen door fysieke dwang betekent een inbreuk op de fysieke integriteit¹⁷. Bovendien is het kind hier niet eens schuldenaar van de verbintenis.

Nog delicaat is de vraag of kinderen manu militari gedwongen kunnen worden wanneer zij zich verzetten tegen de uitvoering van de regeling. Een veto van het kind is hier wel degelijk mogelijk wanneer vaststaat dat het zijn of haar eigen wil is. Reeds in 1987 stelde de Procureur-generaal te Gent¹⁸: “...Uitvoering tegen een kind is niet enkel wettelijk, doch psychologisch en kind-emanipatorisch te vermijden.”. Ook De Leval gaf daar aan dat elke vorm van geweld onverenigbaar is met het belang van het kind¹⁹.

Zowel de deurwaarders, als het Hof van Cassatie hadden eerder al dit standpunt ingenomen²⁰. De deurwaarder stelde de weigering enkel vast zonder meer en oefende geen dwang uit op de minderjarige.

We hopen dat dit ook de aangehouden lijn in de praktijk blijft, ook al zet de nieuwe wetgeving de deur enigszins opnieuw open. Meer zekerheid wordt geboden door de deur opnieuw te sluiten en de mogelijkheid van dwanguitvoering op het kind uit de wet te halen.

Respect voor de betrokkenheid en de mening van het kind

Kinderen hebben het recht om doorheen het hele scheidingsgebeuren hun stem te laten horen, hun verhaal te kunnen doen. Dit kan hetzij thuis in overleg met hun ouders, hetzij tijdens het bemiddelingsproces. Indien nodig, moeten ze dit recht ook kunnen uitoefenen voor de rechtbank. Dit ligt vast in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind zowel in artikel 12 als in artikel 9.2, waarin respectievelijk een algemeen en een specifiek spreekrecht wordt omschreven.

In concreto wordt dit wisselend ingevuld naargelang het oordeel van de rechter, de leeftijd van het kind, of naargelang de eigen wens om al of niet iets in te brengen in het scheidingsverloop. Wat overheerst is hun nood aan erkenning en het gevoel ernstig genomen te worden. Idealiter zou het niet nodig moeten zijn voor een kind om pas in de gerechtelijke fase aan het woord te komen. Kinderen verwachten terecht dat hun belangen door hun ouders reeds van in het begin ter harte genomen worden en dat hun ouders regelingen zullen treffen die tegemoet komen aan hun behoeften. Helaas toont de praktijk vaak ook een ander beeld: ouders zijn soms zo verwickeld in hun eigen strijd en eigen gevoelens dat het niet mogelijk is om de belangen van hun kinderen terdege te behartigen. Daarom moet het mogelijk zijn dat het kind gehoord kan worden, hetzij reeds bij de bemiddeling, hetzij door de rechter en in elk geval wanneer het kind er zelf om verzoekt.

Al jaren melden kinderen ons dezelfde knelpunten rond scheiding:

- er is gebrek aan informatie of ze krijgen vaak foute informatie,
- er is gebrek aan overleg, zowel tussen henzelf en hun ouders als tussen hun ouders onderling,
- ze worden niet of te laat betrokken bij alles wat er gaat gebeuren,
- ze worden niet of onvoldoende ingelicht over hoe hun concrete leefsituatie eruit zal gaan zien,
- ze hebben te lijden onder de negatieve sfeer tussen de ouders,
- veiligheden, zekerheid en gekende rituelen vallen weg,
- familiebanden vallen weg of worden bemoeilijkt,
- er is een gebrek aan opvang en steun,
- ze ervaren een gebrek aan flexibiliteit van de vastgestelde regeling,
- ze kunnen zelf niets ondernemen om de vastgelegde omgangsregeling in vraag te stellen of te veranderen.

Algemeen stellen we vast dat de bekommernissen van kinderen en jongeren niet aan de basis van de voorgestelde wetswijziging lagen. De wet ondersteunt vooral de bekommernissen en de belangen van de volwassenen die bij een scheiding betrokken zijn.

Een eigen rechtspositie en de mogelijkheid om zelfstandig te kunnen handelen

Kinderen zijn juridisch steeds de zwakste partij. Ze hebben dan wel rechten op papier, maar de uitoefening ervan geeft vaak problemen. Gezien de impact van de scheiding op het welbevinden van kinderen en gezien het feit dat de gevolgen ervan de kinderen raken in hun verdere leven, is een doorgedreven respect voor hun rechten en belangen in deze materie een absolute noodzaak. Daarbij moeten zij alle mogelijke ondersteuning krijgen, zeker wanneer anderen niet of onvoldoende voor hun rechten opkomen.

We denken hierbij vooral aan de versterking van het spreekrecht, de bijstand door jeugdadvocaten en de eigen rechtstoegang²¹.

Dit zou de minderjarige in deze context van scheiding, ook de mogelijkheid geven om het recht op omgang en persoonlijk contact zelf af te dwingen. Dit is nu een enorme lacune in de Belgische wet, want het is enkel voorzien als een recht in hoofde van de volwassene.

4 Advies van het Kinderrechtencommissariaat

In het kader van een nieuwe scheidings- en omgangswetgeving vraagt het Kinderrechtencommissariaat met aandrang om meer rekening te houden met het belang van het kind door:

- Het inschrijven van een verplichte kennismaking met bemiddeling in de echtscheidingsprocedure. Erken ouders in hun verantwoordelijkheden en ondersteun ze bij de wijze waarop zij zelf hun scheiding willen en kunnen regelen zodat ook rekening gehouden wordt met het belang van het kind. Een eenvoudig toevoegen van een attest van een erkend bemiddelaar bij de stukken, kan reeds voldoende zijn.
- Een versterking van de rechtspositie van de minderjarige: verbeter het spreekrecht, maak een degelijke regeling voor jeugdadvocaten en creëer een eigen rechtsingang voor minderjarigen.
- Het inbouwen van garanties rond de contactmogelijkheid vanuit de minderjarige zelf met beide ouders, zowel binnen de bemiddeling als binnen de gerechtelijke procedure.
- De mogelijkheid tot gedwongen afgifte van het kind verwijderen uit de wet. Niet enkel omwille van de nefaste gevolgen voor het welzijn van het kind, maar ook omdat het kind daar geen verplichtingen heeft in eigen hoofde, die van hem of haar afgedwongen kunnen worden.

Eindnoten

- 1** Wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind (*B.S.* 4 september 2006).
- 2** De nieuwe echtscheidingswet werd op 12 april 2007 in de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurd en zal op 1 september 2007 in werking treden.
- 3** Advies inzake de nieuwe echtscheidingswet (2005-2006/07) en advies inzake het verblijfsco-ouderschap (2004-2005/05).
Zie: www.kinderrechten.be (klik op 'documenten' en vervolgens op 'beleidsadviezen' en op 'gezin')
- 4** Zie: www.kinderrechten.be (klik op 'ouder dan 18' en vervolgens op 'actie rechten thuis'). In het dossier - KINDERRECHTENCOMMISSARIAAT, '*Kinderen en scheiding*', Kinderrechtencommissariaat, Brussel, 2005, 80 p. - gaan we ook in op elementen die we in dit advies niet aanhalen, zoals bijvoorbeeld het onderhoudsgeld, de wenselijkheid van een familierechtbank enz.
- 5** Dit in 1950 ook voor minderjarigen reeds omschreven in het E.V.R.M., art. 8 en in 1966 in het verdrag Burgerlijke en Politieke Rechten, art. 17 en 23 (recht op gezins- en privéleven).
- 6** Zie ook VETTENBURG, N., ELCHARDUS, M. en WALGRAVE, L. (red), *Jongeren in cijfers en letters. Bevindingen uit de JOP monitor 1*, Leuven, Lannoo Campus, 2007, p. 31-32.
- 7** Zeker in het familierecht dient rekening gehouden te worden met artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, waarin gesteld wordt dat het belang van het kind voorop moet staan.
- 8** Zie ook wat kinderen zelf daarover zeggen in een belevingsonderzoek van Prof. Dr. A. BUYASSE en L. ACKAERT, te raadplegen op www.kinderrechten.be (Klik op 'Je bent ouder dan 18' en vervolgens op 'Colloquium Ouderschapsbemiddeling').
- 9** Het 'fout'begrip speelt enkel nog een rol voor een eventuele versnelling van de procedure en de bepaling van onderhoudsgeld tussen de ex-partners.
- 10** Wet inzake de bemiddeling van 21 februari 2005. Zie ook info op <http://www.bemiddeling-justitie.be/> en http://www.just.fgov.be/cgi_justice/publications/show_pdf.pl?id=163
- 11** Zie ook STEUNPUNT ALGEMEEN WELZIJNSWERK, *Adviesnota Scheidingsbemiddeling en algemeen welzijnswerk*, Berchem, maart, 2007, p.2.
- 12** Zie ook onze eerdere adviezen hierover en onze bijdrage op de hoorzitting rond de problematiek van het omgangsrecht tussen ouders en kinderen, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr.1673/014.
- 13** Co-ouderschap in alle mogelijke modaliteiten was al wettelijke principe sinds 13 april 1995. Ook de feitelijke bilocatie, de gelijkmatig verdeelde huisvesting, was daaronder perfect mogelijk en wordt trouwens met toenemende frequentie ook toegepast.
- 14** Wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind (*B.S.*, 4 sept. 2006).
- 15** "De beste verblijfsregeling is de regeling waarover ouders een akkoord hebben. Kinderen hebben behoefte aan ouders die samenwerken en veiligheid bieden." (Hoorzitting Subcommissie Familierecht Kamer, februari 2005).
- 16** MAES, C., Een eugenetische benadering van het zogenaamde bezoekrecht, in *Panopticon*, 1989, p. 172.
- 17** MAES, C., o.c., p. 168-177.
- 18** Geciteerd in TAELEMAN, P., Reële executie, in DIRIX, E. en TAELEMAN, P., *Beslag en executierecht. Naar een collectief beslagrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 261-262.
- 19** Geciteerd in TAELEMAN, P., o.c., p. 261-262.
- 20** SENAËVE, P., *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1995, p. 214-216 en verwijzingen. TAELEMAN, P. o.c., p. 258-266 en verwijzingen.
- 21** Zie ook advies 1.

Een humaan en correct

asielbeleid

voor minderjarigen

IK BEN DE ONDERWIJZER,
HIJ IS DE UITWIJZER...



1 Inleiding

Vreemdelingen en asielzoekers staan al jaren hoog op de politieke agenda. Telkens zoekt het beleid naar een evenwicht tussen respect voor fundamentele mensenrechten, uitvoering van specifieke internationale normen inzake asiel, controle en beheersing van migratiestromen en illegaliteit, bewaking van grenzen, behoud van de draagkracht van de interne sociale zekerheid en dergelijke. Dit is allesbehalve een eenvoudige opdracht.

Het Kinderrechtencommissariaat wil ook op dit beleidsdomein de rechten en belangen van minderjarigen bewaken. Minderjarigen die hier met hun ouders toekomen, worden te vaak als accessoires van hun ouders beschouwd. Ze worden te zelden afzonderlijk behandeld. Automatisch volgen ze het statuut van hun ouders, ook al hebben hun rechten en belangen soms een andere invulling nodig.

Minderjarigen die hier zonder ouder(s) toekomen, krijgen wel bijzondere aandacht en genieten sinds enkele jaren van begeleiding en bijstand door een voogd.

Aan het eind van de vorige legislatuur voerde de federale wetgever ingrijpende wijzigingen door. Zowel op het vlak van de asielprocedure als op het vlak van opvang werd er nieuwe wetgeving gestemd. Het is te vroeg om een inschatting te maken van de kwaliteit van de nieuwe regels of van de effecten ervan. Toch lichten we in dit advies enkele belangrijke aandachtspunten toe, die we in ons kort Memorandum aankaartte.

In het najaar presenteren we een dossier waarbij we het volledige asielverloop (procedure, begeleiding, opvang, onderwijs, detentie, ...) van deze minderjarigen belichten en kritisch analyseren. We kiezen er bewust voor om niet te spreken van 'illegalen'. Mensen kunnen niet illegaal zijn. Het zijn mensen die niet de nodige papieren hebben om op een legale manier in ons land te verblijven.

2 Overwegingen van het Kinderrechtencommissariaat

2.1. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind – een mondiaal juridisch bindende norm – verankert, institutionaliseert en vertaalt de fundamentele rechten naar minderjarigen toe. Het is een omvattend verdrag waarin burgerlijke, politieke, sociale, economische en culturele rechten een plaats hebben. Daarnaast bevat het Verdrag ook enkele zogenaamde 'preferentiële' rechten voor specifieke groepen minderjarigen. Zo focussen bepaalde artikelen op kinderen met een handicap, kinderen van minderheden, en ook op kinderen in de asielcontext. Deze minderjarigen verdienen bijzondere aandacht. De bedoeling van deze meer specifieke bepalingen is om in een extra (rechts)bescherming te voorzien, zonder afbreuk te doen aan de rechten die elke minderjarige toekomen op basis van dit verdrag.

Artikel 22 luidt als volgt:

‘De Verdragsluitende Staten nemen passende maatregelen om te waarborgen dat een kind dat de vluchtelingenstatus wil verkrijgen of dat in overeenstemming met het toepasselijke internationale of nationale recht en de toepasselijke procedures als vluchteling wordt beschouwd, **ongeacht of het al dan niet door zijn of haar ouders of door iemand anders wordt begeleid, passende bescherming en humanitaire bijstand krijgt bij het genot van de van toepassing zijnde rechten beschreven in dit Verdrag** en in andere internationale akten inzake de rechten van de mens of humanitaire akten waarbij de Verdragsstaat partij is.

Hiertoe verlenen de staten die partij zijn, naar zij passend achten, hun medewerking aan alle inspanningen van de Verenigde Naties en andere bevoegde intergouvernementele of niet-gouvernementele organisaties die met de Verenigde Naties samenwerken, om dat kind **te beschermen en bij te staan** en de ouders of andere gezinsleden op te sporen van een kind dat vluchteling is, teneinde de nodige inlichtingen te verkrijgen voor hereniging van het kind met het gezin waartoe het behoort. In gevallen waar geen ouders of andere familieleden kunnen worden gevonden, wordt aan het kind, overeenkomstig de in dit Verdrag beschreven beginselen, **dezelfde bescherming verleend als aan ieder ander kind, dat, om welke reden ook, blijvend of tijdelijk het leven in een gezin moet ontberen.**’

Het is duidelijk dat deze minderjarigen een bijzonder kwetsbare groep vormen. De overheid moet voor extra bijstand en bescherming zorgen zowel voor de begeleide als de niet-begeleide minderjarigen.

Ook gezinshereniging staat in dit artikel centraal, als logische consequentie van het belang dat doorheen het Verdrag gehecht wordt aan de band tussen kinderen en hun ouders.

Hoewel dit artikel zich beperkt tot minderjarigen in de asielprocedure, belet dit niet dat ook alle andere minderjarigen zonder wettige status (zoals bv. zij die geen asiel aanvragen, de aanvraag geweigerd werd, zonder papieren,...) de bescherming van het Verdrag kunnen invoeren¹. Uit de commentaren van het Comité voor de Rechten van het Kind leiden we duidelijk af dat ook minderjarigen zonder legale verblijfsstatus beschermd worden door het Verdrag².

Heel wat artikelen zijn relevant voor deze groep minderjarigen:

- artikel 2: verbod op discriminatie,
- artikel 3: primaat van het belang van het kind,
- artikel 5: de ouders als primaire opvoedingsverantwoordelijken,
- artikel 9: recht om niet gescheiden te worden van de ouders,
- artikel 10: recht op gezinshereniging,
- artikelen 12 en 13: recht op inspraak en vrije meningsuiting,
- artikelen 19, 32, 34, 35, 36: recht op bescherming tegen alle mogelijke vormen van geweld en uitbuiting,
- artikel 20: recht op bijzondere bescherming voor kinderen die buiten hun gezin moeten leven,
- artikelen 24, 26, 27, 28: diverse sociale rechten als levensstandaard, huisvesting, onderwijs, gezondheid...,
- artikel 37: recht op bescherming tegen foltering, wrede of vernederende behandeling,
- artikel 40: recht op bescherming tegen onwettige vrijheidsberoving voor minderjarige delinquenten.

Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind heeft er de voorbije jaren voor gezorgd dat met name de (sociale) rechten van minderjarigen zonder legale status enigszins versterkt werden³. Zo werden bijvoorbeeld toelating tot verblijf en uitkeringen toegekend op grond van internationaalrechtelijke bepalingen, die in het interne recht (nog) niet geregeld werden.

2.2. Andere relevante regelgeving en handelingsprincipes

Ook het EVRM⁴, de Conventie van Genève⁵, de VN mensenrechtenverdragen (BUPO⁶, en ECSOCU⁷) bevatten belangrijke bindende bepalingen voor de minderjarigen in de betrokken lidstaten. Deze handelen onder meer over:

- respect voor het gezinsleven (EVRM, art. 8),
- recht op bescherming tegen onwettige vrijheidsberoving en tegen foltering of wrede bestraffing (EVRM, art. 3, BUPO, art. 7),
- recht op toegang tot de rechter en op rechtsbijstand (EVRM, art. 6, 13 en BUPO, art. 13, Conv. Genève, art. 16),
- verbod van collectieve uitwijzing van vreemdelingen (4e Protocol EVRM, art. 4),
- recht op onderwijs en levensonderhoud (Conv. Genève, art. 22, 23, 24 en ECSOCU art. 11 en 13).

Binnen Europa werden ook inspanningen geleverd om het asiel- en migratiebeleid binnen de EU-lidstaten eenvormiger te maken. De EU-richtlijnen over bijvoorbeeld minimumnormen inzake erkenning, opvang en subsidiaire bescherming van asielzoekers moeten in nationale wetgeving omgezet worden.

Op internationaal vlak werden bovendien ook belangrijke, doch niet juridisch bindende, aanbevelingen opgesteld.

Zo stelde het United Nations High Commissioner for Refugees specifieke richtlijnen op voor niet-begeleide minderjarige vluchtelingen⁸ (verder NBM):

- een minderjarige mag de toegang tot het grondgebied niet ontzegd worden,
- kinderen moeten toegang hebben tot de asielprocedure ongeacht hun leeftijd,
- bij de verhooring en besluitvorming dient rekening gehouden te worden met de (leeftijd)specifieke situatie van de minderjarige,
- minderjarigen dienen een voogd te hebben om hun rechten en belangen te beschermen,
- ook bij afwijzing van het asielverzoek blijft de staat verantwoordelijk voor het zoeken naar een duurzame oplossing.

Het VN-Comité inzake de Rechten van het Kind stelde een ‘general comment’⁹ op over de specifieke situatie van NBM. Het Comité vraagt bijzondere aandacht voor de kwetsbaarheid van deze groep minderjarigen. Ze lopen immers een verhoogd risico op seksuele uitbuiting en misbruik, kinderarbeid, huiselijk geweld en discriminatie op het vlak van huisvesting, onderdak, gezondheidszorg en onderwijs. De beleidsrichtlijnen gelden voor alle niet-begeleide en van de ouders gescheiden kinderen en jongeren, ongeacht hun verblijfsstatus en hun reden van verblijf buiten het land van herkomst.

Naast enkele algemene en meer specifieke richtlijnen wordt hier met name gewezen op de noodzaak van een voogd die, onder meer, moet zorgen voor de continuïteit in de verblijfsregeling, een toereikend zorgaanbod voor de fysieke, mentale, geestelijke en morele ontwikkeling van de minderjarige, de toegang tot de gezondheidszorg en onderwijs. De voogd moet er tevens op toezien dat elke vorm van misbruik, uitbuiting en vrijheidsberoving vermeden wordt.

Doel van de procedure is het vinden van een duurzame oplossing, ongeacht de verblijfsstatus of de situatie.

Indien een terugkeer niet mogelijk of aangewezen is, moet gewerkt worden aan lokale integratie en dit met een verblijfsstatus die voldoende zekerheid biedt.

Tenslotte verwijzen we hier ook naar het standpunt van ENOC¹⁰, het Europees netwerk van Kinderombudsmannen. Deze aanbeveling betreft enkel de NBM en vraagt specifieke beleidsaandacht voor:

- omkadering van de asielpcedure voor minderjarigen met alle nodige rechtswaarborgen,
- wetenschappelijk correcte methodes voor leeftijdsbepaling,
- participatie van de minderjarige bij het bepalen van een duurzame oplossing,
- toegang tot de sociale voorzieningen vanaf aankomst,
- internationale samenwerking in de zoektocht naar familie,
- verblijfsvergunning voor minderjarigen voor wie geen andere oplossing gevonden wordt.

2.3. Relevante rechtspraak

Bovenvermelde rechtsbronnen hebben geleid tot enkele opmerkelijke toepassingen in de rechtspraak van het EHRM en het Arbitragehof¹¹.

Zo werd het Belgische beleid in verschillende arresten terecht gewezen voor:

- overtreding van het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling,
- onwettige detentie,
- onwettige inbreuken op het gezinsleven,
- ontoelaatbaar verschil in behandeling tussen legaal en illegaal aanwezige minderjarigen,
- ontoereikende rechtsmiddelen door het gebrek aan opschortende werking.

Uit al deze bronnen kunnen we afleiden dat de Belgische overheid niet op de meest omvattende en volledige wijze invulling geeft aan de fundamentele rechten van minderjarigen in de ruimere asielcontext.

3 Aandachtspunten inzake **asiel** en **minderjarigen**

Doorheen het ombudswerk van het Kinderrechtencommissariaat stijgen de meldingen en klachten over de leefsituatie van minderjarige vreemdelingen. Vooral de toestand van kinderen zonder papieren is uitermate zorgwekkend.

De overheid dient te beseffen dat minderjarige vreemdelingen eerst en vooral minderjarigen zijn met alle rechten van dien. Het loutere feit dat bepaalde asiel-dossiers betrekking hebben op, al of niet vergezeld, minderjarigen moet de overheid aanzetten tot een bijkomende zorgvuldigheid. De betrokken kinderen en jongeren, alsook hun rechten, moeten de nodige bescherming krijgen.

3.1. Verbod op detentie¹²

Het beleid en de praktijk van uitwijzingen van mensen zonder papieren heeft ertoe geleid dat jaarlijks enkele honderden minderjarigen in detentiestructuren ‘opgevangen’ worden¹³. Ze worden van de ene op de andere dag met hun ouders, broers en zussen opgepakt en opgesloten in wat men noemt de ‘centra voor illegalen’. Zonder enige uitleg, vaak na jarenlang verblijf in België, verandert hun leven op slag en verliezen ze alles wat ze kennen en waarderen: de schoolomgeving, vrienden, burens, de jeugdbeweging,...

Samen met professor Dr. Jaap Doek¹⁴, voormalig voorzitter van het Comité voor de Rechten van het Kind, stellen we ons vragen over de wettigheid van deze detentie. Ook al houdt artikel 37 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind misschien geen absoluut verbod in op detentie, dan is deze vorm van opsluiting wel duidelijk in strijd met het belang van deze kinderen (art. 3). De opsluiting op zich mishandelt hen psychisch, en hun recht op bescherming tegen onmenselijke behandeling wordt aangetast (art. 37).

Hun detentie is principieel ontoelaatbaar en het recht op bescherming tegen onwettige vrijheidsberoving wordt hier aangetast. De Belgische staat werd daar dan ook al voor op de vingers getikt¹⁵.

Uit deze eerste rechtsschendingen volgt nog een cascade aan andere rechtsschendingen: het recht op onderwijs, op een zo goed mogelijke ontwikkeling, op privacy, op bescherming tegen onmenselijke behandeling en bestraffing, ...

Meerdere onderzoeken¹⁶ wezen intussen uit hoe nefast deze opsluiting inwerkt op de ontwikkeling van minderjarigen. Ze vertonen psychiatrische stoornissen, hun fysiek en geestelijk welzijn wordt ernstig aangetast. De drukkende onzekerheid van wat er hen staat te gebeuren, zorgt voor ontoelaatbare stress. Diverse experts klasseren dit onder de noemer van psychisch geweld¹⁷.

De gevangenisstructuur, het gebrek aan educatieve- en spelactiviteiten, het tekort aan medische en psychologische begeleiding, het verbod van bezoek, de beperkingen in het gebruik van de buitenruimte, het gebrek aan privacy en gezinsleven... zijn allemaal factoren die niet passen in een gezonde leefomgeving voor opgroeiende kinderen en jongeren.

Gezien deze opsluiting op zich een psychische mishandeling van minderjarigen is, blijft een loutere aanpassing van de structuur en het regime in deze centra een ontoelaatbaar en onbevredigend antwoord. De overheid dient naar echte oplossingen en alternatieven te zoeken. Op structureel niveau dient gegarandeerd te worden dat minderjarigen, begeleid of niet, niet langer opgesloten worden.

3.2. Regularisatie voor gezinnen, rekening houdend met de leefsituatie van de kinderen

Er is nog steeds een grote achterstand in de behandeling van vele (asiel- en) regularisatieaanvragen. In zeer veel gevallen betreft het gezinnen die hier reeds jarenlang verblijven.

Samen met veel andere organisaties¹⁸ vraagt ook het Kinderrechtencommissariaat duidelijke criteria voor de regularisatie en de beoordeling daarvan door een deskundige commissie. De bestaande criteria (duur van de procedure, medische noodzaak...) zijn bovendien te beperkt en houden te weinig rekening met het feit dat er kinderen betrokken zijn. De discretionaire bevoegdheid van de minister in deze is te uitgebreid en laat te veel ruimte voor individuele invulling. Dit komt de algemene rechtszekerheid niet ten goede.

Gezinnen met kinderen verdienen in het uitwijzingsbeleid bijzondere aandacht. Veel van deze kinderen verblijven al geruime tijd in België en hebben hier hun leven uitgebouwd. Sommige kinderen zijn hier zelfs geboren. Ze lopen hier school, engageren zich in jeugdbewegingen, sportclubs, muziekacademie e.d.. Ze hebben hier vrienden en kennissen. Ze spreken de taal en hebben vaak geen enkele band (meer) met het land van 'oorsprong'. De asielpcedure en de uitwijzingsbeslissing houdt enkel rekening met de toestand en het verhaal van de ouders. De historiek, het verhaal, de ervaringen, de leefomstandigheden en de belangen van de kinderen worden te weinig in rekening gebracht.

Een nieuwe denkoefening inzake regularisatie, waarbij ook de situatie van de kinderen mee bekeken wordt, dringt zich op.

De aanwezigheid van minderjarigen en hun opvang en onderwijskansen in het land van herkomst moeten ook naast de duur van het verblijf in ons land en de gezondheidstoestand als te overwegen criteria worden opgenomen. In overleg met de overheid (DVZ), de Commissaris-Generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen, organisaties actief rond asiel en academici moeten de criteria vervolledigd en geconcretiseerd worden.

3.3. Maximumtermijn voor behandeling

In de eerste ontwerpen van de nieuwe asielwet werd een maximumduur voor de asielpcedure ingebouwd. Vanaf de aanvraag tot de definitieve uitspraak zou er slechts één jaar mogen verlopen. Dit is een humane en haalbare manier om met asielaanvragen om te gaan. Een vaststaande termijn werkt in het voordeel van zowel de overheid als de asielaanvrager. Veel van de problemen nu zijn immers te wijten aan te langlopende procedures en te lange periodes van onzekerheid. Tijdens de besprekingen werd deze termijn echter verlaten en werd de duur van één jaar enkel als na te streven doel weerhouden.

3.4. Voogdijregeling

Wanneer minderjarigen ons land binnenkomen zonder begeleidende ouder, krijgen ze sinds 2004 een voogd toegewezen¹⁹. De voogd dient de belangen van de minderjarige te behartigen, de nodige juridische stappen te zetten en mee te zoeken naar een duurzame oplossing voor de minderjarige. Dit kan een begeleide terugkeer zijn, een zoektocht naar de ouders of andere gezinsleden of het regelen van een permanent, legaal verblijf in België, afhankelijk van de context en de omstandigheden.

Dat deze voogdijregeling er kwam, is positief. De concrete invulling ervan dient echter nog meer uitgediept en vooral geprofessionaliseerd te worden. De asielwetgeving en -beleid is een uitermate complexe materie en, zoals hierboven reeds geïllustreerd, verdienen de betrokken minderjarigen bijzondere aandacht en (rechts)bescherming. Dit vergt veel van de voogd. Het is geen overbodige luxe om meer te investeren in de opleiding en een verder doorgedreven professionalisering van de voogden.

Momenteel zijn er voldoende professionele en vrijwillige voogden. Nu is het hoog tijd om bijkomende stappen te zetten naar een kwalitatieve invulling en verdieping van die voogdij.

Het is aangewezen om een gedegen basisopleiding en een permanente vorming uit te werken. Naast vorming is er ook een degelijke verloning nodig, alsook ondersteuning en begeleiding, overleg, intervisie en supervisie van de voogden. De Dienst Voogdij dient dermate georganiseerd te worden dat ze dergelijke ondersteuning kan bieden aan de voogden.

4 **Advies van het Kinderrechtencommissariaat**

Het Kinderrechtencommissariaat vraagt met aandrang dat de situatie van kinderen meer aandacht krijgt in het asielbeleid. Hun rechten moeten beter beschermd worden. Meer bepaald vragen we:

- Om definitief een eind te stellen aan de opsluiting van minderjarigen in de gesloten centra. Er moeten effectieve alternatieven worden uitgewerkt.
- Dat een regularisatiebeleid wordt uitgewerkt voor gezinnen met kinderen op basis van duidelijke criteria en dat hierover geoordeeld wordt door een onafhankelijke deskundigencommissie. De aanwezigheid van kinderen dient hierbij in rekening te worden gebracht alsook de duur van hun verblijf in België.
- Dat een wettelijke termijn van één jaar wordt vastgelegd voor de behandeling van asielaanvragen, zoals aanvankelijk voorzien was.
- Dat het systeem van de voogden voor niet begeleide minderjarigen zowel kwantitatief als kwalitatief wordt uitgebreid en versterkt.

Eindnoten

- 1** BOUCKAERT, S., *Documentloze vreemdelingen, Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2007, p. 730-743.
- 2** Concluding Observations 1997, CRC/C/15/Add.38, par. 9 en Concluding Observations 2002, CRC/C/15/Add.178, par. 6, 27, 28. Zie www.ohchr.org en doorklikken naar het Comité voor de Rechten van het Kind, de aanbevelingen staan onder 'Sessions').
- 3** Zie BOUCKAERT, S., o.c., p. 715-1075.
- 4** Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (1950).
- 5** VN Verdrag betreffende de status van Vluchtelingen (1951) en het bijhorend protocol (1967).
- 6** VN Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (1966).
- 7** VN Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (1966).
- 8** UNHCR, *Guidelines on protection and care of refugee children*, Geneva, 1994.
- 9** UNHCR, *Guidelines on policies and procedures in dealing with unaccompanied children seeking asylum*, Geneva, 1997.
- 9** COMITE VOOR DE RECHTEN VAN HET KIND, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC/GC/2005/6 op www.ohchr.org, doorklikken naar Comité voor de Rechten van het Kind en General Comments).
- 10** Zie www.ombudsmet.org. Het netwerk telt momenteel 29 leden, publiekrechtelijke instanties die in diverse lidstaten van de Raad van Europa toezien op de naleving van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.
- 11** Voor een grondige toelichting bij deze rechtspraak, zie BOUCKAERT, S. o.c.
- 12** Zie hierover ook VAN KEIRSBILCK, B., De meest kwetsbare kinderen in aanraking met geweld: praktijkvoorbeelden. Institutioneel geweld: de situatie van minderjarige vluchtelingen in België. En ook VANDEKERCKHOVE, A., Geweld tegen kinderen in de Vlaamse Gemeenschap: stand van zaken en uitdagingen voor de toekomst, beide in UNICEF e.a., *Verslag van de conferentie over geweld tegen kinderen in België en in de wereld*, Brussel, 2007, p. 24-27 en p. 34-35.
- 13** Tot voor 2007 werden ook binnenkomende NBM opgesloten maar daar is intussen reeds een eind aan gemaakt.
- 14** JACCOBS, P. en KNAPEN, M., Zestien- en zeventienjarigen in vreemdelingenbewaring: tussen wal en schip?!, *F.J.R.*, jg. 29, mei, 2007, p. 108 en www.geenkindindecel.nl/index.php?ac=nieuws
- 15** Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga vs. België, nr 13178/03 (het zogenaamde Tabitha arrest van 12 januari 2006). Zie <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=863228&skin=hudoc-en&action=request>
- 16** LOFF, B., Detention of asylum seekers in Australia, *The Lancet*, 2002, 359, 792-793.
- 17** ICHIKAWA, M., NAKAHARA, S., & WAKAI, S., Effect of post-migration detention on mental health among Afghan asylum seekers in Japan, *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 2006, 40, 341-346.
- 18** KELLER, A.S., ROSENFELD, B., TRINH-SHEVRIN, C., MESERVE, C., SACHS, E., LEVISS, J.A., SINGER, E., SMITH, H., WILKINSON, J., KIM, G., ALLDEN, K., & FORD, D., Mental health of detained asylum seekers. *The Lancet*, 2003, 362, 1721-1723.
- 19** POURGOURIDES, C., SASHIDHARAN, S., & BRACKEN, P., *A second exile: the mental health implications of detention of asylum seekers in the United Kingdom*. Birmingham: North Birmingham Mental Health, NHS Trust, 1995.
- 20** SILOVE, D., STEEL, Z., & WATTERS, C., Policies of deterrence and the mental health of asylum seekers in Western countries. *The Journal of the American Medical Association*, 2000, 284, 604-611. STEEL, Z., & SILOVE, D., The mental health implications of detaining asylum seekers. *The Medical Journal of Australia*, 2001, 175, 596-599.
- 21** SULTAN, A., & O'SULLIVAN, K., Psychological disturbances in asylum seekers held in long-term detention: a participant-observer account. *The Medical Journal of Australia*, 2001, 175, 593-596.
- 22** Zie VAN KEIRSBILCK, B., o.c., p. 25-26 en de bijbehorende verwijzingen. Zie ook het verslag van Artsen Zonder Grenzen dat in mei 2007 werd voorgesteld, www.azg.be.
- 23** Zie o.m. www.vluchtelingenwerk.be en www.f-a-m.be met onder meer een lijst van ondertekenende organisaties en bewegingen voor de nationale manifestatie voor regularisatie van 17 juni 2007.
- 24** Programmawet van 24 december 2002, K.B. van 22 december 2003 en in werking getreden sinds mei 2004.



Kinderrechtencommissariaat

Leuvenseweg 86
1000 Brussel

tel.: 02-552 98 00
fax: 02-552 98 01

kinderrechten@vlaamsparlement.be
www.kinderrechten.be

v.u.: Ankie Vandekerckhove, kinderrechtencommissaris
Leuvenseweg 86, 1000 Brussel